



Número: **0885532-95.2023.8.19.0001**

Classe: **IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO**

Órgão julgador: **4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital**

Última distribuição : **29/06/2023**

Valor da causa: **R\$ 1.000,00**

Processo referência: **0803087-20.2023.8.19.0001**

Assuntos: **Classificação de créditos**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
BANCO BRADESCO S.A. (IMPUGNANTE)	ELIANE CRISTINA CARVALHO (ADVOGADO) GABRIEL JOSE DE ORLEANS E BRAGANCA (ADVOGADO) RENATA MARTINS DE OLIVEIRA AMADO (ADVOGADO) REBECA LUIZA SANNA ARRIVABENE (ADVOGADO)
AMERICANAS S.A. (IMPUGNADO)	ANA TEREZA BASILIO (ADVOGADO)
B2W DIGITAL LUX S.À.R.L (IMPUGNADO)	
JSM GLOBAL S.À.R.L (IMPUGNADO)	
ST IMPORTACOES LTDA (IMPUGNADO)	
PRESERVAR ADMINISTRACAO JUDICIAL PERICIA E CONSUL (ADMINISTRADOR JUDICIAL)	
ESCRITORIO DE ADVOCACIA ZVEITER (ADMINISTRADOR JUDICIAL)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
73512 307	21/08/2023 20:23	Contestação	Contestação

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA
DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO - RJ**

Processo nº 0885532-95.2023.8.19.0001

ITAÚ UNIBANCO S.A. (“Itaú”), instituição financeira devidamente constituída e existente de acordo com as leis brasileiras, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, 100, Parque Jabaquara, CEP 04344-902, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.701.190/0001-04, por sua advogada devidamente constituída (doc. 1); **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.** (“Santander”), instituição financeira devidamente constituída e existente de acordo com as leis brasileiras, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, números 2041 e 2235, Bloco A, CEP 04543-011, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 90.400.888/0001-42, por sua advogada devidamente constituída (doc. 2); e **BANCO ABC BRASIL S.A.**, instituição financeira inscrita no CNPJ sob o nº 28.195.667/0001-06, com sede na Cidade e Estado de São Paulo, na Avenida Cidade Jardim, nº 803, 2º andar, Itaim Bibi, CEP 01453-000 (“Banco ABC”), **SPECIAL RENDA FIXA REFERENCIADO DI FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 01.597.187/0001-15; **ITAÚ WEALTH MASTER RENDA FIXA REFERENCIADO DI FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 25.341.064/0001-87; **ITAÚ RENDA FIXA CRÉDITO PRIVADO MASTER ACTIVE FIX FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 06.066.907/0001-30; **ITAÚ RENDA FIXA CRÉDITO PRIVADO DIFERENCIADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 10.264.255/0001-15; **RT ENDURANCE MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 10.264.179/0001-48; **TOP RENDA FIXA MIX CRÉDITO PRIVADO LONGO PRAZO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 01.361.074/0001-16; **ITAÚ RENDA FIXA CRÉDITO PRIVADO DIFERENCIADO IQ FUNDO DE**



INVESTIMENTO, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 28.851.713/0001-88; **RT RELIANT MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 11.419.555/0001-99; **ITAÚ WEALTH IQ MASTER RENDA FIXA REFERENCIADO DI FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 29.196.718/0001-87; **RT DRAGON MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 29.232.970/0001-02; **ITAÚ RENDA FIXA CRÉDITO PRIVADO DIFERENCIADO II FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 21.888.723/0001-49; **HIGH YIELD MASTER FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 28.840.203/0001-05; **ANTARCTICA FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 04.444.179/0001-27; **RT ENDOWMENT MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 97.532.711/0001-49; **ITAÚ IPCA ACTION RENDA FIXA LONGO PRAZO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 40.881.921/0001-25; **RT ENDOWMENT II MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 38.111.943/0001-64; **FUNDO DE INVESTIMENTO SANTIAGO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 24.249.650/0001-33; **ITAÚ SOLUÇÃO ENDOWMENT II CRÉDITO PRIVADO MULTIMERCADO FUNDO DE INVESTIMENTO**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 39.560.944/0001-59; **FUNDO PATRIMONIAL ELIEZER MAX FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO INVESTIMENTO NO EXTERIOR**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 32.223.797/0001-82; neste ato representados pela gestora **ITAÚ UNIBANCO ASSET MANAGEMENT LTDA. ("IAM")**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob nº 40.430.971/0001-96, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.500, 4º andar, Itaim Bibi, São Paulo/SP, CEP 04538-132, (todos, em conjunto, denominados "Interessados") nos autos da impugnação de crédito em referência, ajuizada por BANCO BRADESCO S.A. contra a relação de credores apresentada na recuperação judicial de AMERICANAS S.A., B2W DIGITAL LUX S.À.R.L., JSM GLOBAL S.À.R.L. e ST IMPORTAÇÕES LTDA. ("Grupo Americanas"), vem manifestar e requerer o que segue.

1. LEGITIMIDADE E DO OBJETO DA MANIFESTAÇÃO

Os interessados foram arrolados na relação de credores do Grupo Americanas com crédito na Classe III - Quirografário. São, assim, partes legítimas para se manifestarem sobre quaisquer matérias afetas à formação da relação de credores da Recuperação Judicial.



No caso, esta manifestação se justifica porque, dentre outros pontos, o Impugnante pleiteia a retificação da relação de credores dos Administradores Judiciais para que sejam dela excluídos todos os valores de sua titularidade arrolados na Classe III a título de “créditos de fiança”.

A procedência da impugnação de crédito com a exclusão dos efeitos da recuperação judicial do valor das fianças honradas após o pedido de recuperação judicial colocará o Impugnante, **que atualmente é credor quirografário, em pé de igualdade com os Interessados**, em posição extremamente vantajosa para perseguir, em seu benefício exclusivo, recursos que serão essenciais para a implementação do Plano de Recuperação Judicial e quitação de milhares de créditos quirografários, dentre eles, o montante destinado aos Interessados.

Para além disso, o art. 8º Lei 11.101/2005 franqueia aos credores o direito de *“apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado”*.

Na lição do professor Marcelo Barbosa Sacramone, *“o interesse dos credores em impugnar créditos de terceiros é decorrente da possibilidade de maior satisfação de seu crédito com a redução do passivo do devedor, mas não é só. Atribuiu a lei aos credores legitimidade extraordinária para proteger os interesses envolvidos com a regularidade do processo concursal e a verificação da efetiva existência e valor dos créditos habilitados”*¹.

Ou seja, a própria Lei 11.101/2005 autoriza qualquer credor a discutir a existência, natureza e valor de créditos detidos em face da sociedade empresária recuperanda.

Considerando que a exclusão dos créditos decorrentes da honra de fianças bancárias afetaria a capacidade econômico-financeira do Grupo Americanas e impactaria as condições de pagamento dos créditos dos interessados, deve-se admitir esta manifestação como efetiva resposta à impugnação de crédito para que as razões abaixo expostas sejam levadas em consideração quando do julgamento do incidente.

¹ Sacramone, Marcelo Barbosa – Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 122.



2. DO MÉRITO

2.1. A concursalidade é a regra na recuperação judicial.² A Extraconcursalidade deve ser expressa na lei

A tutela da recuperação judicial é destinada ao mercado e à coletividade, e não especificamente ao recuperando ou seus credores. Nesta perspectiva, a Lei nº 11.101/2005, art. 49, determinou de forma expressa e inequívoca que “**todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos**” **estão sujeitos à recuperação judicial**. Importante observar que a lei não subordinou os créditos existentes à sua exigibilidade ou a qualquer outra circunstância; pelo contrário, incluiu na concursalidade inclusive os créditos não vencidos.

Apenas **excepcional** e minuciosamente, a referida lei estabeleceu de **forma taxativa** quais os créditos **não estão sujeitos** à recuperação judicial, ou seja (i) aqueles indicados nos **§§ 3º e 4º do art. 49** da Lei nº 11.101/2005; e (ii) os créditos surgidos após o pedido recuperacional, conforme disciplinado no **art. 67** da Lei nº 11.101/2005.

Considere ainda que, uma vez instaurada a tutela recuperacional, inicia-se um estado de congelamento do patrimônio da recuperanda, de modo a proteger e preservar a *par conditio creditorum*. Logo, sendo a regra geral a concursalidade, não se pode interpretar o art. 49 da Lei 11.101/2005 para **incluir nele o que nele não consta ou para ampliar as exceções legais**, sob pena de se violar texto literal de lei.

2.2. Crédito existente na data do pedido recuperacional. Créditos contraídos após o pedido possuem regulação específica na lei

Para compreender o que significa crédito existente na data do pedido recuperacional, é importante registrar que a lei está apenas afirmando o óbvio, na medida em

² Ao comentar o art. 49 da LREF, Marcelo Sacramone (Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 228) confirma essa regra geral, inclusive por meio de interpretação histórica: “A LREF determina regra geral de que todos os créditos já existentes, vencidos ou vincendos, por ocasião do pedido de recuperação judicial, são a ela submetidos e poderão ser abrangidos pelo plano de recuperação judicial.

A ampla submissão dos créditos contrasta com a disciplina anterior do Decreto-Lei n. 7.661/45 que submetia apenas os créditos quirografários à concordata (art. 147 do Dec-Lei n. 7.661/45). **Essa restrição à concordata era uma das causas de impedimento à efetiva recuperação do devedor em crise econômico-financeira**” (destacou-se).



que o art. 49 não aumenta e nem subtrai qualquer crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial. Em termos práticos, os créditos sujeitos à recuperação são aqueles registrados na contabilidade da recuperanda na data do pedido. Logo, a rigor e excetuada a fraude, não houvesse artigo expresso na lei, ninguém ousaria afirmar a inexistência das dívidas registradas pela recuperanda no momento do pedido recuperacional.

Os planos jurídicos da existência, da validade e da eficácia não se confundem e irradiam, *per se*, consequências jurídicas distintas. Nesta perspectiva, ao menos nos termos da literalidade da lei, para efeitos de sujeição ao plano de recuperação, não se exige que o crédito seja válido ou eficaz, **contenta-se com a sua mera existência objetiva, dispensando-se, inclusive a sua exigibilidade.**

Diz-se objetiva porque o polo subjetivo do crédito, isto é, quem seja o credor, é irrelevante para determinação da sua existência para os efeitos da recuperação judicial. Em outras palavras, **suficiente para a lei que os créditos estejam relacionados nos registros contábeis**, pouco importando quem seja o seu titular para efeitos de mensuração da situação financeira da recuperanda. E neste ponto, a lei encerra uma regra de evidente obviedade: **a situação financeira da recuperanda não estará pior porque deve para este ou aquele credor**; a situação financeira é periclitante porque a recuperanda tem uma dívida no determinado montante (considerado objetivamente) que a impede de honrar os seus compromissos financeiros normalmente.

Esse é o entendimento sufragado pela Colenda Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ ao proclamar que *“ocorrido o fato gerador, surge o direito de crédito, sendo o adimplemento e a responsabilidade elementos subsequentes, não interferindo na sua constituição”*, sendo certo que *“ocorrido o fato gerador, considera-se o crédito existente, estando submetido aos efeitos da recuperação judicial”*³.

O quanto afirmado está concorde com a leitura sistemática da lei, pois esta, quando pretendeu regular a exclusão de créditos posteriores ao pedido para beneficiá-los com a **extraconcursalidade**, dispôs de **maneira expressa, vide art. 67**. Disse mais: exigiu da recuperanda uma conduta ativa, isto é, que fosse contraída uma específica obrigação.

³ STJ, Recurso Especial 1.840.531/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. em 09/12/2020.



Observe ainda que esta nova obrigação não tem por objeto a satisfação da recuperanda em si mesma, mas a sua total reorganização, beneficiando a coletividade e os credores. Logo, **é juridicamente impossível existir crédito posterior ao pedido recuperacional que não seja relacionado com a reestruturação da recuperanda**. Ora, o crédito do fiador bancário não possui essa característica, porquanto ela é causa do pedido recuperacional.

Eduardo Secchi Munhoz confirma essa assertiva e inclusive ressalva que a hipótese – créditos contraídos após o pedido de recuperação – devem ser objeto de efetiva fiscalização, evitando-se fraude e violação à *par conditio creditorum*:⁴

Segundo o art. 67, todas as obrigações contraídas pelo devedor no período de recuperação são consideradas extraconcursais no caso de decretação da falência, ou seja, os créditos correspondentes ocuparão o primeiro lugar na classificação dos créditos, devendo ser pagos antes de todos os demais (art. 84). Com isso, procura-se estimular a abertura de linhas de crédito ao devedor em recuperação.

Se tal estímulo é fundamental para o êxito da recuperação, por outro lado, é preciso cuidar para que **não se torne veículo para fraudes ou abusos por parte do devedor que, por meio da assunção de novas obrigações, pode modificar a ordem de preferência dos créditos**. Veja-se que os créditos extraconcursais precedem a todos os demais créditos, inclusive os trabalhistas e os com garantia real (art. 84), o que torna imprescindível a rigorosa fiscalização dos atos assim praticados pelo devedor, especialmente por parte do administrador judicial e do comitê de credores, órgãos a quem incumbe esse papel (destacou-se).

2.3. O crédito existente e a fiança no âmbito da recuperação judicial. Unidade contratual. Sub-rogação que não pode transmitir o que não existe. Pagamento é mero exaurimento. Sujeição à recuperação judicial na Classe III (quirografário)

Para pagar adequadamente os credores e preservar a capacidade econômico-financeira da Recuperanda, tem-se que o seu **patrimônio**, o seu caixa deve ser **protegido, impedindo-se que seja atingido sem expressa previsão legal por qualquer que seja o credor**. Para o atingimento desse fim, contudo, os credores de fianças bancárias contraídas anteriormente ao pedido recuperacional, mas honradas durante o curso da Recuperação Judicial, devem ser considerados concursais, sob pena de violação literal de lei: art. 49, *caput*.

⁴ Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.



O crédito titularizado pelo fiador não tem causa autônoma, pois não tem origem, por exemplo, em serviço prestado ao devedor. Além disso não decorre de um negócio jurídico firmado posteriormente ao pedido recuperacional (art. 67).

O crédito do fiador é o mesmo crédito do credor originário porquanto não há negócio jurídico novo; ele é causa da recuperação. Tem-se, desde sempre, o mesmo negócio jurídico com a sua complexidade inerente. Ou seja, o contrato principal e a fiança - unidade contratual – e, por consequência, o crédito, têm todos os elementos (o consenso, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto) determinantes da sua existência definidos em momento anterior ao pedido recuperacional.

O inadimplemento e a honra da fiança são mero exaurimento de parte daquela unidade contratual; não têm natureza constitutiva relativamente ao crédito, pois não o cria e nem o modifica. **O que surge após o inadimplemento e a honra da fiança é a sub-rogação.** Contudo, a sub-rogação não faz nascer o crédito; ela apenas significa que uma pessoa (o fiador) foi colocada na posição de outra pessoa (credor originário) para efeitos de recebimento do mesmo crédito.⁵ **Repita-se: não há uma dualidade creditícia, uma de titularidade do credor e outra do fiador; há apenas um crédito que a devedora deve satisfazer, seja em relação ao credor originário, seja em relação ao fiador, tudo conforme os elementos acidentais (inadimplemento e pagamento) dessa unidade contratual (contrato principal + fiança).**

O afirmado é meramente decorrência lógica do art. 831 do Código Civil o qual dispõe que o *“fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor”*. No mesmo sentido o art. 786 que disciplina a relação segurado/segurador.

Perdoe-se o truísmo, mas seja sob a perspectiva do fiador, seja pela posição do segurador, o instituto da sub-rogação transmite a titularidade do direito material com todas as suas qualidades, ou seja, a posição integral de credor da dívida – não constituindo, pois, uma nova relação jurídica. Que fique claro: *“a sub-rogação se faz tanto em relação ao direito material*

⁵ No ponto, Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, V. 4, p. 279): “Na sub-rogação pessoal, ocorre substituição de uma pessoa por outra, ressalvando-se a esta os **mesmos direitos e ações** que àquela competiam” (destacou-se).



do sub-rogado, como também quanto à forma de seu exercício (direito de ação)”⁶, preservando todos os elementos da obrigação anterior.

Dito de outra forma, **a sub-rogação operada pela fiança e/ou pelo seguro, por se tratar de efeito subsequente e não ter o condão de alterar a estrutura obrigacional, não possui qualquer repercussão jurídica sobre o momento de constituição do crédito para fins de sujeição aos efeitos da recuperação judicial.**

Além de ser uma simples substituição do credor, **a sub-rogação também significa mera transferência dos direitos do credor ao fiador.** Sendo certo que nesta substituição e transferência nada de novo surge, em especial para o devedor que continua obrigado a adimplir o crédito nos exatos e mesmos termos no qual ele foi ajustado e existia em data anterior ao pedido recuperacional.

Por se tratar de mera sub-rogação, não há qualquer impacto na natureza do crédito originário. Conforme já decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJESP, se concursal, continua a sê-lo:

Agravo de instrumento. Habilitação de crédito. Impugnação. Alegação de preclusão afastada. **Crédito concursal, pois constituído em data anterior ao deferimento da recuperação judicial.** Em que pese a construção jurídica efetuada pela agravante: (i) crédito existente antes do deferimento da recuperação judicial entre prestadores de serviços médicos e Grupo Abril (agravante é intermediadora de serviços médicos); (ii) não pagamento pelo Grupo Abril; (iii) pagamento a descoberto pela agravante, ocorrendo a sub-rogação legal do crédito; (iv) alegação de que essa sub-rogação é, na verdade, uma novação, criando uma obrigação absolutamente nova entre a agravante e o Grupo Abril, motivo pelo qual a data para aferir se o crédito é concursal ou extraconcursal é a data da emissão da fatura pela agravante contra o Grupo Abril. **Verifica-se que o crédito era existente em data anterior ao deferimento da recuperação judicial, conforme informa a própria agravante, pois os serviços médicos foram efetivamente prestados antes dessa data. Assim, toda essa tese jurídica construída não tem o condão de afastar a realidade fática, qual seja, o débito em questão (R\$8.381.000,00) decorre de serviços médicos prestados em data anterior ao deferimento da recuperação e, portanto, é crédito concursal. A sub-rogação legal não tem natureza jurídica de novação, mas de mera alteração do polo passivo da obrigação.** Doutrina. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJESP, Agravo de Instrumento 2094840-

⁶ CAHALI, Francisco José. TEODORO, Viviane Rosolia. Transmissão da Cláusula Arbitral às Seguradoras em caso de Sub-Rogação e a Sentença Estrangeira Contestada 14.930 (2015/0302344-0), *In*: Revista dos Tribunais, v. 1040, junho 2022, ano 111, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 76/86.



02.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, 2ª Câ. Res. de Dir. Empr., j. em 16/08/2022 – g/n)

O inadimplemento e o posterior pagamento realizado pelo fiador não gera nova relação creditícia entre este e a recuperanda porquanto a relação obrigacional existe desde o momento no qual aquela unidade contratual (contrato principal e fiança) se formou, uma vez que o fiador, por exemplo, poderia ser judicialmente responsabilizado.

No mais, **a dívida não é extinta; o devedor continua obrigado a honrá-la**, mas agora não mais perante o titular do contrato principal - a unidade contratual em relação a este é exaurida -, **mas com o seu fiador**.

Washington de Barros Monteiro, com síntese peculiar, ao tratar da disciplina da sub-rogação legal, leciona:⁷

Em todos esses casos, extingue-se ope legis a obrigação pelo pagamento. Mas, em virtude da sub-rogação, embora extinta para o credor originário, a dívida subsiste em relação ao devedor, que passa a ter por credor, investido nos mesmos direitos e nas mesmas garantias aquele que pagou a dívida. **O cumprimento pelo terceiro atua apenas quanto ao direito do credor, não quanto à obrigação do devedor** (destacou-se).

Objetivamente esta é e sempre foi a dinâmica da sub-rogação no direito brasileiro. Logo, admitir a extraconcursalidade para favorecer os credores de fiança bancária significa alterar o que sempre foi compreendido do mesmo modo. **Pior: significa dizer que o credor originário transferiu ao fiador algo que ele nunca teve: a extraconcursalidade do seu crédito**.

Dispõe o art. 349 do Código Civil 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 lei não diz que a sub-rogação transferirá aquilo que originariamente não se tinha**. Logo, admitir como juridicamente válida a tese da extraconcursalidade para favorecer os credores de fiança significa também violar o referido dispositivo, pois inclui o que nele não se contém.

⁷ Curso de Direito Civil, V. 4, São Paulo: Saraiva, p. 282.



A propósito, o afirmado – transmitir apenas o que se tem – não é novidade no direito falimentar brasileiro. Nesse sentido, Trajano de Miranda Valverde, ao comentar a lei revogada e tratar do direito dos fiadores do falido:⁸

Os co-devedores solventes e os fiadores do falido e do sócio solidário da sociedade falida podem apresentar-se na falência por tudo quanto houverem pago (art. 29), portanto também pelos juros devidos e satisfeitos até a data da abertura da falência. **Não poderão, porém, reclamar os juros pagos após essa data, já que o credor, se pedisse a sua inclusão na falência, não teria o direito de se habilitar pelos juros futuros** (destacou-se).

Além disso, perquirir acerca da data da honra da fiança, se antes ou após o pedido recuperacional, é um verdadeiro sofisma. Para percebê-lo, basta, em termos concretos, comparar se existe, além da data, alguma diferença substancial entre uma situação e outra. A resposta é negativa. **Nada de substancial, jurídica ou fática, relativamente ao crédito nesta unidade negocial se altera em razão da data da honra da fiança.** O crédito, a dívida, continua objetivamente idêntico em ambas as situações, isto é, pendente de adimplemento pelo devedor pelo valor ajustado contratualmente.

A propósito, a confirmar que nada muda nas relações jurídicas em razão da honra da fiança em recuperação judicial, inclusive no que toca às características do crédito (montante e natureza), recorde-se lição de Pontes de Miranda que, ao tratar da concordata e dos coobrigados esclarecia:⁹

Os coobrigados com o concordatário ficam incólumes; os credores podem ir contra eles **como se nada tivesse ocorrido.** Obrigados solidários, fiadores, donos de bens dados em garantia, obrigados de regresso, coobrigados cambiários e cambiariformes, **todos continuam obrigados como estavam antes** da concordata. **Os que pagam** as dívidas e se sub-rogam pessoalmente aos credores satisfeitos **podem habilitar-se à percentagem** concordatária (destacou-se).

Dir-se-á, porém, que agora o devedor deverá pagar ao fiador e não mais ao credor originário. Novamente, o argumento é falacioso, pois, considerando a realidade da vida, em se tratando de recuperação judicial, irrelevante saber se o pagamento será efetuado em favor do credor A ou B. **Relevante é saber o tamanho da dívida; e esta não se altera com a substituição do credor pelo fiador.**

⁸ Comentários à Lei de Falências. Rio de Janeiro: Forense, p. 217.

⁹ Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXX (Atualizado por Vilson Rodrigues Alves). Campinas: Bookseller, 2004, p. 143.



Também do ponto de vista exclusivamente jurídico o argumento segundo o qual o pagamento pelo fiador é o momento no qual o crédito se constitui é falso, pois **confunde elementos acidentais do negócio jurídico com elementos essenciais**. Estes, sob pena de inexistência, são definidos no momento da constituição do crédito, de forma *a priori*, quais sejam: sujeito ativo, passivo e o seu objeto.

Em se tratando de uma unidade contratual (contrato principal + fiança), o sujeito ativo do crédito é conhecido no momento da sua constituição e ele poderá ser o credor originário ou o fiador, tudo conforme os elementos acidentais dessa complexidade contratual (em regra, o inadimplemento do devedor e o pagamento pelo fiador). **O pagamento realizado pelo credor, portanto, não faz surgir uma nova relação creditícia apenas indica que a condição se implementou e, por consequência, ele agora tem o poder de cobrar o devedor, que antes não tinha por falta de eficácia, mas não de existência.**¹⁰

No mesmo sentido do quanto aqui se sustenta, concursabilidade do crédito de fiança bancária honrada após o pedido de recuperação, confira-se o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (14ª Câmara Cível, AI nº 0033812-72.2016.8.19.0000, Rel. Des. José Carlos Paes):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FIADOR. PAGAMENTO. OBRIGAÇÃO ANTERIOR. SUB-ROGAÇÃO. LISTA DE CREDORES. INCLUSÃO. 1. In casu, em que pese o pagamento do débito pela fiadora ter sido realizado após a distribuição da recuperação, a fiança restou pactuada anteriormente, em consequência, o crédito antecede o pedido de Recuperação formulado. 2. Nos termos do artigo 49 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, "Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos." 3. É cediço que o deferimento da recuperação judicial da empresa, ou mesmo a aprovação do plano de recuperação, não impede o direito do credor de buscar a solvência do seu crédito contra os coobrigados, dentre os quais, o fiador. 4. Não se olvide que o §1º do dispositivo acima citado dispõe que "Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso". 5. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo, assentou o entendimento

¹⁰ Leciona a prof. Maria Helena Diniz (curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 574): "Os elementos acidentais do negócio jurídico são cláusulas que se lhe acrescentam com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais. Nada mais são do que **categorias modificadoras dos efeitos normais do negócio jurídico**, restringindo-os no tempo ou retardando o seu nascimento ou exigibilidade.

São elementos acidentais porque o ato negocial se perfaz em seles, subsistindo mesmo que não haja sua estipulação. **Sua presença é dispensável para a existência do negócio**, uma vez que são declarações acessórias da vontade, incorporadas a outra, que é principal (destacou-se).



*segundo o qual a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral. Precedente. 6. Dessa forma, sendo acionado o fiador, ainda que administrativamente, e esse honra o compromisso assumido, efetuando o pagamento do débito cujo responsável principal é a empresa recuperanda, caberá ao fiador exercer seu direito de regresso contra a empresa, mas seu crédito, caso anterior ao pedido de recuperação, como no caso dos autos, deverá integrar o concurso de credores. 7. **Deve-se salientar que o artigo 831 do Código Civil prevê a sub-rogação do fiador nos direitos do credor, e, dessa forma, passará o fiador a ocupar a posição do credor originário, frise-se, no caso dos autos, de crédito sujeito aos efeitos da Recuperação Judicial.** 8. Da assertiva acima deve-se salientar, inicialmente, que o fato de o pagamento ter sido posterior, não significa que o “crédito” do fiador também o é, haja vista que no caso concreto a obrigação restou assumida anteriormente à recuperação judicial, como dito alhures. 9. **Ressalte-se, ainda, que entendimento diverso implicaria outorgar a todos os coobrigados a possibilidade de ter seus créditos, uma vez acionados pelos credores e satisfeita a obrigação principal, excluídos do concurso de credores, e, com isso, ter o devedor frustrados os objetivos da recuperação judicial em patente prejuízo da comunhão de credores. [...]**”*

Ainda no mesmo racional segundo o qual o credor por sub-rogação **assume todas as características do credor originário**, o Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0239075-48.2012.8.26.0000. Relator: Francisco Loureiro) decidiu ser juridicamente correto transferir a credor sem privilégios as benesses de credor trabalhista, eis que era este o originário da relação **(a confirmar que na sub-rogação somente se transfere o que se tem)**:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Créditos trabalhistas pago por terceiros interessados, em razão de decisão da Justiça Laboral que reconheceu a situação de grupo econômico de fato. Sub-rogação que se dá com todas as qualidades de crédito, inclusive os privilégios e inclusão na classe de credores trabalhistas. Necessidade, porém, de os credores sub-rogados trazerem aos autos prova cabal dos valores que despenderam e a data da formação do crédito, a fim de saber se estão, ou não, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Data relevante é a formação do crédito, não a da liquidação trabalhista e nem a do pagamento que gerou a sub-rogação. Ausência completa de elementos dos autos que torna prematura a discussão, não cabendo ao Poder Judiciário a manifestação sobre situações hipotéticas, pois não se trata de órgão consultivo. Recurso não conhecido.

Desse modo, não há dúvidas: **o credor que honra fianças durante a recuperação judicial se sub-roga nas mesmas condições do credor originário por expressa previsão legal.** Assim, sendo o crédito original de natureza quirografária, como no caso dos autos, o banco pagador da fiança se tornará igualmente um credor quirografário, sujeitando-se aos efeitos da Recuperação Judicial.



2.4. Recurso Especial nº 1.860.368-SP. Não enfrentamento da questão a partir da principiologia e da razão de ser da recuperação judicial. Preservação dos institutos jurídico tal como concebidos. Necessidade de superação

Não se desconhece o quanto decidido no Recurso Especial nº 1.860.368-SP. Porém, naquele julgamento, o órgão julgador limitou-se a analisar a questão do ponto de vista egoístico do credor, tanto que nada disse a respeito dos interesses da coletividade, razão de ser da recuperação judicial de empresas. Na perspectiva da ciência do direito, confundiu os planos da eficácia e da existência quanto ao crédito ao valer-se de expressão equívoca (fato gerador) e inaplicável para a exata compreensão do fenômeno em discussão. No mais, nada disse quanto à sub-rogação, instituto elementar e de imposição legal em se tratando de fiança. Daí a necessidade de revisitação e superação do entendimento.

Nunca é demasiado recordar que a recuperação judicial não é um processo exclusivamente entre partes, mas **processo coletivo** e, deste modo, o seu fim último não é, a rigor, satisfazer o interesse deste ou daquele credor, ou mesmo da recuperanda considerada na sua singularidade, mas o **soerguimento da empresa**. É o que se extrai de forma expressa do art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Nesses termos, ao decidir que o crédito garantido por fiança honrada após o pedido recuperacional é extraconcursal, **o tribunal simplesmente inviabiliza o objetivo definido na lei** e por uma razão elementar: para se livrar da concursalidade, basta a todos os credores exigirem uma fiança bancária (ou mesmo seguro) e, a partir de então, todos os créditos serão extraconcursais. Privilegia ainda os grandes conglomerados, pois basta a estes, em todos os seus negócios, agregarem fiança ou seguro, e todos os seus créditos em termos práticos serão extraconcursais.

O Tribunal também não observou que para efeitos da recuperação judicial, a existência do crédito deve ser aferida na perspectiva da coletividade, inclusive para se evitar burlas e fraudes. **Para a coletividade**, nos exatos termos da Lei nº 11.101/2005, **importa saber como estavam os ativos e passivos da recuperanda na data do pedido de recuperação judicial**, tudo para que realidade contábil-financeira da empresa não se altere com o surgimento de novas dívidas após o pedido recuperacional.



Do ponto de vista da realidade contábil-financeira, a honra da fiança pelo fiador não ocasiona majoração ou redução do passivo da recuperanda, que continua obrigada a adimplir o mesmo crédito antes do pagamento da fiança. Não há extinção da dívida e, por consequência, nascimento de outra. A recuperanda fica obrigada a honrar o mesmo crédito. A única alteração é a pessoa a quem se deve pagar, nada é alterado no balanço da recuperanda, eis que os ativos e passivos foram determinados na data do pedido de recuperação judicial.

A honra da fiança corresponde ao que se chama contabilmente de “fato permutativo”, ou, em outras palavras, a um evento que altera elemento subjetivo da obrigação, mas não afeta objetivamente as condições da dívida da recuperanda.

Portanto, se no dia do pedido de recuperação judicial, a recuperanda tinha uma dívida quirografária, essa situação deverá ser mantida durante todo o curso da recuperação judicial. Ainda que um terceiro pague essa dívida durante o curso do processo, a recuperanda permanecerá devedora dos mesmos valores, com a única ressalva de que deverá pagá-los àquele que efetuou o pagamento em seu lugar.

Também para o fiador a prestação da fiança, embora ainda não honrada, gera efeitos contábeis e financeiros. Com efeito, uma vez prestada fiança por instituição financeira, está é obrigada a registrá-la em seu balanço, ainda que em conta de compensação. Este registro traz consequências para instituição financeira, pois impacta o seu custo de capital, tudo a evidenciar que o pagamento do crédito afiançado é um mero exaurimento procedimental de um crédito que já existia antes do pedido de recuperação judicial. Afinal, se mesmo antes da honra os bancos já provisionam o valor da fiança como uma dívida própria, é mesmo evidente que a obrigação existe desde o momento da contratação, e não “surge” com o pagamento como defende o Impugnante.

Esses aspectos práticos relacionados às regras contábeis-financeiras não podem ser dispensados pelo órgão julgador em sede de recuperação judicial, **sob pena de tornar sem efeito a paridade entre os credores de uma mesma classe e alterar artificialmente o passivo concursal da recuperanda.** No sentido estritamente patrimonial, o pagamento de uma fiança não deve alterar a classificação do crédito e torná-lo extraconcursal, eis que a composição do passivo da recuperanda será alterada no meio do procedimento e pode até mesmo inviabilizar o soerguimento da recuperanda a depender dos valores envolvidos, visto que torna



extraconcursal obrigações que a empresa entendia que seriam reestruturadas com o pedido de recuperação judicial.

Por outro lado, é certo que o referido precedente do Superior Tribunal de Justiça realizou distinção entre negócio jurídico (fiança) e crédito. Todavia, equivocou-se ao afirmar que o crédito do fiador surge com o pagamento. **O pagamento, em se tratando de fiança, não é elemento constitutivo, mas fato extintivo da obrigação do fiador perante o credor originário (mero exaurimento de um determinado aspecto da unidade negocial) e elemento accidental para conferir eficácia à sua posição de credor do devedor.**

A propósito disso, o mesmo precedente afirma que o devedor não tem direito de exigir o crédito diretamente do afiançado. Obviamente, não tem porquanto a condição não se implementou (pagamento). Contudo, isso não significa dizer que o fiador não tenha pretensão contra o devedor, mas muito pelo contrário haja vista o disposto no **art. 130 do Código Civil. Ora, só se pode conservar (o crédito) o que existe, pois, em termos lógico-jurídico, o que não existe, não precisa ser protegido.**

As pretensões de direito material do fiador relacionados ao crédito não se esgotam em atos de conservação. O fiador, antes de honrar a fiança, pode exigir do devedor que satisfaça a obrigação. Obviamente, não havendo satisfação material das pretensões do fiador ou do credor originário, este poderá provocar em juízo aquele; e o fiador, na ação na qual for réu, poderá realizar o chamamento ao processo do afiançado. Tudo a evidenciar que o crédito juridicamente existe e que há pretensões processuais agora não mais para protegê-lo, mas satisfazê-lo.

No que concerne à sub-rogação, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de um silêncio sepulcral, não obstante em se tratando de fiança o instituto da sub-rogação seja regra imperativa. **A sub-rogação resulta da lei pelo fato pagamento e o seu fim é meramente recuperatório.** Logo, é lugar comum afirmar que ao fiador se transferem os direitos, pretensões e ações que detinham o credor para recuperar o crédito. Nem mais, nem menos. Na referida decisão, contudo, o fiador, credor acessório, passaria a gozar de privilégio que não detinha o credor originário, a extraconcursalidade.



Deferir ao fiador aquilo que o credor originário não tinha significa também interpretar a lei recuperacional de forma assistemática. Para tanto basta recordar que, ao menos até o advento da Lei 14.112/2020 que revogou o §4º do art. 83 da Lei nº 11.101/2005, a regra era justamente retirar do credor por substituição os privilégios do credor original. Em outras palavras, ainda que não fosse suficiente toda a disciplina legal da sub-rogação, tem-se que para os efeitos da recuperação judicial devem ser preservadas as condições originais do direito creditório, independentemente de quem sejam os titulares; jamais atribuir um privilégio que nunca existiu.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sob outro viés, já decidiu pela concursabilidade de créditos da espécie, conforme Recurso Especial n.1.443.750-RS, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze:

A noção de crédito envolve basicamente a troca de uma prestação atual por uma prestação futura. A partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, um dos sujeitos, baseado na confiança depositada em outrem (sob o aspecto subjetivo, decorrente dos predicados morais deste e/ou sob o aspecto objetivo, decorrente de sua capacidade econômico-financeira adimplir com sua obrigação), cumpre com a sua prestação (atual), com o que passa a assumir a condição de credor, conferindo a outra parte (o devedor) um prazo para a efetivação da contraprestação. Nesses termos, o crédito se encontra constituído, independente do transcurso de prazo que o devedor tem para cumprir com a sua contraprestação. E, como visto, para efeito de submissão aos efeitos da recuperação judicial, a lei de regência reputou irrelevante a exigibilidade de crédito, desde que já constituído ao tempo do respectivo pedido. Pois bem. Tais considerações, de ordem conceitual, são oportunas para bem evidenciar que, em princípio, a constituição de um crédito pressupõe a existência de um vínculo jurídico entre as partes e não se encontra condicionada a uma decisão judicial que simplesmente declare o crédito.

De maneira mais precisa, confira-se o Recurso Especial n. 1.840.531-RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO. EXISTÊNCIA. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005. DATA DO FATO GERADOR.1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Ação anulatória e de reparação de danos pela inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Discussão acerca da sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial. 3. Diante da opção do legislador de excluir determinados credores da recuperação judicial, mostra-se imprescindível definir o que deve ser considerado como crédito existente na data do pedido, ainda que não vencido, para identificar em quais casos estará ou não submetido aos efeitos da recuperação judicial. 4. A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e o credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito). 5. Os créditos



submetidos aos efeitos da recuperação judicial são aqueles decorrentes da atividade do empresário antes do pedido de soerguimento, isto é, de fatos praticados ou de negócios celebrados pelo devedor em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles expressamente apontados na lei de regência. 6. Em atenção ao disposto no art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: 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. 7. Recurso especial provido.

Para além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça também possui precedentes que afirmam expressamente que quando o fiador honra a fiança, ele se sub-rogar nos direitos do credor primitivo, não havendo a constituição de novo crédito:

*RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUB-ROGAÇÃO. CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A sub-rogação não extingue a relação obrigacional havida entre as partes, havendo meramente substituição do polo passivo, até porque sub-rogação não se confunde com novação. 2. **O fiador que paga integralmente o débito objeto do contrato fica sub-rogado nos direitos do credor originário, mantendo-se todos os elementos da obrigação primitiva, com as suas garantias e limitações.** 3. O acolhimento da pretensão recursal, no sentido de apontar que o crédito foi constituído após o pedido de recuperação judicial, demandaria a perquirição do acervo fático-probatório constante nos autos, situação insindicável em sede de apelo nobre, ante o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 4. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.472.317 - RJ, relatora Ministra Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe de 3/5/2019.)*

Portanto, não se afigura razoável sob a perspectiva jurídica (elementos acidentais do negócio jurídico/sub-rogação) ou fática (patrimônio da empresa) determinar que o credor original seria sujeito à recuperação na Classe III, mas o fiador, que nada mais fez, exceto cumprir o avençado originariamente, ser privilegiado com a exclusão do seu crédito dos efeitos da recuperação e executar individualmente a recuperanda.

3. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Em termos práticos e da existência patrimonial da empresa em recuperação, não importa se o crédito já venceu ou se já há procedimento de exigibilidade em curso ou não; tampouco se é ou não decorrente da sub-rogação. **Relevante apenas que ele esteja registrado na contabilidade no momento do pedido recuperacional. Em se tratando do crédito cobrado em razão da fiança, ele está registrado desde sempre, mudou-se meramente a pessoa para quem o devedor deve pagar.**



Pela perspectiva da coletividade, o acolhimento da tese de extraconcursalidade dos créditos de fiança honrada após o pedido recuperacional implicará um impacto negativo na casa das centenas de milhões de reais, bem como **subverteria a paridade entre os credores quirografários**.

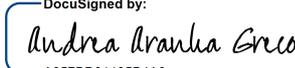
Além de se distanciar da realidade fática, a tese da extraconcursalidade nega vigência aos institutos relacionados aos elementos acidentais do negócio jurídico (confusão entre existência e eficácia) e à sub-rogação (transfere ao fiador aquilo que o credor não tem).

Logo, por qualquer ângulo de análise, fático ou jurídico, a única conclusão jurídica aceitável é a sujeição dos créditos decorrentes da fiança à recuperação judicial, rejeitando-se os pedidos do Impugnante, com a manutenção dos créditos “de fiança bancária” na Classe III – Quirografário e, por consequência, ratificando-se a relação de credores dos Administradores Judiciais.

Os interessados requerem, ademais, sejam todos os credores e demais interessados na Recuperação Judicial intimados para caso tenham interesse se manifestem sobre os termos dessa petição.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Rio de Janeiro,

21 de agosto de 2023

DocuSigned by:

A057BD91185B4A8...
Andrea Aranha Greco
OAB/SP nº 134.364

DocuSigned by:

18F4C32780...
Márcia Marrano Serafim
OAB/SP nº 225.484

DocuSigned by:

787B5D6E99F2430...
Eduardo Barbosa Leão
OAB/SP nº 221.605

DocuSigned by:

11F8FEA44FB42D...
Ivo Waisberg
OAB/SP 146.176

DocuSigned by:

8A3B7BAA25D747D...
Márcio Souza Guimarães
OAB/RJ 93.386





Número: **0803087-20.2023.8.19.0001**

Classe: **TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE**

Órgão julgador: **4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital**

Última distribuição : **12/01/2023**

Valor da causa: **R\$ 500.000,00**

Assuntos: **Recuperação extrajudicial**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
--------	-------------------------------

AMERICANAS S.A (REQUERENTE)

RHAYSSA ANTINARELLI CARDOSO CAMPOS (ADVOGADO)
PATRICIA FERES TRIELLI (ADVOGADO)
FELIPE DE OLIVEIRA GONCALVES (ADVOGADO)
FELIPE VIEIRA DE ARAUJO CORREA (ADVOGADO)
ANA TEREZA BASILIO (ADVOGADO)
JOSE ROBERTO DE ALBUQUERQUE SAMPAIO (ADVOGADO)
GABRIEL PINA RIBEIRO (ADVOGADO)
CLEBER FELIPE LOPES GALHARDI (ADVOGADO)
RAFAELLI MOREIRA CESAR (ADVOGADO)
VERONICA DO NASCIMENTO (ADVOGADO)
DANILO FERNANDES CHRISTOFARO (ADVOGADO)
RENATO CHAGAS CORREA DA SILVA (ADVOGADO)
GUSTAVO PENNA MARINHO DE ABREU LIMA (ADVOGADO)
TAYNAH SOARES DE ALCANTARA (ADVOGADO)
ROSEMEIRE BRANCO LOPES (ADVOGADO)
DANIELA DE OLIVEIRA TITO DOS SANTOS (ADVOGADO)
ROSEMARY TEIXEIRA LISBOA registrado(a) civilmente como ROSEMARY TEIXEIRA LISBOA (ADVOGADO)
RENATO DACILIO FLORES (ADVOGADO)
VANDERLAN FERREIRA DE CARVALHO (ADVOGADO)
MARIO THADEU LEME DE BARROS FILHO (ADVOGADO)
WILLIAM CARMONA MAYA (ADVOGADO)
RENATA ROCHA MOREIRA (ADVOGADO)
CLEUBER LUCIO AZEVEDO RIOS (ADVOGADO)
FABIO ROBERTO BARROS MELLO (ADVOGADO)
MAURICIO APARECIDO CRESOSTOMO (ADVOGADO)
JOAO RICARDO DE SOUZA (ADVOGADO)
LILIANA BAPTISTA FERNANDES (ADVOGADO)
SELMA CRISTINA DOS SANTOS DELBONE (ADVOGADO)
ROSAMARIA BORGES VIEIRA FERACIN (ADVOGADO)
WILTON MAGARIO JUNIOR (ADVOGADO)
RICARDO BARROS MERO (ADVOGADO)
SAMAYA GOMES CARVALHO OLIVEIRA (ADVOGADO)
LAERCIO TOSCANO JUNIOR (ADVOGADO)
DIEGO STARLING PESSIM SILVA (ADVOGADO)
MILENA APARECIDA DA SILVA LEITE (ADVOGADO)

AMERICANAS S.A. (REQUERIDO)

SAULO MAGNO FIRMO SANTOS (ADVOGADO)
FATIMA CRISTINA SANTOS FERREIRA (ADVOGADO)
SERGIO ZVEITER (ADVOGADO)
BRUNO GALVÃO SOUZA PINTO DE REZENDE
(ADVOGADO)
MARCELO AUGUSTO NUNES FERREIRA (ADVOGADO)
RENAN SOARES CORTAZIO (ADVOGADO)
PAULO MAZZANTE DE PAULA (ADVOGADO)
LUIZ FELIPE FARIAS GUERRA DE MORAIS (ADVOGADO)
JOAO LOYO DE MEIRA LINS registrado(a) civilmente como
JOAO LOYO DE MEIRA LINS (ADVOGADO)
FLAVIO CALLADO DE CARVALHO (ADVOGADO)
ROBERTO TRIGUEIRO FONTES registrado(a) civilmente
como ROBERTO TRIGUEIRO FONTES (ADVOGADO)
LUIS FERNANDO PEREIRA NEVES (ADVOGADO)
ALEXANDRE PRANDINI JUNIOR (ADVOGADO)
JOAO VICTOR CARAN BARBOSA (ADVOGADO)
KALERIA LINS RIBEIRO CORTEZ (ADVOGADO)
FERNANDO MOREIRA DRUMMOND TEIXEIRA
(ADVOGADO)
ADRIANA FERNANDES SCATOLINI (ADVOGADO)
FABIANA DINIZ ALVES (ADVOGADO)
LUCIA DE QUEIROZ PACHECO (ADVOGADO)
WESLEY JOSE MADUREIRA (ADVOGADO)
LUCIANA MARTINS DE AMORIM AMARAL SOARES
registrado(a) civilmente como LUCIANA MARTINS DE
AMORIM AMARAL SOARES (ADVOGADO)
JOAO PIRES DE REZENDE JUNIOR (ADVOGADO)
MAURICIO NANARTONIS (ADVOGADO)
FABIO ANTERIO FERNANDES (ADVOGADO)
JOAO CARLOS VILELA NUNES DOS REIS (ADVOGADO)
JULIANA DE FATIMA SOARES CALDEIRA GUEDES
(ADVOGADO)
ANA FLAVIA LINDENBERG DABIEN (ADVOGADO)
MARCIO DO AMARAL RAFFAELE (ADVOGADO)
CARINA CAVALCANTI DE MORAIS (ADVOGADO)
VANESSA CRISTINA DA COSTA (ADVOGADO)
BRUNO CARLO SICILIANO (ADVOGADO)
RENATO DE ASSIS TRIPIANO (ADVOGADO)
RICARDO CHABU DEL SOLE (ADVOGADO)
HERIBELTON ALVES (ADVOGADO)
ANDERSON CESAR FERNANDES (ADVOGADO)
EMERSON MACHADO DE SOUSA (ADVOGADO)
ISABELLE SAMPAIO DA COSTA DAMASCENO
(ADVOGADO)
MARCIA BATISTA MARTINS CERONI (ADVOGADO)
BRUNO FEIGELSON (ADVOGADO)
VANESSA RODRIGUES DA CUNHA PEREIRA FIALDINI
(ADVOGADO)
GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO (ADVOGADO)
PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS (ADVOGADO)
MARCOS AURELIO TEIXEIRA ALBUQUERQUE BASTOS
(ADVOGADO)
ADEMIR BUITONI (ADVOGADO)
AUREA ANDRESSA LACERDA LIMA (ADVOGADO)
CAROLINA MASCARENHAS (ADVOGADO)

CAIO ARANHA SAFFARO VIEIRA (ADVOGADO)
MARCELO BRAGA DE ANDRADE (ADVOGADO)
ANTONIO CLETO GOMES (ADVOGADO)
HUGO MARTINS QUINTAO (ADVOGADO)
GLAUCIA MARA COELHO (ADVOGADO)
ILAN CAIAFA SOARES (ADVOGADO)
MARIA SEVERINIA GONCALVES (ADVOGADO)
AUREA NAVES DE OLIVEIRA (ADVOGADO)
ELIZABETH RIBEIRO SOUTO (ADVOGADO)
FELIPE ZORZAN ALVES (ADVOGADO)
DANIELI DA CRUZ SOARES (ADVOGADO)
NATHALIA GOMES PLA (ADVOGADO)
ANA FLAVIA ANTUNES BONALUMI (ADVOGADO)
CLAUDIO MANOEL SILVA BEGA (ADVOGADO)
KERSON NASCIMENTO DE CARVALHO (ADVOGADO)
PRISCILA GOES PRADO MELO (ADVOGADO)
THIAGO BOZOGLIAN PAULINO CORREA (ADVOGADO)
RICARDO JEREMIAS (ADVOGADO)
MICHEL PLATINNY DUARTE ARAUJO (ADVOGADO)
LUCIANA PINTO PASSOS (ADVOGADO)
ALEXANDRE MENDES PINTO (ADVOGADO)
TONY RAFAEL BICHARA (ADVOGADO)
JONAS SMITH OLIVEIRA (ADVOGADO)
PAULO ANDRE LIMA AGUIAR (ADVOGADO)
MICHEL DINES (ADVOGADO)
LEANDRO FIGUEIREDO PINHEIRO (ADVOGADO)
ANA CAROLINA REIS DO VALLE MONTEIRO (ADVOGADO)
BRUNO PACHECO TEIXEIRA (ADVOGADO)
CARLOS EDUARDO ROCHA CRUZ (ADVOGADO)
WAGNER TADEU VIEIRA CARNEIRO (ADVOGADO)
CISLENE DIAS HENRIQUE (ADVOGADO)
EDUARDO PINTO SANTOS FERREIRA (ADVOGADO)
RACHEL MONFERDINI DOURADO LIMA (ADVOGADO)
JORGE LUIZ DE CARVALHO VELLOSO (ADVOGADO)

Documentos

Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
65425 060	21/08/2023 22:31	Petição	Petição

Galdino & Coelho

Pimenta • Takemi • Ayoub

Advogados

Flavio Galdino	Wallace Corbo	Beatriz Capanema	Isabela Augusta Xavier	Thiago Merhy
Sergio Coelho	André Furquim Werneck	Claudia Tiemi Ferreira	Leticia Campanelli	Gabriela Bellido
Rafael Pimenta	Pablo Cerdeira	Bruno Duarte	Rafael Dantas	Gabrielle Mussauer
Eduardo Takemi Kataoka	Rodrigo Saraiva P. Garcia	Fernanda David	Manuela Coccarelli	Fernanda Drugowich
Luiz Roberto Ayoub	Luiz Eduardo Brito Chaves	Jordano Fernandes	Caroline Rabello Müller	Daniel Araujo
Gustavo Salgueiro	Thiago Gonzalez Queiroz	Roberta Maffei	Paula Ocké	Gabriela Burmeister
Diogo Rezende de Almeida	Yasmin Paiva	Vanderson Maçullo	Bianca Barros	Bruna Fortunato
Rodrigo Candido de Oliveira	Fernanda Medina Pantoja	Jacques Rubens	Luíza Valle	Bruna Gallucci Ortolan
Cristina Biancastelli	Júlia Danziger	Manoela Moreira	Bruna Silveira	Jeniffer Gomes
Isabel Picot França	Luan Gomes	Livia Tostes	Ana Paula Barbato	Ramon Barbosa Baptistella
Marcelo Atherino	Evandro Menezes de Carvalho	Amanda Frigerio	Bruno F. Aust Augusto	Milene Moreno
Marta Alves	Julia Cola	Sávio Capra	Jorge Luis Costa	Giovana Sosa Mello
Filipe Guimarães	Dione Assis	Paula Regina Brendolan	Fernanda Weaver	Victor Silva Castro
Cláudia Maziteli Trindade	Isabela Rampini	Isabella Costa	Beatriz Pacheco Villar	Gabriel Fernandes Dutra
Pedro Murgel	Luciana Machado	Ana Gasparine	Giovanna Salviano Santos	Rafaela C. Freitas
Gabriel Barreto	Vanessa F. F. Rodrigues	Ana Elisa Silva Corrêa	Bettina Wermelinger	
Felipe Brandão	Julianne Zanconato	Yuri Athayde	Lucas Amaral	
Adrianna Chambó Eiger	Tomás Martins Costa	Lucas Ferreira	Raianne Ramos	
Mauro Teixeira de Faria	Ivana Harter	Leonardo Mattia	Ana Beatriz Carmello	

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA EMPRESARIAL DA
COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO — RJ.

Processo nº 0803087-20.2023.8.19.0001

BANCO BTG PACTUAL S.A. (“BTG”), já devidamente qualificado nos autos da recuperação judicial em epígrafe, em que figura como credor e na qual são devedores-requerentes AMERICANAS S.A. (“Americanas”), B2W DIGITAL LUX S.A.R.L. (“B2W”) e JSM GLOBAL S.A.R.L. (“JSM”, ou, quando mencionadas em conjunto, “Grupo Americanas”), vem a V.Exa. tecer considerações que, na sua visão, são relevantes acerca da suposta extraconcursalidade de determinados créditos decorrentes de fianças honradas após o pedido de recuperação judicial e o inexorável risco sistêmico que a manutenção de tal extraconcursalidade pode acarretar para o mercado de crédito brasileiro como um todo.

Rio de Janeiro – Sede
Rua João Lira, 144
22430-210 / Leblon
Rio de Janeiro / RJ
Tel.: + 55 21 3195-0240

Rio de Janeiro – Centro
Av. Rio Branco, 138 – 10º andar
20040-002 / Centro
Rio de Janeiro / RJ
Tel.: + 55 21 3195-0240

São Paulo
Av. Brigadeiro Faria Lima, 3900 / 11º andar
04538-132 / Itaim Bibi
São Paulo / SP
Tel.: 55 11 3041-1500



OBJETO E LIMITES DESTA MANIFESTAÇÃO

1. Esta manifestação tem por objetivo abordar uma das discussões instauradas neste concurso de credores que, *a priori* de relevância microscópica, espraia efeitos — na realidade — macroscópicos, afetando toda a coletividade de credores: as tentativas de exclusão do concurso de credores de créditos arrolados na Classe III a título de “créditos de fiança”.

2. Considerando que a exclusão dos créditos decorrentes da honra de fianças bancárias pode afetar não só a capacidade do Grupo Americanas de pagar (no todo ou em parte) os créditos de todos os credores concursais, mas, especialmente, porque a tese sustentada por certos credores, se acolhida, pode significar uma canibalização desastrosa do mercado de crédito brasileiro, imperiosa esta manifestação como contribuição para a formação do convencimento deste Juízo acerca da necessidade de manutenção da classificação desses créditos como concursais.

CONCURSALIDADE E EXTRACONCURSALIDADE

*No eterno duelo entre satisfação privada e soerguimento,
o norte deve ser a par conditio creditorum*

3. A Lei nº 11.101/2005 estabelece os créditos que não estão sujeitos à recuperação judicial, notadamente (i) aqueles indicados nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005; e (ii) os créditos surgidos após o pedido recuperacional, nos exatos termos previstos no art. 67 da Lei nº 11.101/2005.

4. Como se sabe, tratar igualmente credores em situação igual é um vértice axiológico do sistema recuperacional, de modo que a interpretação acerca da extraconcursalidade deve ter como norte a preservação desse axioma.

5. Um dos critérios para aferir a ocorrência ou não da extraconcursalidade é o *temporal*. Se o crédito surgiu após o pedido de recuperação ele deverá ser considerado não-sujeito aos efeitos do concurso; se, ao contrário, surgiu antes do pedido, concursal será.



6. Assim, se um crédito é trabalhista e anterior ao pedido, ele continuará sendo um crédito trabalhista e concursal, ainda que haja uma alteração do polo subjetivo da relação creditícia posterior ao pedido. Um crédito da Classe IV e anterior ao pedido, continuará sendo um crédito da Classe IV, que haja uma alteração do polo subjetivo da relação creditícia posterior ao pedido.

7. Em síntese — e ressalvados alguns casos particulares — a identidade daquele que ocupa a posição de credor será, em regra, irrelevante para determinar-se a concursalidade ou extraconcursalidade de um crédito — o que importa é data do fato gerador da obrigação, independentemente da identidade daquele que detém a sua titularidade.

8. Tal entendimento restou acolhido pela Colenda Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao proclamar que *“ocorrido o fato gerador, surge o direito de crédito, sendo o adimplemento e a responsabilidade elementos subseqüentes, não interferindo na sua constituição”*, sendo certo que *“ocorrido o fato gerador, considera-se o crédito existente, estando submetido aos efeitos da recuperação judicial”*¹.

9. O quanto afirmado está em linha com a leitura sistemática da lei, pois esta, quando pretendeu regular a exclusão de créditos posteriores ao pedido para beneficiá-los com a extraconcursalidade, dispôs de maneira expressa, vide art. 67.

O CASO DAS FIANÇAS HONRADAS PÓS-RJ

Obrigação nova inexistente, concursalidade impositiva

10. Esse é o caso das fianças contratadas antes da propositura do pedido de recuperação judicial e honradas após o momento do ajuizamento.

11. Diferentemente de outros casos de sub-rogação (legal ou convencional) específicos, o crédito titularizado pelo terceiro garantidor que honra garantia prestada em favor de credor da recuperanda cujo crédito é anterior ao momento de ajuizamento do

¹ STJ, Recurso Especial 1.840.531/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. em 09/12/2020.



pedido de recuperação judicial, como é o caso do fiador, não tem causa autônoma e não decorre de um negócio jurídico constituído posteriormente ao pedido recuperacional (art. 67), devendo por isso mesmo sujeitar-se ao concurso de credores.

12. O crédito do fiador é o mesmo crédito do credor originário, porquanto não há negócio jurídico novo. Tem-se, desde sempre, o mesmo negócio jurídico com a sua complexidade inerente. Ou seja, o contrato principal afiançado e a fiança — unidade contratual — e, por consequência, o crédito, têm todos os elementos determinantes da sua existência definidos em momento anterior ao pedido recuperacional.

13. O inadimplemento e a honra da fiança contratada anteriormente ao pedido de recuperação judicial são mero exaurimento de parte daquela unidade contratual; não têm natureza constitutiva relativamente ao crédito, pois não o cria e nem o modifica. O que surge após o inadimplemento e a honra da fiança é uma espécie de sub-rogação convencional. Contudo, a sub-rogação, nesse caso específico, não faz nascer um novo crédito; ela apenas significa que uma pessoa (o fiador) foi colocada na posição de outra pessoa (credor originário) para efeitos de recebimento do seu crédito.²

14. Repita-se: não há uma dualidade creditícia, uma de titularidade do credor e outra do fiador; há apenas um crédito que a devedora deve satisfazer, seja em relação ao credor originário, seja em relação ao fiador, tudo conforme os elementos acidentais (inadimplemento e pagamento) dessa unidade contratual (contrato principal + fiança). Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma responsabilidade subsidiária na prática, porém contratualmente solidária, do fiador em relação ao devedor.

15. Isso está em linha com o art. 831 do Código Civil segundo o qual “*fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor*”.

Há outros tipos específicos de sub-rogação que, por suas próprias características, não implicam uma simples alteração do polo subjetivo da relação de crédito, mas, sim, e ainda que numa primeira aproximação, uma sub-rogação complexa, que se submete, ao mesmo tempo, às regras obrigacionais clássicas de direito civil e a outras, próprias, de natureza regulatória.



16. Sob a perspectiva do fiador, o instituto da sub-rogação transmite a titularidade do direito material com todas as suas qualidades, ou seja, a posição integral de credor da dívida – não constituindo, pois, uma nova relação jurídica. Que fique claro: *“a sub-rogação se faz tanto em relação ao direito material do sub-rogado, como também quanto à forma de seu exercício (direito de ação)”*, preservando todos os elementos da obrigação anterior.

17. Dito de outra forma, a sub-rogação operada em créditos decorrentes de pagamento da dívida originária por terceiro, por se tratar de efeito subsequente e não ter o condão de alterar a estrutura obrigacional, não possui qualquer repercussão jurídica sobre o momento de constituição do crédito para fins de sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

18. Por ser uma simples substituição do credor de um dos polos do crédito já existente, a sub-rogação também significa mera transferência dos direitos do credor ao fiador. Sendo certo que nesta substituição e transferência nada de novo surge, em especial para o devedor que continua obrigado a adimplir o crédito nos exatos e mesmos termos no qual ele foi ajustado e existia em data anterior ao pedido recuperacional.

19. Por isso, ao se sub-rogar nos direitos do credor originário, o fiador herdará exatamente as mesmas condições do crédito sub-rogado, seja lá quais forem, não se limitando apenas à natureza do crédito, mas incluindo também garantias de terceiros, propriedade fiduciária de bens dados pelo devedor em garantia à operação de crédito afiançada, etc.

20. Nesse sentido, não há impacto na natureza do crédito originário. Conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP:

Agravo de instrumento. Habilitação de crédito. Impugnação. Alegação de preclusão afastada. Crédito concursal, pois constituído em data anterior ao deferimento da recuperação judicial. Em que pese a construção jurídica efetuada pela agravante: (i) crédito existente antes do deferimento da recuperação judicial entre prestadores de serviços médicos e Grupo Abril (agravante é intermediadora de serviços médicos); (ii) não pagamento pelo Grupo Abril; (iii) pagamento a descoberto pela agravante, ocorrendo a sub-rogação legal do crédito; (iv) alegação de que essa sub-rogação é, na verdade, uma novação, criando uma obrigação absolutamente nova entre a agravante



e o Grupo Abril, motivo pelo qual a data para aferir se o crédito é concursal ou extraconcursal é a data da emissão da fatura pela agravante contra o Grupo Abril. Verifica-se que o crédito era existente em data anterior ao deferimento da recuperação judicial, conforme informa a própria agravante, pois os serviços médicos foram efetivamente prestados antes dessa data. Assim, toda essa tese jurídica construída não tem o condão de afastar a realidade fática, qual seja, o débito em questão (R\$8.381.000,00) decorre de serviços médicos prestados em data anterior ao deferimento da recuperação e, portanto, é crédito concursal. A sub-rogação legal não tem natureza jurídica de novação, mas de mera alteração do polo passivo da obrigação. Doutrina. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJESP, Agravo de Instrumento 2094840-02.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Natan Zelinski de Arruda, 2ª Câmara. Res. de Dir. Empr., j. em 16/08/2022 – g/n)

21. O inadimplemento e o posterior pagamento realizado pelo fiador não gera nova relação creditícia entre este e a recuperanda, porquanto a relação obrigacional existe desde o momento no qual aquela unidade contratual (contrato afiançado e fiança) se formou, uma vez que o fiador, por exemplo, poderia ser judicialmente acionado.

22. No mais, a dívida não é extinta; o devedor continua obrigado a honrá-la, mas agora não mais perante o titular do contrato afiançado — a unidade contratual em relação a este é exaurida —, mas perante o fiador.

23. Objetivamente esta é e sempre foi a dinâmica da sub-rogação no direito brasileiro. Logo, admitir a extraconcursalidade para favorecer os credores de fiança bancária significa alterar o que sempre foi compreendido do mesmo modo. Pior: significa dizer que o credor originário transferiu ao fiador algo que ele nunca teve: a extraconcursalidade do seu crédito.

24. Se adotada essa construção, o que se verá daqui por diante é uma série de fianças cruzadas, de modo que quase todos os créditos financeiros serão extraconcursais, o que implodirá todo o macrossistema de reestruturação brasileiro. Sob essa premissa, vale a indagação: também serão extraconcursais os créditos cedidos após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial? Claro que não.

25. Dispõe o art. 349 do Código Civil 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 lei não diz que a sub-rogação transferirá aquilo que



originariamente não se tinha. Logo, admitir a tese da extraconcursalidade para favorecer os credores de fiança significa também violar o referido dispositivo, pois inclui o que nele não se contém.

26. Nessa linha de passo, perquirir acerca da data da honra da fiança, se antes ou após o pedido recuperacional, é um verdadeiro sofisma. Para percebê-lo, basta, em termos concretos, comparar se existe, além da data, alguma diferença substancial entre uma situação e outra. A resposta é negativa. Nada de substancial, de jurídico ou fático, relativamente ao crédito se altera em razão da data da honra da fiança. O crédito, a dívida, continua objetivamente idêntico em ambas as situações, isto é, pendente de adimplemento pelo devedor pelo valor ajustado contratualmente.

27. Nem se alegue que, após o acionamento da garantia, o devedor deverá pagar ao fiador e não mais ao credor originário. Novamente, irrelevante saber se o pagamento será efetuado em favor do credor A ou B. Relevante é saber o tamanho da dívida; e esta não se altera com a substituição do credor originário pelo fiador, atentando, ademais, para características especiais do terceiro garantidor (e.g., garantias adicionais que possam ter sido ajustadas entre recuperanda e o garantidor).

28. O argumento segundo o qual o pagamento pelo fiador determina o momento no qual o crédito se constitui confunde elementos acidentais do negócio jurídico com elementos essenciais. Estes, sob pena de inexistência, são definidos no momento da constituição do crédito, de forma *a priori*, quais sejam: sujeito ativo, passivo e o seu objeto.

29. Em se tratando de uma unidade contratual (contrato afiançado + fiança), o sujeito ativo do crédito é conhecido no momento da sua constituição e ele poderá ser o credor originário ou o fiador, tudo conforme os elementos acidentais dessa complexidade contratual (em regra, o inadimplemento do devedor e o pagamento pelo fiador). O pagamento realizado pelo fiador, portanto, não faz surgir uma nova relação creditícia, mas apenas indica que a condição se implementou e, por consequência, ele agora tem o poder de cobrar o devedor, que antes não tinha por falta de eficácia, mas não de existência.



30. No mesmo sentido do quanto aqui se sustenta — da concursalidade do crédito de fiança bancária honrada após o pedido de recuperação —, confira-se o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (14ª Câmara Cível, AI nº 0033812-72.2016.8.19.0000, Rel. Des. José Carlos Paes):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FIADOR. PAGAMENTO. OBRIGAÇÃO ANTERIOR. SUB-ROGAÇÃO. LISTA DE CREDORES. INCLUSÃO. 1. In casu, em que pese o pagamento do débito pela fiadora ter sido realizado após a distribuição da recuperação, a fiança restou pactuada anteriormente, em consequência, o crédito antecede o pedido de Recuperação formulado. 2. Nos termos do artigo 49 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.” 3. É cediço que o deferimento da recuperação judicial da empresa, ou mesmo a aprovação do plano de recuperação, não impede o direito do credor de buscar a solvência do seu crédito contra os coobrigados, dentre os quais, o fiador. 4. Não se olvide que o §1º do dispositivo acima citado dispõe que “Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”. 5. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo, assentou o entendimento segundo o qual a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral. Precedente. 6. Dessa forma, sendo acionado o fiador, ainda que administrativamente, e esse honra o compromisso assumido, efetuando o pagamento do débito cujo responsável principal é a empresa recuperanda, caberá ao fiador exercer seu direito de regresso contra a empresa, mas seu crédito, caso anterior ao pedido de recuperação, como no caso dos autos, deverá integrar o concurso de credores. 7. Deve-se salientar que o artigo 831 do Código Civil prevê a sub-rogação do fiador nos direitos do credor, e, dessa forma, passará o fiador a ocupar a posição do credor originário, frise-se, no caso dos autos, de crédito sujeito aos efeitos da Recuperação Judicial. 8. Da assertiva acima deve-se salientar, inicialmente, que o fato de o pagamento ter sido posterior, não significa que o “crédito” do fiador também o é, haja vista que no caso concreto a obrigação restou assumida anteriormente à recuperação judicial, como dito alhures. 9. Ressalte-se, ainda, que entendimento diverso implicaria outorgar a todos os coobrigados a possibilidade de ter seus créditos, uma vez acionados pelos credores e satisfeita a obrigação principal, excluídos do concurso de credores, e, com isso, ter o devedor frustrados os objetivos da recuperação judicial em patente prejuízo da comunhão de credores. [...]”.

31. Ainda no mesmo racional, segundo o qual o credor por sub-rogação assume todas as características do credor originário, o Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0239075-48.2012.8.26.0000. Relator: Francisco Loureiro) decidiu ser juridicamente correto transferir ao credor sem privilégios que paga o débito trabalhista as benesses do credor trabalhista, eis que essa era



a qualidade originária do crédito (confirmando que na sub-rogação por cessão de crédito somente se transfere o que se tem):

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Créditos trabalhistas pago por terceiros interessados, em razão de decisão da Justiça Laboral que reconheceu a situação de grupo econômico de fato. Sub-rogação que se dá com todas as qualidades de crédito, inclusive os privilégios e inclusão na classe de credores trabalhistas. Necessidade, porém, de os credores sub-rogados trazerem aos autos prova cabal dos valores que despenderam e a data da formação do crédito, a fim de saber se estão, ou não, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Data relevante é a formação do crédito, não a da liquidação trabalhista e nem a do pagamento que gerou a sub-rogação. Ausência completa de elementos dos autos que torna prematura a discussão, não cabendo ao Poder Judiciário a manifestação sobre situações hipotéticas, pois não se trata de órgão consultivo. Recurso não conhecido.

32. Desse modo, não há dúvidas: o credor de fianças emitidas anteriormente ao pedido de recuperação judicial e honradas durante o concurso de credores se sub-roga nas mesmas condições do credor originário por expressa previsão legal. Assim, sendo o crédito original de natureza quirografária, como no caso dos autos, o banco pagador da fiança se tornará igualmente um credor quirografário, sujeitando-se aos efeitos da Recuperação Judicial.

CORRETA INTERPRETAÇÃO DOS LIMITES DO RESP Nº 1.860.368

33. Não se desconhece o quanto decidido no REsp nº 1.860.368-SP. Porém, naquele julgamento, o órgão julgador não se atentou aos planos da eficácia e da existência quanto ao crédito ao valer-se de expressão equívoca (fato gerador) e inaplicável para a exata compreensão do fenômeno em discussão. No mais, nada disse quanto à sub-rogação, instituto elementar e de imposição legal em se tratando de fiança.

34. O Tribunal também não observou que, para efeitos da recuperação judicial, a existência do crédito deve ser aferida na perspectiva da *par conditio creditorum*, inclusive para se evitar burlas e fraudes.

35. A honra da fiança pelo fiador não ocasiona majoração ou redução do passivo da recuperanda, que continua obrigada a adimplir o mesmo crédito antes do pagamento da



fiança. Não há extinção da dívida e, por consequência, nascimento de outra. A recuperanda fica obrigada a honrar o mesmo crédito. A única alteração, salvo se convenionado bilateralmente condição especial entre devedor e terceiro garantidor (e.g., garantias adicionais ajustadas previamente entre garantidor e recuperanda), é a pessoa a quem se deve pagar.

36. Portanto, se no dia do pedido de recuperação judicial, a recuperanda tinha uma dívida quirografária, essa situação deverá ser mantida durante todo o curso da recuperação judicial. Ainda que um terceiro pague essa dívida durante o curso do processo, a recuperanda permanecerá devedora dos mesmos valores, com a única ressalva de que, na inexistência de garantias adicionais negociadas entre garantidor e recuperanda, deverá pagá-los àquele que efetuou o pagamento em seu lugar, cujo crédito seria nesse caso também classificado como quirografário.

37. Por outro lado, é certo que o referido precedente do Superior Tribunal de Justiça realizou distinção entre negócio jurídico (fiança) e crédito. Todavia, equivocou-se ao afirmar que o crédito do fiador surge com o pagamento. O pagamento, em se tratando de fiança, não é elemento constitutivo, mas fato extintivo da obrigação do fiador perante o credor originário (mero exaurimento de um determinado aspecto da unidade negocial) e elemento accidental para conferir eficácia à sua posição de credor do devedor.

38. A propósito disso, o mesmo precedente afirma que o fiador não tem direito de exigir o crédito diretamente do afiançado. Obviamente, não tem porquanto a condição não se implementou (pagamento). Contudo, isso não significa dizer que o fiador não passe a ter pretensão contra o devedor quando paga, mas muito pelo contrário, haja vista o disposto no art. 130 do Código Civil. Ora, só se pode conservar (o crédito) o que existe, pois, em termos lógico-jurídico, o que não existe, não precisa ser protegido.

39. As pretensões de direito material do fiador relacionados ao crédito não se esgotam em atos de conservação. O fiador, antes de honrar a fiança, pode exigir do devedor que satisfaça a obrigação. Obviamente, não havendo satisfação material das pretensões do fiador ou do credor originário, este poderá provocar em juízo aquele; e o fiador, na ação na qual for réu, poderá realizar o chamamento ao processo do afiançado. Tudo a evidenciar que



o crédito juridicamente existe e que há pretensões processuais agora não mais para protegê-lo, mas satisfazê-lo.

40. No que concerne à sub-rogação, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de um silêncio sepulcral, não obstante, em se tratando de fiança, o instituto da sub-rogação seja regra imperativa. A sub-rogação operada pelo acionamento da garantia resulta da lei pelo fato pagamento e o seu fim é meramente recuperatório. Logo, é lugar comum afirmar que ao fiador se transferem os direitos, pretensões e ações que detinham o credor para recuperar o crédito. Nem mais, nem menos. Na referida decisão, contudo, o fiador, credor acessório, passaria a gozar de privilégio que não detinha o credor originário: a extraconcursalidade.

41. Deferir ao fiador aquilo que o credor originário não tinha significa também interpretar a lei recuperacional de forma assistemática. Para tanto, basta recordar que, ao menos até o advento da Lei 14.112/2020, que revogou o §4º do art. 83 da Lei nº 11.101/2005, a regra era justamente retirar do credor por substituição os privilégios do credor original — o que não mais subsiste, de modo que, hoje, a regra é a manutenção das características originais do crédito.

42. Em outras palavras, ainda que não fosse suficiente toda a disciplina legal da sub-rogação, tem-se que para os efeitos da recuperação judicial devem ser preservadas as condições originais do direito creditório, independentemente de quem sejam os titulares; jamais atribuir um privilégio que nunca existiu.

43. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sob outro viés, já decidiu pela concursalidade de créditos que tem sua origem em momento anterior ao pedido recuperacional, conforme REsp n.1.443.750-RS:

A noção de crédito envolve basicamente a troca de uma prestação atual por uma prestação futura. A partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, um dos sujeitos, baseado na confiança depositada em outrem (sob o aspecto subjetivo, decorrente dos predicados morais deste e/ou sob o aspecto objetivo, decorrente de sua capacidade econômico-financeira adimplir com sua obrigação), cumpre com a sua prestação (atual), com o que passa a assumir a condição de credor, conferindo a outra parte (o devedor) um prazo para a efetivação da contraprestação. Nesses termos, o crédito se encontra constituído, independente do transcurso de prazo que o devedor



tem para cumprir com a sua contraprestação. E, como visto, para efeito de submissão aos efeitos da recuperação judicial, a lei de regência reputou irrelevante a exigibilidade de crédito, desde que já constituído ao tempo do respectivo pedido. Pois bem. Tais considerações, de ordem conceitual, são oportunas para bem evidenciar que, em princípio, a constituição de um crédito pressupõe a existência de um vínculo jurídico entre as partes e não se encontra condicionada a uma decisão judicial que simplesmente declare o crédito.

44. De maneira mais precisa, confira-se o acórdão no REsp n. 1.840.531-RS:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO. EXISTÊNCIA. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005. DATA DO FATO GERADOR. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Ação anulatória e de reparação de danos pela inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Discussão acerca da sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial. 3. Diante da opção do legislador de excluir determinados credores da recuperação judicial, mostra-se imprescindível definir o que deve ser considerado como crédito existente na data do pedido, ainda que não vencido, para identificar em quais casos estará ou não submetido aos efeitos da recuperação judicial. 4. A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e o credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito). 5. Os créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial são aqueles decorrentes da atividade do empresário antes do pedido de soerguimento, isto é, de fatos praticados ou de negócios celebrados pelo devedor em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles expressamente apontados na lei de regência. 6. Em atenção ao disposto no art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: 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. 7. Recurso especial provido.

45. Portanto, não se afigura razoável determinar que o credor original seria sujeito à recuperação na Classe III, mas o fiador, que nada mais fez, exceto cumprir o avençado originariamente, ser privilegiado com a exclusão do seu crédito dos efeitos da recuperação, podendo executar individualmente a recuperanda.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

46. Pelas razões acima aduzidas, em sendo constatada a ausência de quaisquer características especiais em favor de tais credores que justifiquem tratamento diferenciado,



impõe-se a sujeição dos créditos decorrentes da honra de fianças bancárias emitidas antes da propositura da recuperação judicial, com a manutenção dos créditos “de fiança bancária” na Classe III – Quirografário, independentemente do momento em que ela foi honrada.

47. O BTG entende ser relevante que o administrador judicial, o Ministério Público, todos os credores e demais interessados sejam intimados para, caso tenham interesse, manifestarem-se sobre os termos dessa petição, verificando a eventual existência de características nos créditos titularizados pelas instituições financeiras que honraram fianças bancárias, tais como garantias adicionais bilaterais ajustadas entre tais credores com as Recuperandas, procedendo-se à devida reclassificação de seus créditos, se for o caso.

* * *

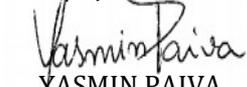
Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2023


RAFAEL PIMENTA
OAB/RJ Nº 142.307


THIAGO GONZALEZ QUEIROZ
OAB/RJ Nº 204.891


MANOELA MOREIRA
OAB/RJ Nº 208.073


ANDRÉ FURQUIM WERNECK
OAB/RJ Nº 189.152


YASMIN PAIVA
OAB/RJ Nº 220.761


RAFAEL DANTAS
OAB/RJ Nº 225.366

