

ACESSO À VERSÃO DIGITAL **GRÁTIS NA NUVEM**

Para visualizar o livro eletrônico na nuvem de leitura basta enviar seu nome e CPF, juntamente com a nota de compra e a foto do código de barras localizado na contra capa deste livro, para o email:

atendimento@tirant.com

Em até 3 dias úteis enviaremos as instruções e o código de acesso para a leitura do arquivo digital em PDF. Caso não receba ou tenha qualquer dúvida estamos disponíveis através do fone 11 2894 7330 e também do email suporte@tirant.com.

Observação importante: Leitura individual e para uso doméstico. É proibida toda forma de reprodução da obra, parcial ou integralmente. Obra protegida por direitos autorais. O acesso gratuito é para leitura em nuvem, não será enviado o arquivo do livro e não é permitido o download. Arquivo disponível em PDF.

TEMAS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO BANCÁRIO



© 2024 Editora Tirant lo Blanch
Editor Responsável: Aline Gostinski
Assistente Editorial: Izabela Eid
Capa e diagramação: Maisa Watanabe

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

COLEÇÃO OAB SP

Coordenadores da Coleção

Patricia Vanzolini

Leonardo Sica

TEMAS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO BANCÁRIO

Coordenadores

Alessandro Moreira do Sacramento

Leonardo Nobuo Pereira Egawa

Marcelo Tesheiner Cavassani

Autores

Alany Beatriz Gimenes
Alfredo Cabrini
Ana Carolina A. N. C. da Cunha
Ana Carolina P. Andriolli
Anderson Miraglia Souza
Andréia Regina Viola
Arthur Longo Ferreira
Beatriz Cal Tavares
Bianca Castello Novaes
Carlos Aurélio Magalhães Melo
Claudio Luiz de Miranda
Daniela Nalio Sigliano
Débora Borges de Sousa
Eduardo Estivalet de Azevedo
Eduardo Machado Tortorella
Edineia Maria Reus
Ernesto Antunes de Carvalho
Fábio Peixoto Perez
Fabrício Barreto Costa

Felipe Enes Duarte
Felipe Roberto C. da C. dos S. Pinto
Flávia Alcassa
Francisco Tadeu Lima Garcia
Gabriella Di Tommaso Latorre
Geórgia Felix Rosatto F. de Souza
Joice Wolf Scholl
João Gabriel Dantas
Júlia Molnar Terenna
Juliana Fukusima Sato
Laura Muniz Barreto de Araújo
Leandro Ferreira Maioli
Leonardo dos Anjos Cantalino
Leonardo Pelati
Luis Fernando Batista Hiar
Maria Júlia Vicente Pereira
Marcio Ortiz Meinberg
Marc Stalder

Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello
Octavio Moura Andrade
Paola Cristina Rios P. Fernandes
Patrícia Moino
Paula Alves de Oliveira
Pauleandro Miranda Duarte
Priscila Arone Coutinho
Rafael Miranda
Renata Maria Santos
Roberta Brunhetti Serrano
Rodrigo Frassetto Góes
Rodrigo Freitas da Silva
Rodrigo Pereira Cuano
Suzimaria Maria de Souza Artuzi
Stephanie Victorino Colonhese
Tatiana Ribeiro Schuchowsky
Victor Chang A. Carvalho
Vitor Dias Bracci
Yasmin da Silva Bitencourt



tirant
lo blanch

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
<i>Marcelo Tesheiner Cavassani</i>	
O NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS	13
<i>Felipe Enes Duarte</i>	
<i>Rodrigo Pereira Cuano</i>	
A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES NO SETOR BANCÁRIO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E REGULATÓRIAS	24
<i>Débora Borges de Sousa</i>	
A SUJEIÇÃO (OU NÃO) À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS COM GARANTIA FIDUCIÁRIA E CLÁUSULA DE GARANTIA MÍNIMA.....	28
<i>Felipe Roberto Carneiro da Cunha dos Santos Pinto</i>	
<i>Ana Carolina Andrade Neves Carneiro da Cunha</i>	
ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS: O CRÉDITO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM FACE DOS COOBRIGADOS	34
<i>Alany Beatriz Gimenes</i>	
A PRETENSÃO RESISTIDA COMO REQUISITO IMPRESCINDÍVEL DO INTERESSE DE AGIR EM DEMANDAS CONSUMERISTAS	45
<i>Eduardo Estivaleta de Azevedo</i>	
<i>Leonardo dos Anjos Cantalino</i>	
DA ARRECADAÇÃO E REALIZAÇÃO DE ATIVOS	54
<i>Joice Wolf Scholl</i>	
<i>Paola Cristina Rios Pereira Fernandes</i>	
<i>Suzimaria Maria de Souza Artuzi</i>	
O USO DO LEDGER DA BLOCKCHAIN NO SETOR BANCÁRIO: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E REGULATÓRIAS NO DIREITO BANCÁRIO	66
<i>Paula Alves de Oliveira</i>	
CIBERSEGURANÇA NO SETOR BANCÁRIO: DESAFIOS, MEDIDAS REGULATÓRIAS EM VIGOR E RESPONSABILIDADE OBJETIVA	78
<i>Flávia Alcassa</i>	
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO DE ESSENCIALIDADE NA CÉDULA DE PRODUTO RURAL PARA OS BENS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA	89
<i>Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello</i>	
<i>Stephanie Victorino Colonhese</i>	
OS SERVIÇOS DE PAGAMENTO RELACIONADOS ÀS APOSTAS DE QUOTA FIXA.....	104
<i>Fábio Peixoto Perez</i>	
<i>Marcio Ortiz Meinberg</i>	
<i>Victor Chang Almeida Carvalho</i>	
CRISE NO AGRO: NOVAS FERRAMENTAS DE FINANCIAMENTO NA CRISE	115
<i>Octavio Moura Andrade</i>	

NULIDADES E OUTROS DESDOBRAMENTOS DA NORMA QUE IMPÕE A FORMA PÚBLICA PARA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	125
<i>Marc Stalder</i>	
A REPRESENTAÇÃO DOS DEBENTURISTAS NO CONTEXTO DA LEI 11.101/05.....	137
<i>Alfredo Cabrini</i>	
<i>Ana Carolina Picarone Andriolli</i>	
<i>Rafael Miranda</i>	
CONSTITUIÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL POR INSTRUMENTO PARTICULAR	153
<i>Arthur Longo Ferreira</i>	
<i>Pauleandro Miranda Duarte</i>	
EXECUÇÃO EFETIVA - ESTRATÉGIAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO.....	163
<i>Fabício Barreto Costa</i>	
<i>Vitor Dias Bracci</i>	
FUTURO DO MERCADO FINANCEIRO TRADICIONAL: O PAPEL DAS DIRETRIZES REGULATÓRIAS DA BASELEIA E IOSCO NA INTEGRAÇÃO DE ATIVOS DIGITAIS.....	170
<i>Juliana Fukusima Sato</i>	
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL E O PROVIMENTO 172 DE 05/06/2024 DO CNJ.....	180
<i>Ernesto Antunes de Carvalho</i>	
<i>Renata Maria Santos</i>	
<i>Anderson Miraglia Souza</i>	
A LGPD E A APLICAÇÃO DA BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE NA ATIVIDADE BANCÁRIA	189
<i>Yasmin da Silva Bitencourt</i>	
A (IN)COMPATIBILIDADE DA TEORIA DO “DUTY TO MITIGATE THE LOSS” COM O DIREITO BRASILEIRO E O RISCO AO DIREITO DOS CREDORES.....	200
<i>Leandro Ferreira Maioli</i>	
O PROCESSO JUDICIAL DE FALÊNCIA E A REALIZAÇÃO DO ATIVO	214
<i>Geórgia Felix Rosatto Ferreira de Souza</i>	
ALIENAÇÃO POR INCIAATIVA PARTICULAR, UMA ALTERNATIVA AO LEILÃO JUDICIAL	220
<i>Bianca Castello Novaes</i>	
FRAUDES BANCÁRIAS E CIBERSEGURANÇA	224
<i>Edineia Maria Reus</i>	
A COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRECEITOS DOS ARTS. 47 E 49 § 4º DA LREF.....	231
<i>Leonardo Pelati</i>	
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS APLICADA ÀS ESTRATÉGIAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO	234
<i>Francisco Tadeu Lima Garcia</i>	
DÍALOGOS DE PROCESSOS: TRANSPARÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VERSUS SIGILO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS.....	243
<i>Luis Fernando Batista Hiar</i>	
<i>Maria Júlia Vicente Pereira</i>	

COOPERAÇÃO ENTRE CREDORES: ESTRATÉGIA PARA OTIMIZAR A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO NO AGRONEGÓCIO.....	255
<i>Priscila Arone Coutinho</i>	
DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IPVA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	265
<i>Laura Muniz Barreto de Araújo</i>	
<i>Roberta Brunheti Serrano</i>	
DIP FINANCING E A CONVOCAÇÃO EM FALÊNCIA: EXTENSÃO DAS GARANTIAS FIDUCIÁRIAS	274
<i>Júlia Molnar Terenna</i>	
O USO DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE APOIO AO SOERGIMENTO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA	283
<i>Eduardo Machado Tortorella</i>	
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MORA POR NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL VIA E-MAIL	290
<i>Rodrigo Frassetto Góes</i>	
ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA CONCESSÃO DE CRÉDITO EM CONTA PÓS-PAGA: LEGISLAÇÃO, RISCOS E MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO	295
<i>Rodrigo Freitas da Silva</i>	
RECUPERAÇÃO INTERNACIONAL DE ATIVOS: ESTRATÉGIAS E FERRAMENTAS JURÍDICAS PARA CREDORES BRASILEIROS	303
<i>Daniela Nalio Sigliano</i>	
ANÁLISE REGULATÓRIA DOS ATIVOS VIRTUAIS <i>TOKENS DE PAGAMENTO</i>	310
<i>Patrícia Moino</i>	
A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS RELACIONADA A CONTINGÊNCIAS AMBIENTAIS NO AGRONEGÓCIO	328
<i>Gabriella Di Tommaso Latorre</i>	
<i>Carlos Aurélio Magalhães Melo</i>	
A CLÁUSULA <i>CROSS DEFAULT</i> NOS CONTRATOS COLIGADOS BANCÁRIOS	335
THE CROSS DEFAULT CLAUSE IN BANK RELATED CONTRACTS	335
<i>Beatriz Cal Tavares</i>	
A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA NA ERA DIGITAL: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, GOLPES BANCÁRIOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	347
BANKING RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL ERA: GENERAL DATA PROTECTION LAW, BANKING SCAMS AND CONSUMER PROTECTION.....	347
<i>Tatiana Ribeiro Schuchowsky</i>	
CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO CREDITÓRIO FUTURO E ENUNCIADO 51 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CFJ	358
<i>Andréia Regina Viola</i>	
O ESTADO COMO EMISSOR DE VALORES MOBILIÁRIOS	366
<i>João Gabriel Dantas</i>	
<i>Claudio Luiz de Miranda</i>	

APRESENTAÇÃO

O Direito Bancário é um campo em constante evolução, impulsionado por avanços tecnológicos, novas regulamentações e mudanças no comportamento dos consumidores. Diante desse cenário dinâmico, a Comissão Especial de Direito Bancário da OAB/SP apresenta sua terceira coletânea, elaborada nesta gestão, como o título '**Temas Contemporâneos do Direito Bancário**'.

Nesta obra, renomados advogados, todos integrantes de nossa comissão, reúnem seus conhecimentos para oferecer uma análise aprofundada dos principais desafios e oportunidades do setor. Você encontrará capítulos dedicados a temas como:

- **Inovações tecnológicas:** Fintechs, blockchain, inteligência artificial e seus impactos no mercado financeiro.
- **Regulamentação:** Análise das novas normas e suas implicações para instituições financeiras e consumidores.
- **Proteção do consumidor:** Discussão sobre os direitos dos consumidores, LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados, fraudes bancárias e superendividamento.
- **Contratos bancários:** Análise detalhada das cláusulas contratuais e sua validade.
- **Recuperação Judicial:** Aspectos relevantes relacionados a recuperação judicial e falência.
- **Execução:** Medidas ativas para tornar a execução efetiva e a melhora da recuperação do crédito.

Com uma linguagem clara e objetiva, este livro é uma ferramenta essencial para advogados, estudantes, profissionais do mercado financeiro e qualquer pessoa que busque se aprofundar nesses temas tão relevante.

Em nome de toda a advocacia paulista, agradeço aos coordenadores e amigos Dr. Alessandro Moreira do Sacramento e Dr. Leonardo Nobuo Pereira Egawa, todos os autores pela generosidade em compartilhar seus conhecimentos e experiências nesta obra. Seus artigos, repletos de profundidade e atualidade, enriquecem o debate sobre os temas mais relevantes do Direito Bancário contemporâneo e certamente servirão como referência para estudiosos e profissionais da área.

Por fim, expresso a nossa profunda gratidão à Presidente Dra. Patrícia Vanzolini e Vice-Presidente Dr. Leonardo Sica da OAB/SP, cuja gestão tem sido marcada por um forte compromisso com a valorização da advocacia e com o desenvolvimento do Direito. A incansável luta em defesa dos interesses da classe e da sociedade civil foi a principal inspiração para a realização desta obra.

Encerramos com chave de ouro essa gestão e desejando a todos uma excelente leitura.

MARCELO TESHEINER CAVASSANI
Presidente da Comissão Especial de Direito Bancário da OAB/SP

O NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

FELIPE ENES DUARTE¹

RODRIGO PEREIRA CUANO²

1. OS FATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. A HERANÇA PONTEANA

Aquele que se atreve a explorar a ciência do Direito Brasileiro, especialmente em suas fases de adaptação, está sujeito a cometer muitos erros interpretativos. Mas há algo que pode ser afirmado com certa tranquilidade, vez que se apresenta quase que como uma aclamação popular entre juristas e operadores de Direito: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, se não for o maior, é um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos.

Os assuntos que serão tratados neste artigo sempre se relacionaram com a obra deste gênio, fosse em duas densas obras doutrinárias, fosse em suas conhecidíssimas declarações ácidas a amigos e debatedores.

Segundo o folclore jurídico brasileiro, Pontes de Miranda teria afirmado que “quem se contenta em ler a lei é um louco, um criminoso que o código esqueceu de enquadrar”. A conhecida ironia pode ser extravagante, mas expõe uma preocupação que guiou a vida acadêmica deste virtuoso alagoano de São Luis do Quitunde: a aplicação prática e crítica do Direito, considerando sempre os valores e princípios da sociedade.

A produção de seu trabalho tem grande relevância na construção do pensamento jurídico que sedimentou o regime de análise do negócio jurídico no Código Civil que foi promulgado em 2002, 23 anos após seu falecimento. Isso porque Pontes de Miranda era conhecidamente um jurista com grande influência da doutrina jurídica alemã, que serve de pilar ao tratamento específico dado pelo atual Código Civil Brasileiro para diferenciar os fatos e os negócios jurídicos.

Armando Falcão, então ministro da Justiça, na exposição de motivos do Diploma Civil hodierno, classifica que a “atualização das normas referentes aos

1 Felipe Enes Duarte é sócio do escritório Rossi Duarte Advogados, com LL.M. em Direito Empresarial pelo IBMEC/SP.

2 Rodrigo Pereira Cuano é especialista em direito processual civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com cursos de extensão em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em Reestruturação e Recuperação de Empresas pela FGV Direito e em Direito Digital Aplicado pela FGV Direito. Integrante da Comissão de Direito Bancário da OABSP e do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Advogado em São Paulo, com atuação no Departamento Jurídico de grandes instituições financeiras e, atualmente, em gestora de fundos de investimento.

fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade”³ é uma das melhorias legislativas mais importantes estabelecidas a partir da promulgação do novo Código, quando comparado com a versão de 1916, carinhosamente alcunhada como Código Beviláqua, em referência ao também enorme Clóvis Beviláqua, que figurou como seu principal Autor.

Com mais forte influência francesa, o Código de 1916 acompanhava a Codificação de Napoleão, que, segundo Humberto Theodoro Júnior, “cuidou histórica e tradicionalmente da disciplina dos atos de declaração de vontade a partir da noção geral dos atos jurídicos”⁴. Assim, não havia uma preocupação em se destacar a atribuir holofotes específicos à noção de negócio jurídico, algo que, também segundo JÚNIOR, vem a partir dos juristas alemães e deu “à economia dos povos democráticos o instrumento de que necessitava para assentar-se sobre as bases da autonomia privada.”⁵

Se retornarmos à exposição de motivos de Armando Falcão, veremos que o Código Civil Brasileiro procurou estabelecer uma distinção clara entre a validade e a eficácia dos atos jurídicos, acompanhando a estrutura da posituação do que viria a ser o negócio jurídico.

Esta noção não seria possível sem o que ficou conhecido no Direito brasileiro posteriormente como “Escada Ponteano”. Segundo Pontes de Miranda, os fatos jurídicos sempre devem ser analisados segundo três óticas técnicas: a existência, a validade e a eficácia.

Destacando a teoria em questão, Carlos Eduardo Elias de Oliveira⁶ afirma que “para que um fato da vida tenha repercussão jurídica e, portanto, possa ser tido por jurídico, ele precisa atravessar esses três planos, atendendo aos requisitos legais de cada um deles”. Assim, conclui que “se o fato atravessar apenas o plano da existência, mas não o da validade, ele é um fato jurídico que será tido por inválido. Se, porém, ele atravessar o plano da existência e o da validade, mas não o da eficácia, ele será um fato jurídico existente e válido, mas ineficaz”.

Não há a menor dúvida de que o fato jurídico (*lato sensu*) é gênero do qual derivam duas espécies: o fato jurídico (*strictu sensu*) e o ato jurídico. No conceito

3 <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 6 de agosto de 2024.

4 JR., Humberto T. Negócio Jurídico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 06 ago. 2024.

5 Ob. Cit.

6 <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td270>. Acesso em 6 de agosto de 2024.

amplo de ato jurídico é que se insere o negócio jurídico, enquanto subespécie do gênero ao qual também se aplica a Escada Ponteana.

Francisco Amaral estabelece a conceituação de Negócio Jurídico como sendo “a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes (...)”⁷.

Logo, aprofundando sua especificidade em relação ao fenômeno dos fatos jurídicos, o negócio jurídico, além de exigir intervenção humana, está intimamente ligado à existência de um elemento volitivo. Imprescindível, portanto, a presença de uma declaração de vontade para que se verifique que um negócio jurídico possa assim ser inicialmente classificado.

O artigo 104, do Código Civil, materializando a *mens legis* e a exposição de motivos multicitada nos parágrafos anteriores, cristaliza quais são os elementos essenciais do negócio jurídico: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Para os fins colimados por este artigo, não é necessário que se explore detalhadamente cada um dos elementos essenciais do negócio jurídico. O que é certo é que, para que possa produzir efeitos no mundo jurídico, é imprescindível que o negócio jurídico preencha fundamentalmente as prescrições do artigo 104, do Código Civil.

2. A BOA-FÉ NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. OS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A SIMULAÇÃO

A manifestação de vontade, portanto, é elemento imprescindível à formação do negócio jurídico. Da mesma forma, toda a estruturação do Código Civil, no que tange às relações contratuais e ao âmago constitutivo dos negócios jurídicos, é feita de forma atrelada ao conceito de boa-fé.

Não é à toa, por exemplo, que o artigo 112 estabelece que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, ou que o artigo 113, §1º, III, firma a conclusão de que todos os negócios jurídicos deverão ser interpretados em correspondência à boa-fé.

Há, portanto, uma profunda preocupação legislativa com a qualidade da manifestação de vontade e com a preservação de sua consciência plena, desde que ela seja compatível com diretrizes básicas do conceito de boa-fé.

7 AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 371-372.

É exatamente por isso que o Código Civil contempla, em seu Capítulo IV, seções que positivam os chamados defeitos do negócio jurídico. Segundo Humberto Theodoro Júnior, “há defeito no negócio jurídico quando este padece de deficiência nos elementos constitutivos capaz de permitir sua anulação, seja por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Como elemento comum, nota-se a preocupação legislativa com o conteúdo da manifestação da vontade. O intuito é que a preservação da manifestação da vontade apenas ocorra se a manifestação de vontade for livre e estiver ligada ao conceito de boa-fé que serve como linha mestra interpretativa dos negócios jurídicos.

A doutrina costuma dividir os defeitos do negócio jurídico em vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e vícios sociais (simulação e fraude contra credores).

Dado o enfoque deste artigo, a concentração analítica se dará em torno da Simulação, que, segundo Humberto Theodoro Júnior⁸, “decorre de uma falsidade com o propósito de enganar a quem venha dele [*negócio jurídico*] tomar conhecimento.”

Orlando Gomes pontifica que “pelo negócio simulado, as partes aparentam conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem, realmente, conferem ou transmitem, ou fazem declarações, ou confissão não verdadeira. O negócio simulado tem aparência de real; não é, entretanto, verdadeiro.”⁹

A simulação é, portanto, o produto de um negócio jurídico feito com o intuito de camuflar posições ativas e/ou passivas, adotando-se roupagem que confere uma ilusória legitimidade jurídica. Como assevera Orlando Gomes em citação anterior, não é um ato verdadeiro. Como Caio Mário da Silva Pereira arremata, “consiste a simulação em celebrar-se um ato que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir.”¹⁰

Diante de tantos predicados que se contrapõem à lógica estruturante do Código Civil, a Simulação foi tratada pelo artigo 167 como causa de nulidade do negócio jurídico. Há, ainda, esforço legislativo para conceituar a Simulação, conforme se verifica do artigo 167, §1º e seus três incisos.

De forma ainda mais ampla, o Código Civil também permite que as nulidades decorrentes de Simulação sejam arguidas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, e proíbe o Poder Judiciário de suprir as nulidades reconheci-

8 JR., Humberto T. Negócio Jurídico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

9 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986810. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

10 PEREIRA, Caio Mário da S. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. v.I. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

das, mesmo quando assim requerido pelas partes. A espiral normativa, portanto, não compactua com a Simulação e não dá oportunidade para que os agentes que camuflaram suas reais intenções possam corrigir o curso das consequências.

Assim, o negócio jurídico simulado, ao contrário dos negócios maculados pelos vícios de consentimento, é naturalmente nulo, desde sua concepção, sequer alcançando o degrau da validade na Escada Ponteano. Por ser nulo, não é suscetível de confirmação e não convalesce com o tempo. É uma anomalia jurídica atingida em cheio pelos dispositivos do Código Civil, que busca extirpar sua ocorrência ou torná-la absolutamente combatida por consequências positivadas de forma clara e objetiva.

3. A VISÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DA SIMULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico pressupõe, necessariamente, a existência de uma declaração de vontade, que deve ser límpida, sem máculas, de forma a atender as prescrições legais, sob pena de o ordenamento jurídico lhe negar os efeitos.

A simulação, comumente confundida com a fraude a credores e a fraude à execução, é um exemplo de vício social e se encontra ao lado dos vícios de consentimento, previstos no Código Civil, como o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, em linha com o quanto explorado nos tópicos anteriores.

Em adição às diversas citações anteriores, conforme nos ensina Maria Helena Diniz¹¹, a simulação é uma declaração enganosa de vontade que visa produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, iludindo-se terceiro por meio de uma falsa aparência, que acaba por ocultar a verdadeira feição do negócio jurídico.

É importante contextualizar, entretanto, as categorias de simulação que compõem o regime especial de nulidade previsto no art. 167 do Código Civil.

Na simulação absoluta, não há ocultação de um negócio, já que o interesse das partes é criar um vínculo jurídico para iludir terceiros¹². Já na simulação relativa temos (i) um negócio simulado e aparente, que encobre a realização de outro negócio e (ii) o negócio dissimulado, que corresponde à verdadeira vontade das partes. Há, portanto, nesta hipótese, dois negócios: o negócio simulado (ostensivo) e o negócio dissimulado (oculto).

Até o advento do Código Civil de 2002, a orientação era de que somente a simulação maliciosa, ou seja, caracterizada pela má-fé das partes, com a intenção de

11 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 37 ed. Ver. E atua. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2020, pág. 544-545.

12 NANNI, Giovanni Ettore, [et. al.]. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271.

prejudicar terceiros ou de violar disposição de leis, gerava a anulabilidade do negócio, enquanto a simulação inocente não era considerada defeito do negócio jurídico.

Entretanto, com a vigência do Código Civil de 2002, tivemos alteração substancial no instituto, já que a simulação foi deslocada do capítulo relativo aos defeitos do negócio para o capítulo “Da invalidade do negócio jurídico”, de forma a impedir a sua convalidação em qualquer que seja o requisito que tornou o negócio jurídico defeituoso.

Assim sendo, a simulação passou a ser uma causa de nulidade do negócio jurídico, podendo, inclusive, os simuladores alegarem o vício um contra o outro e, como regra de ordem pública que é, ser declarada inclusive de ofício pelo juiz.

Nesse sentido é a conclusão do Enunciado nº 294, da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal segundo o qual “*sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra*”¹³. No mesmo sentido caminha a doutrina a respeito da matéria:

“Não havendo a restrição do art. 104 do Código antigo, mormente porque se trata de caso de nulidade, os simuladores podem alegar a simulação um contra o outro, ainda porque a nulidade pode ser declarada de ofício. [...]”

Entender que o negócio simulado é nulo e não mais anulável é opção legislativa que segue, inclusive, a orientação do atual Código português e outras legislações. Tal como está redigido o vigente texto, podem os simuladores arguir tal nulidade entre si, não podendo, contudo, fazê-lo contra terceiros de boa-fé.¹⁴

[...] fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública.”¹⁵

Outra discussão comum enfrentada pelos Tribunais quanto se trata de negócio jurídico simulado é o equivocado entendimento de que esta depende de ação própria para o seu reconhecimento.

Ora, sendo a nulidade absoluta insanável, podendo inclusive ser declarada de ofício, e, sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, sua alegação prescinde de ação própria.

13 No mesmo sentido: Civil. Recurso Especial. Contrato simulado de parceria pecuária. “Vaca-papel”. Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade. - É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 441903 SP 2002/0076708-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/02/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 15/03/2004 p. 265)

14 VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª edição, 2005, pp. 568/569 - sem destaque no original

15 TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 12ª edição, 2015, p. 419 - sem destaque no original

Conforme já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça “os arts. 168, parágrafo único, e 169, ambos do Código Civil, os quais, dentre outros, consubstanciam a chamada teoria das nulidades, proclamam que o negócio jurídico nulo é insuscetível de confirmação, não sendo permitido nem mesmo ao Juiz suprimir a nulidade, ainda que haja expresse requerimento das partes”¹⁶.

O Professor Fábio Ulhoa Coelho, em cristalino ensinamento, conclui que “a retificação de negócio nulo é negócio jurídico inexistente. A lei não atribui nenhuma consequência à declaração de intenção de confirmar o negócio absolutamente inválido. Não se trata, por si, de ato ilícito, mas de fato não jurídico”¹⁷.

Já o saudoso mestre Clóvis Bevilacqua asseverava que “as partes não podem ratificar o ato nulo, expungindo-o da mácula que o inutiliza, porque é um interesse superior da sociedade civil, que a lei defende, quando decreta as nulidades de pleno direito. E contra o interesse geral expresse na lei é, de todo, impotente a vontade individual”¹⁸.

Alinhada a essa orientação, o C. Superior Tribunal de Justiça entende que a discussão acerca da simulação do negócio jurídico prescinde de ação própria e pode ocorrer, inclusive, na fase de execução e até mesmo em embargos de terceiro.

Em paradigmático envolvendo possível simulação na compra e venda do quadro “A Caipirinha”, de Tarsila do Amaral, o Ministro Moura Ribeiro, ao julgar o Recurso Especial 1.927.496/SP concluiu ser “desnecessário o ajuizamento de ação específica para se declarar a nulidade de negócio jurídico simulado”, razão pela qual não se poderia “restringir o seu reconhecimento em embargos de terceiro”.

O Ministro, em seu voto condutor, traz referência a robusta doutrina, que ora se passa a transcrever:

“SILVIO DE SALVO VENOSA, em sua já citada obra, ao tratar do instrumento processual e momento mais adequados para se reconhecer a simulação no negócio jurídico, ensina que como negócio nulo, sua decretação pode ocorrer de ofício, até mesmo incidentalmente em qualquer processo em que for ventilada a questão (p. 569).

No mesmo sentido, FLÁVIO TARTUCE, em seu curso de Direito Civil, é ainda mais direto ao esclarecer que:

[...] Em todos os casos, não há necessidade de uma ação específica para se declarar nulo o ato simulado. Assim, cabe o seu reconhecimento incidental e de ofício pelo juiz em demanda que trate de outro objeto. Nesse sentido, na VII Jornada de Direito Civil, realizada em 2015, aprovou-se proposta no sentido de que a simulação prescinde de alegação

16 STJ - REsp: 1582388 PE 2016/0022870-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/12/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2019

17 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: parte geral, volume I. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 370

18 BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 11a ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 33

de ação própria, o que contou com o nosso apoio quando da plenária final do evento. Conforme as suas corretas justificativas, a simulação pode inclusive ser alegada em sede de embargos de terceiro, eis que “com o advento do Código Civil de 2002 e o fortalecimento do princípio da boa-fé nas relações jurídicas, o ‘vício social’ da simulação passou a receber tratamento jurídico distinto daquele conferido aos demais vícios do negócio jurídico. Diferentemente das consequências impostas aos negócios jurídicos que contenham os vícios do erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, os quais podem ensejar a anulação do negócio (art. 171, II, 177 e 182 do CC), no caso de negócio jurídico simulado, a consequência será a nulidade (arts. 167, 166, VII, 168 e 169 CC). Ocorre que ainda tem sido frequente, no âmbito dos tribunais, aplicar-se à simulação tratamento jurídico análogo àquele conferido à fraude contra credores, invocando-se, inclusive, a Súmula 195 do STJ (editada em 1997). (...) Assim, tratando-se de hipótese que gera a nulidade absoluta do negócio, aplica-se o disposto nos artigos 168, caput e parágrafo único e 169 do mesmo diploma legal, os quais estabelecem, inclusive, que o juiz deverá se pronunciar a respeito de hipótese de nulidade ‘quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas’, pronunciando-se, portanto, de ofício” (p. 491 - sem destaques no original).

Já WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ao tratar do instrumento processual correto para se alegar e reconhecer a simulação, também leciona que

[...] Na ação simulatória, como na pauliana, aquele que pede o reconhecimento do vício precisa demonstrar o prejuízo que o ato lhe acarreta, porquanto, se não houver prejuízo, falta interesse ao autor para a propositura da demanda.

Para essa ação devem ser citados todos quantos, por qualquer forma, participaram do negócio jurídico, sob pena de anulação do feito.

Entretanto, a simulação pode ser alegada não só em ação especial, mas também como matéria de defesa, inclusive em embargos à execução (Curso de Direito Civil - Parte Geral, 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva. 2003, p.253/254 - sem destaque no original).

Por sua vez, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JÚNIOR, ao tratarem do tema na obra “Instituições de Direito Civil”, pontuam que a simulação, por ser questão de ordem pública, de interesse social e que torna o negócio jurídico nulo

[...] **Independente de ação judicial para ser reconhecida. Pode ser alegada como objeção de direito material (defesa) e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz (CC 168 par. ún.), a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição. É insuscetível de confirmação pelas partes (CC 172) ou de convalidação pelo decurso do tempo (CC 169). [...] Destarte, a simulação (assim como a inexistência do ato constitutivo de associação) independe de ação judicial para serem reconhecidos. Podem ser alegados como objeção de direito material (defesa) e devem ser reconhecidos de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição.** Reconhecida a inexistência do negócio ou a simulação, os efeitos desse reconhecimento são retroativos à data da realização do negócio jurídico simulado (eficácia ex tunc). (Vol. I, Tomo II: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 293/294 e 300/301).”

Como se vê, portanto, se o Juiz deve conhecer de ofício a nulidade absoluta e, sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, sua alegação prescinde de ação própria, devendo ser reconhecida, inclusive, incidentalmente nos processos em que a matéria for suscitada.

Quanto ao momento de sua alegação, muitos sustentam a incidência da prescrição ou decadência, o que, com a devida vênia, não parece ser o entendimento adequado por confundir a simulação com outro espécie de vício social, qual seja: a fraude a credores.

Convém lembrar que no Direito Civil brasileiro o prazo prescricional é contado a partir do momento em que configurada lesão ao direito subjetivo (Art. 189 do CC/2002), pouco importando ter ou não seu titular conhecimento pleno do ocorrido ou da extensão dos danos.

A referida regra, no entanto, é mitigada em duas situações: (i) em excepcionalíssimos casos nos quais aplica-se pontualmente a chamada teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo, que, em síntese, confere ao conhecimento da lesão do direito subjetivo violado a natureza de pressuposto indispensável ao início do prazo prescricional e (ii) nos casos em que a própria legislação estabelece que o cômputo do prazo prescricional se dará a partir de termo inicial distinto como, v.g., se observa no caso do Art. 200 do Código Civil¹⁹.

Já a decadência tem-se como sendo a perda do direito em si, pela falta de ação de seu titular, durante o prazo previsto em lei.

Ocorre que uma simples leitura do art. 169 do Código Civil é suficiente para demonstrar, de forma clara, que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, não se convalidando pelo decurso do tempo.

Da interpretação dos arts. 167 e 169 do Código Civil, portanto, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a simulação é causa suficiente para declarar a nulidade absoluta do negócio jurídico, sendo, portanto, insuscetível de decadência ou prescrição. Nesse sentido temos o AgInt no REsp 1.388.527, de relatoria do ministro Villas Bôas Cueva, o AgInt no AREsp 1.557.349, de relatoria do ministro Raul Araújo, o AgInt no REsp 1.783.796, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, os EDcl no AgRg no Ag 1.268.297, de relatoria do ministro Antonio Carlos Ferreira e o AgInt no REsp 1.577.931, de relatoria do saudoso ministro Paulo de Tarso Sanseverino.²⁰

19 Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

20 No mesmo sentido: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM - ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - SIMULAÇÃO - DOAÇÃO DISSIMULADA - DECADÊNCIA. O negócio jurídico simulado, por se tratar de ato nulo, não convalida com o tempo, devendo sua nulidade ser declarada de ofício pelo magistrado. VV: AÇÃO ANULATÓRIA - NEGÓCIOS JURÍDICOS - DOAÇÃO - COMPRA E VENDA - SIMULAÇÃO - DECADÊNCIA - PROCESSO - EXTINÇÃO. Certificada a decadência do direito de pleitear a anulação dos negócios jurídicos doação e compra e venda por simulação, a extinção do processo com resolução de mérito deve ser processada, com base na norma do artigo 487, inciso II, do CPC. NEGÓCIO JURÍDICO - DOAÇÃO - LEGÍTIMA - SIMULAÇÃO - NULIDADE. Ocorre simulação quando o esposo doa para a sua atual esposa a metade do seu único imóvel, desconsiderando a legítima pertencente aos filhos de casamento anterior, situação de desconformidade entre declaração de vontade e a ordem legal, ato que tem aparência normal, mas que não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Caracterizada a simulação, é nula a escritura pública de doação e registro. (TJ-MG - AC: 10352120055624001 MG, Relator: Octávio de Almeida Neves, Data de Julgamento: 13/11/2019, Data de Publicação: 20/11/2019) DECADÊNCIA - Negócio jurídico simulado - Vício social - Inaplicabilidade do art. 178, II, do CC - Matéria de ordem pública - Vício que gera a nulidade absoluta do negócio jurídico, insuscetível à prescrição ou à decadência - Interpretação do art. 169 do CC - Decadência inocorrente - Apelação desprovida. INTERESSE PROCESSUAL - Ação anulatória de sentença homologatória de acordo extrajudicial - Acordo realizado em ação de execução extrajudicial na qual os Réus figuram como credor e devedora - Ato supostamente simulado para ocultar patrimônio da corré, com quem o Autor fora casado - Regime inicial da comunhão parcial de bens alterado para separação total de bens antes do divórcio - Constituição, pela corré, da pessoa jurídica que realizou investimentos imobiliários na vigência do regime da comunhão parcial - Acordo extrajudicial que dispôs sobre sua cota-parte na sociedade empresarial - Afetação do patrimônio comum do casal e seus respectivos frutos -

4. CONCLUSÃO

O que se observa, portanto, é que o legislador ao elencar a simulação como causa de “Invalidade do Negócio Jurídico” buscou impor os negócios jurídicos simulados o mesmo destino, qual seja: a nulidade, independentemente da intenção das partes.

Não obstante alguns defendam que a interpretação literal e a análise estática das construções dogmáticas não sejam os melhores métodos a serem adotado pelo intérprete, certo é que, como regra basilar da hermenêutica constitucional, *“onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para adotar óptica que acabe por prejudicar aquele a quem o preceito visa a proteger”* (RE 547.900 AGR/MG)²¹.

Dessa forma, uma vez constatada a ocorrência de simulação, diante das inovações substanciais trazidas pelo Código Civil de 2002, podemos concluir que (i) a simulação gera a nulidade absoluta do negócio jurídico, independentemente de se tratar de simulação fraudulenta ou inocente, (ii) não convalesce com o tempo e a nulidade não pode ser suprida pelo Poder Judiciário, mesmo diante de expressa manifestação das partes envolvidas, (ii) sendo um ato nulo, pode ser reconhecido de ofício e em qualquer grau de jurisdição, prescindindo de ação própria, (iii) não se sujeita aos institutos da prescrição e da decadência.

A propósito, temos os ensinamentos de Pontes de Miranda²², confira-se:

*“A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de fraude à lei, que se dá quando, pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva. O *agere contra legem* não se confunde com o *agere in fraudem legis*: um infringe a lei, fere-a, viola-a, diretamente; o outro, respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgride a lei, com a própria lei. A interpretação há de mostrar que só se quis obter o que, pelo caminho proibido, não se obteria. O que importa é o conteúdo do negócio jurídico; não*

Interesse-necessidade presente – Apelação desprovida SENTENÇA – Cerceamento do direito de defesa – Ação anulatória de sentença homologatória de acordo extrajudicial – Acordo realizado em ação de execução por título extrajudicial, ajuizada com lastro em termo de confissão de dívida – Discussão acerca da simulação do negócio jurídico, pois inexistente a dívida – Pretensão à oitiva de testemunhas que assinaram o instrumento particular de confissão de dívida e que estiveram presentes à Reunião na qual a corré anunciou a dação de suas cotas sociais para pagamento de dívida havida com seu irmão – Admissibilidade da prova testemunhal para provar a simulação do negócio – Constatação, porém, de que uma das testemunhas é genitora dos demandados, havendo impedimento legal – Falta de justificativa, outrossim, para a oitiva das demais pessoas – Cerceamento do direito de defesa inócurren – Apelação desprovida. SIMULAÇÃO – Vício social – Matéria de ordem pública – Ação anulatória de sentença homologatória de acordo extrajudicial – Acordo realizado em ação de execução extrajudicial na qual os Réus figuram como credor e devedora – Dação de imóvel e cotas sociais da corré em pagamento da dívida junto ao seu irmão, corréu – Concessão de prazo de noventa dias para cumprimento da obrigação de fazer assumida – Constatação de que dois anos depois a corré ainda permanecia no quadro societário da sociedade limitada – Falta de prova, ademais, da origem da dívida confessada – Fatos suficientes à prova da simulação do acordo extrajudicial – Simulação reconhecida – Declaração procedente – Apelação desprovida, com observação. Dispositivo: negam provimento, com observação. (TJ-SP - AC: 1049885-59.2020.8.26.0100, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 08/11/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/11/2022)

21 STF - RE: 547900 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 13/12/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 15.02.2012

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. t. 4, § 406

a forma. Há princípio geral, segundo o qual toda *fraus legis* importa nulidade (e já o mostramos de espaço); **porque é preciso ao conceito que a fraude à lei consiga o que a regra jurídica cogente proibiu.** A regra jurídica pode ser impositiva (sem razão, K. Linkelmann, Die Sicherheitbereignungen, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 7, 216 s.) Já assentamos que as regras jurídicas impositivas (*gebietende Rechtsnormen*) são suscetíveis de fraude à lei. **Se alguém deixa de satisfazer regra jurídica impositiva, há, de regra, nulidade por violação de regra jurídica cogente sobre forma** (art. 145,111), **ou sobre pressuposto material** (art. 145, IV). **Ou a regra jurídica é pré-juridizante negativa, e não há ato jurídico.** Nesse, como naquele caso (cf. E Endemann, *Über die civilrechtliche Wirkung des Verbotsgesetze*, 69 s. e 75 s.), não houve infração, mas insuficiência ou deficiência (cf. § 17, 3).

Não basta que o suporte fático do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* seja ato criminal, ou ato ilícito (civil); é preciso que o preceito mesmo seja sancionado com a nulidade, no plano do direito civil, para se pensar em *fraus legis*.

Trata-se, portanto, de instituto que tem especial relevância e importância dentro da ótica do direito civil, abarcando vários ramos a ele afetos como o direito de família, o direito sucessório, as obrigações contratuais, já que em todos eles a vontade manifestada pelas partes pode divergir daquela realmente pretendida, havendo entre os contraentes o conluio simulatório e, conseqüentemente, a ilusão negocial de terceiros, o que na visão do legislador não pode prevalecer.

A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES NO SETOR BANCÁRIO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E REGULATÓRIAS

DÉBORA BORGES DE SOUSA

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a revolução digital tem transformado significativamente o setor bancário, introduzindo novas tecnologias que prometem aumentar a eficiência, segurança e transparência das operações financeiras. Entre essas inovações destacam-se os contratos inteligentes que, baseados em tecnologia blockchain, oferecem a capacidade de automatizar e executar termos contratuais de forma autônoma e segura. Este artigo visa explorar a evolução dos contratos inteligentes no setor bancário, abordando suas implicações jurídicas e regulatórias.

Os contratos inteligentes são programas de computador que, ao serem executados em uma rede blockchain, têm a capacidade de verificar, executar e fazer cumprir os termos acordados entre as partes de forma automática. Esta inovação tecnológica não só tem o potencial de revolucionar a forma como os contratos são geridos, mas também levanta uma série de questões legais e regulatórias que precisam ser cuidadosamente consideradas. A importância de entender essas implicações é crucial para advogados, reguladores e instituições financeiras que devem estar preparados para navegar nesse novo cenário digital.

A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Os contratos inteligentes ou smart contracts foram propostos pela primeira vez por Nick Szabo em 1996. Sua ideia era criar contratos autoexecutáveis que, uma vez estabelecidas as condições, pudessem ser automaticamente aplicados sem a necessidade de intermediários²³. Com a introdução da tecnologia blockchain em 2008, a visão de Szabo começou a se materializar, permitindo que

23 *Débora Borges de Sousa – LL.M em Direito Empresarial pela FGV, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Jus Podium e Membro Correspondente da Comissão de Direito Bancário, Membro da ABA – American Bar Association 2024. 1 Szabo, N. (1996). “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”.

os contratos inteligentes fossem implementados em uma rede descentralizada, transparente e imutável²⁴².

No setor bancário, as aplicações iniciais de contratos inteligentes incluíam a automação de processos de compliance, a execução de transações financeiras e a gestão de ativos²⁵. Com o tempo, a tecnologia avançou e os contratos inteligentes começaram a ser usados para criar produtos financeiros mais complexos, como derivativos e seguros automatizados. Por exemplo, a transação interbancária entre Brighann Cotton US e Brighann Cotton Australia, utilizando blockchain e contratos inteligentes, ilustra a aplicação prática dessa tecnologia. Utilizando dispositivos IoT e smart contracts, a transação foi executada automaticamente, demonstrando a eficiência e segurança proporcionadas pela tecnologia²⁶.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

A adoção de contratos inteligentes no setor bancário apresenta uma série de desafios legais. Um dos principais é a questão da validade jurídica dos contratos inteligentes. Embora eles possam executar automaticamente os termos acordados, a legislação atual em muitas jurisdições ainda não reconhece esses contratos como documentos legais válidos²⁷. Isso levanta questões sobre a execução judicial e a resolução de disputas que possam surgir em decorrência da execução de um contrato inteligente.

Outra preocupação é a segurança e a privacidade dos dados. Os contratos inteligentes são armazenados em uma blockchain pública, o que significa que qualquer pessoa pode ver o código e as transações associadas²⁸. Embora a blockchain ofereça altos níveis de segurança contra fraudes e manipulações, a transparência completa pode expor dados sensíveis dos clientes, criando um dilema entre segurança e privacidade²⁹. Além disso, a transposição dos dados registrais para um sistema baseado em blockchain deve manter o exato encadeamento dos atos existentes em papel, o que representa um grande desafio³⁰.

24 Nakamoto, S. (2008). "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System".

25 Formigoni Filho, J. R., Braga, A. M., & Leal, R. L. V. (2017). "Tecnologia Blockchain: uma visão geral".

26 Kavinski, M. (2017). "Blockchain, smart contracts, IoT: A nova era dos contratos".

27 Ulrich, F. (2014). "Bitcoin: a moeda na era digital".

28 Swan, M. (2015). "Blockchain: Blueprint for a New Economy".

29 De Filippi, P. (2014). "Primavera De Filippi on Ethereum: Freenet or Skynet?".

30 BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei dos Registros Públicos.

IMPLICAÇÕES REGULATÓRIAS

As regulamentações atuais muitas vezes não acompanham o ritmo das inovações tecnológicas. No setor bancário, os reguladores enfrentam o desafio de criar um ambiente que permita a inovação ao mesmo tempo em que protege os consumidores e mantém a integridade do sistema financeiro³¹. Iniciativas regulatórias em diferentes jurisdições estão sendo desenvolvidas para tratar especificamente do uso de contratos inteligentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a SEC (Securities and Exchange Commission) tem explorado como os contratos inteligentes podem ser utilizados para melhorar a transparência e a eficiência no mercado de valores mobiliários³². Na União Europeia, a Comissão Europeia tem trabalhado em diretrizes que abordam os aspectos regulatórios dos contratos inteligentes, focando na proteção ao consumidor e na prevenção de fraudes³³.

BLOCKCHAIN E O REGISTRO PÚBLICO

A utilização da tecnologia blockchain como um aliado ou uma alternativa aos registros públicos já é alvo de estudos e discussão. No Brasil, as cidades de Morro Redondo e Pelotas estão testando um projeto piloto para utilização da tecnologia blockchain no Registro de Imóveis, com o objetivo de ajudar na redução de custos e na melhora da precisão, da segurança e da transparência³⁴. Projeto semelhante está sendo trabalhado no Registro de Imóveis da Suécia, onde a tecnologia está sendo usada para registrar transações imobiliárias em tempo real³⁵.

No entanto, é importante ressaltar que a transposição dos dados registrares para um sistema baseado em blockchain deve manter o exato encadeamento dos atos existentes em papel, o que se mostra um grande desafio³⁶. Além disso, após isso, é necessário que os registros estejam em repositórios arquivísticos digitais confiáveis, respeitando as diretrizes do Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ)³⁷.

31 BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal.

32 SEC. (2020). "Framework for 'Investment Contract' Analysis of Digital Assets".

33 Comissão Europeia. (2018). "Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services".

34 Wosnack, N. (2017). "UBITQUITY, the First Blockchain-Secured Platform for Real Estate Recordkeeping".

35 Chavez-Dreyfuss, G. (2016). "Sweden tests blockchain technology for land registry".

36 Padoin, F. F. (2011). "Direito Notarial e Registral".

37 CONARQ. Resolução nº 43, de 04 de setembro de 2015.

PERSPECTIVAS FUTURAS

O futuro dos contratos inteligentes no setor bancário parece promissor. À medida que a tecnologia continua a evoluir, espera-se que os contratos inteligentes se tornem mais comuns, oferecendo benefícios significativos em termos de eficiência operacional e experiência do cliente³⁸. No entanto, para que isso aconteça, é crucial que o arcabouço regulatório evolua em paralelo, garantindo que as novas tecnologias possam ser implementadas de forma segura e eficaz. Por exemplo, a utilização da tecnologia blockchain para o registro de imóveis no Brasil e na Suécia demonstra que a sua adoção pode trazer melhorias significativas em termos de segurança e transparência³⁹. No entanto, se o objetivo é abandonar por completo o sistema em papel, é necessário que haja uma regulamentação visando a padronização da tecnologia a ser utilizada⁴⁰.

CONCLUSÃO

A evolução dos contratos inteligentes no setor bancário representa uma mudança significativa na forma como as transações financeiras são realizadas e gerenciadas. Embora ofereçam muitas vantagens, os contratos inteligentes também apresentam desafios jurídicos e regulatórios que devem ser cuidadosamente abordados. À medida que avançamos, é essencial que advogados, reguladores e instituições financeiras trabalhem juntos para garantir que essa tecnologia possa alcançar seu pleno potencial, promovendo inovação e segurança no setor bancário. Embora os contratos inteligentes tenham revolucionado a forma como contratos são geridos, o direito regulatório ainda não alcançou sua integralidade, deixando lacunas significativas que precisam ser abordadas. A adaptação contínua às mudanças tecnológicas e regulatórias será fundamental para aproveitar plenamente os benefícios dessa inovação revolucionária.

A adoção integral da tecnologia blockchain deve ser acompanhada por uma regulamentação que padronize a tecnologia a ser utilizada e que respeite as diretrizes de armazenamento arquivístico digital. A tecnologia blockchain tem o potencial de incrementar a eficiência e a segurança dos registros públicos, mas a sua implementação deve ser cuidadosamente planejada e regulada. A cooperação entre todos os stakeholders envolvidos será essencial para o sucesso dessa transição tecnológica.

38 Buterin, V. (2014). "Ethereum White Paper: A Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform".

39 Rodrigues, D. L. (2017). "Noções e Perspectivas para o Registro Imobiliário".

40 BRAGA JÚNIOR, A. C. A. (2017). "Perspectivas para a Escrituração Digital no Registro de Imóveis".

A SUJEIÇÃO (OU NÃO) À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS COM GARANTIA FIDUCIÁRIA E CLÁUSULA DE GARANTIA MÍNIMA

FELIPE ROBERTO CARNEIRO DA CUNHA DOS SANTOS PINTO⁴¹
ANA CAROLINA ANDRADE NEVES CARNEIRO DA CUNHA⁴²

A recuperação judicial, instrumento de reestruturação empresarial previsto na Lei nº 11.101/05, tem sido, constantemente, palco de discussão entre credores e devedores, em especial quando se trata de quais créditos são, ou não, sujeitos ao procedimento recuperacional.

O artigo 49⁴³ da Lei nº 11.101/05 disciplina que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. O Superior Tribunal de Justiça, em interpretação ao referido dispositivo, pacificou longa discussão acerca de quais créditos seriam esses, estabelecendo, por meio do Tema 1.051, que *para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador*.

Entretanto, a própria Lei nº 11.101/05 prevê exceções à referida regra de sujeição dos créditos ao procedimento recuperacional. O §3º do art. 49⁴⁴ da Lei nº 11.101/05, aponta, dentre outros, que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não terá seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

41 Advogado. Graduado pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário UniMetrocamp Wyden. Autor de artigos jurídicos e professor convidado de universidades. Membro da Comissão de estudos em falência e recuperação judicial da 3ª Subseção da OAB/SP. Membro regional da Comissão Especial de Direito Bancário da OAB/SP.

42 Advogada. Graduada pela Universidade do Sul de Santa Catarina e pelo Centro Universitário UniMetrocamp Wyden. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Autora de artigos jurídicos.

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

44 Art. 49, § 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.

Essa exceção gera, habitualmente, outra discussão, ligada à quantificação desses créditos e garantias, para que se entenda se a garantia fiduciária contida no contrato firmado entre credor e devedor possui valor suficiente à cobertura do crédito devido. Em outras palavras, discute-se quanto desse crédito, garantido fiduciariamente, não estará sujeito à recuperação judicial, a partir do quanto estiver valorada a garantia fiduciária.

Atualmente, as jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁵ e do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ são firmes no sentido de que apenas a parte do crédito que estiver coberta pela garantia fiduciária é que não estará sujeita à Recuperação Judicial, sendo a parte restante sujeita aos seus efeitos. O enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF⁴⁷, bem como a doutrina⁴⁸ seguem no mesmo caminho, tornando indiscutível o fato de que a valoração dos créditos e das garantias fiduciárias é necessária e será mandatória à verificação da proporção do crédito que está, ou não, sujeita à recuperação judicial.

Neste contexto, credores e devedores embatem acerca da valoração das garantias fiduciárias no âmbito da recuperação judicial, em especial nas fases administrativa e judicial de apuração dos créditos, previstas nos artigos 7º, § 1º⁴⁹, e seguintes, da Lei nº 11.101/05. Em tese, os contratos firmados delimitam as garantias e, à primeira vista, pode parecer desnecessário esse embate, mas a prática tem revelado o estabelecimento de garantias fiduciárias que, com o tempo, demonstraram a necessidade de valoração, estando, dentre elas, os recebíveis futuros.

Abre-se parênteses para destacar que as instituições financeiras, atentas à possibilidade de expansão de suas carteiras, passaram a admitir, com maior regularidade e frequência, como garantia fiduciária, os recebíveis futuros oriundos da atividade empresarial, que possuem características fungíveis (artigo 85⁵⁰ do Cód-

45 TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2256696-77.2019.8.26.0000, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 24/08/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2167516-16.2020.8.26.0000, Relator: Maurício Pessoa, Data de Julgamento: 12/11/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2097075-10.2020.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 11/11/2020, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

46 Recurso Especial nº 1.933.995/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 25/11/2021, Terceira Turma; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.078.718/GO, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento: 20/03/2023, Quarta Turma.

47 Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art.49da Lei n.11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial

48 Costa, Daniel Carnio. Melo, Alexandre Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 5ª Edição revisada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2024. Sacramone, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

49 Art. 7º, § 1º. Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

50 Art. 85. são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

go Civil), com suporte do artigo 66-B, §3º, da Lei nº 4.728/65⁵¹. O Superior Tribunal de Justiça explica essa possibilidade e destaca a sua pertinência e validade:

Recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e sobre títulos de crédito. Credor titular de posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da lei n. 11.101/2005. Matéria pacífica no âmbito das turmas de direito privado do STJ. Pretensão de submeter aos efeitos da recuperação judicial, como crédito quirografário, os contratos de cessão fiduciária que, à época do pedido de recuperação judicial, não se encontravam registrados no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, com esteio no § 1º do art. 1.361 do código civil. Insubsistência. Recurso especial provido.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. (...). (Recurso Especial nº 1.412.529/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 17/12/2015. Terceira Turma).

Esse tipo de garantia, por ser futura e fungível, gera naturais dificuldades em sua mensuração. Isso porque, falar em recebíveis futuros e, portanto, em um valor inexato, pode levar a interpretações e dúvidas não desejadas, como, por exemplo, se aqueles tais recebíveis futuros alcançam determinado mínimo aceitável da dívida. Dito de outro modo, como as garantias não são exatas, em certos casos surgia a dúvida se elas garantiriam ao menos aquilo que as partes esperavam, em especial a instituição financeira, inclusive para fins de classificação da operação dentro do que prevê a resolução nº 2.682 do Banco Central do Brasil⁵².

As garantias fiduciárias de recebíveis futuros, se permanecem sem exatidão, não permitem também que as instituições financeiras atendam, quando o caso,

51 Art. 66-B, §3º. É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

52 Art. 1º Determinar que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem classificar as operações de crédito, em ordem crescente de risco, nos seguintes níveis: I - nível AA; II - nível A; III - nível B; IV - nível C; V - nível D; VI - nível E; VII - nível F; VIII - nível G; IX - nível H

à resolução nº 4.707 do Banco Central do Brasil. A referida resolução estabelece condições e procedimentos para a realização, por instituições financeiras, de operações de crédito vinculadas a recebíveis de arranjo de pagamento, dando diretrizes sobre o valor diário máximo da agenda de recebíveis de arranjo de pagamento e as condições para a liberação dos recursos financeiros para a conta de livre movimentação do usuário final recebedor. Se constatada a ausência de uma garantia mínima, essas diretrizes não seriam mensuráveis ou atendidas.

Deste modo, as instituições financeiras passaram a indicar, em seus contratos, porcentagens aplicáveis sobre o valor da dívida, para delimitar, a partir disso, o quanto aqueles recebíveis futuros, minimamente, responderiam por ela. Com a garantia fiduciária delimitada de forma objetiva, as instituições financeiras também conseguem aplicar e utilizar certos métodos de equalização da inadimplência, como, por exemplo, o pedido de reforço de garantia, em caso de ausência de comprovação de recebíveis futuros na quantidade mínima estabelecida, e o acionamento de cláusula de vencimento antecipado, acaso a garantia não respeite o mínimo que dela se espera.

Dentro desta estratégia, tornou-se habitual que as instituições financeiras apontem que os recebíveis futuros respondem, minimamente, por determinada proporção da dívida, entre 1% a 100%, ou, até mesmo, além de 100%.

Dentre esse âmbito é que se passou a discutir se, prevista uma porcentagem mínima, seria ela que deveria ser utilizada, em caso de recuperação judicial, para fins de cálculo da proporção do crédito sujeito ao procedimento, ou, então, sendo ela mínima, seria o caso de interpretação de que todo o crédito não está sujeito ao procedimento, vez que, existindo apenas garantia fiduciária mínima, mas não máxima, não haveria o que se falar em qualquer parte não garantida.

Os devedores que enfrentam o processo de recuperação judicial desejam que a maior parte do seu passivo esteja sujeito à reestruturação, vez que, se assim o for, será possível a aplicação, sobre a dívida, de forma forçada, das condições do plano de pagamento, as quais comumente envolvem deságios e parcelamentos, conforme prevê o art. 50 da Lei nº 11.101/05⁵³. Por essas razões, os devedores passaram, como esperado, a argumentar que apenas aquela parte indicada como minimamente garantida fiduciariamente é que estaria excluída da recuperação judicial, enquanto a outra parte estaria sujeita, vez que não seria possível mensurar e comprovar que ela também estava garantida na data do pedido de soerguimento.

De outro lado nessa discussão, as instituições financeiras passaram a argumentar que todo o contrato estaria excluído dos efeitos da recuperação judicial,

53 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

justamente em razão de a porcentagem indicada como garantia fiduciária ser mínima, e não máxima, de modo que não haveria intenção ou declaração de vontade no sentido de deixar parte do crédito descoberto da salvaguarda contratual.

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁴, analisando diversos casos concretos, todos com o ponto em comum de uso da cláusula de garantia fiduciária mínima, formou maioria no sentido de que, não existindo indicação expressa e indiscutível de que a totalidade da dívida é garantida fiduciariamente, não há o que se falar em aplicação do já citado art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, ao total da dívida, valendo, para o cálculo da parte não sujeita aos efeitos da recuperação judicial, aquilo que foi convencionado entre as partes como o mínimo garantido.

É verdade que existem julgados em sentido contrário⁵⁵, mas a jurisprudência paulista se firmou naquilo que entendeu como mais coerente frente à manifestação de vontade do credor e do devedor. Se levado em consideração que a constituição da garantia fiduciária é ato que somente se opera com a solenidade e formalidade (art. 66-B da Lei nº 4.728/65⁵⁶) e que a sua renúncia deve ser expressa⁵⁷, é razoável que o Tribunal Bandeirante tenha se inclinado no sentido de privilegiar apenas aquilo que, indiscutivelmente, as partes estabeleceram, sem interpretações extensivas.

Por outro lado, debruçando-se sobre os julgados do tema que dão razão às sociedades empresárias em recuperação judicial, percebe-se, na maior parte deles, uma ausência de aprofundamento e embate das questões bancárias mais técnicas, em especial as resoluções aqui citadas, as quais, em parte, motivam a inclusão, pelas casas bancárias, da garantia mínima, sem teto máximo. As razões de como os contratos bancários são formados e firmados, se mais bem explicitadas pelas partes, talvez trouxessem aos julgadores uma melhor percepção do funcionamento do mercado financeiro e de capitais e, consequentemente, uma visão mais crítica do tema.

Essa outra visão poderia não só alterar o panorama desfavorável às instituições financeiras, como, até mesmo, em hipótese, fazer o tema transpor a admissibilidade dos Recursos Especiais sobre a questão, fazendo com que o Su-

54 TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2223255-37.2021.8.26.0000, Relator: Jorge Tosta, Data de Julgamento: 11/07/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2111632-65.2021.8.26.0000, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 28/01/2022, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; TJ-SP - Agravo de Instrumento nº 2285069-84.2020.8.26.0000, Relator: Cesar Ciampolini, Data de Julgamento: 10/03/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

55 TJ-SP – Agravo de Instrumento nº 2025751-91.2019.8.26.0000, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 11/03/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

56 Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos

57 Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 2.076.539/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 13/02/2023, Terceira Turma.

perior Tribunal de Justiça analisasse a questão de forma abrangente, até por sua repercussão econômica na política de crédito do país.

Enquanto isso não ocorre, e se é que ocorrerá, a sugestão a credores e devedores é que esclareçam suas vontades, nas avenças, da melhor forma possível, indicando de forma precisa suas motivações e interesses, em especial de modo a não causar interpretações indesejadas em casos de recuperação judicial.

ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS: O CRÉDITO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM FACE DOS COOBRIGADOS

ALANY BEATRIZ GIMENES⁵⁸

Concebida pelo Decreto Lei nº 11.101/2005, a Recuperação Judicial surgiu no Brasil com a exclusiva necessidade de estabelecer um procedimento mais eficiente para a superação da crise econômico-financeira de empresas, com o fito de reestruturar-se no mercado, porém, no momento em que o mecanismo estatal é utilizado para reestruturar a crise econômica da empresa insolvente, imediatamente ocorre uma inversão dos riscos: o risco da atividade transfere-se da empresa para os seus credores.

Os referidos riscos encontram-se no deságio financeiro apresentado pela recuperanda, sendo o mais contumaz, a concessão do *stay period* pelo prazo de 180 dias como forma de proteção do patrimônio empresarial, ou, como recentemente o Supremo Tribunal de Justiça decidiu⁵⁹, a extinção das execuções contra a empresa devedora, quando concedida a Recuperação Judicial.

Em um cenário no qual uma empresa se encontra em recuperação judicial, contudo, que realizou operações de cessão de crédito com Fundos de Investimento em Direitos Creditórios antes de ingressar com o pedido de reestruturação, as proteções supracitadas advindas do beneplácito recuperacional inviabilizam o recebimento do crédito de forma extraconcursal.

Nesse viés, o presente artigo jurídico, abordará, sob a ótica do Fundo de Investimento na qualidade de credor da empresa em recuperação judicial, a possibilidade de executar o coobrigado avalista, proveniente do contrato de cessão por meio da cláusula de coobrigação, a fim de recuperar de forma eficaz o crédito devido.

58 Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Autora de artigos publicados na área de Direito Empresarial. Membro da Comissão de Direito Bancário da OAB/SP. E-mail: alanygimenes@outlook.com.

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1804804/MS (2019/0079954-3). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 9 mai. 2019.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS

Inicialmente, cumpre conceituar os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs), brevemente o dever da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁶⁰ como um órgão autárquico regulador, bem como o papel desempenhado pelo FIDC com relação ao setor empresarial.

Em termos históricos, o surgimento dos FIDCs ocorreu em um cenário de crescimento exponencial do Mercado de Capitais brasileiro⁶¹, sendo instituído pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) por meio da Resolução nº 2.907⁶², de 29 de novembro de 2001, a qual autorizou a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de aplicação em quotas.

Não obstante, foi regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) por intermédio da Instrução CVM nº 356⁶³, de 17 de dezembro de 2001, posteriormente alterada. Acerca do assunto, aduz Daniela Marin Pires⁶⁴:

Os FIDCs surgiram no Brasil como meio de investimento, bem como para viabilizar as operações de securitização de recebíveis e, além das finalidades [...] os FIDCs são utilizados frequentemente como forma de captação pelas empresas originadoras dos créditos, que pretendem alongar sua dívida ou utilizar os recursos correspondentes ao preço da cessão dos recebíveis para capital de giro, haja vista as vantagens econômicas e tributárias [...] Portanto, além de ser uma alternativa de investimento, os FIDCs foram introduzidos no ordenamento brasileiro com a finalidade de dar mais liquidez ao mercado de crédito.

Em setembro de 2019, houve uma série de inovações com a edição da Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019⁶⁵, que inseriu um capítulo próprio para os fundos de investimento no Código Civil⁶⁶, inclusive, ao consagrar o conceito do fundo de investimento em seu art. 1.368-C do Código Civil⁶⁷ “*o fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio*

60 A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal e agência reguladora, foi criada pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e que criou a referida autarquia, à qual foram atribuídas as funções de órgão regulador e fiscalizador do mercado de valores mobiliários (PIRES, 2015, p. 115).

61 BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1965.

62 BRASIL. Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2907, de 29 de novembro de 2001. Autoriza a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento em direitos creditórios. Diário Oficial da União, Brasília, 3 dez. 2001.

63 BRASIL. Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 356, de 17 de dezembro de 2001. Regulamenta a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em direitos creditórios. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jan. 2002.

64 PIRES, Daniela Marin. Os fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC). 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 70-71.

65 BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 20 de set. 2019.

66 Capítulo X – Do Fundo de Investimento, disposto entre os artigos 1.368-C a 1.368-F.

67 BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.”

Conforme se depreende, constata-se que os FIDCs possuem importante atuação no setor empresarial, pois operam como uma alternativa de capital de giro às empresas que se encontram com ativo escasso para suprir todo o passivo contraído, bem como investir em matéria prima para gerar mais capital e reestruturar o seu patrimônio.

Neste mesmo aspecto, o doutrinador André Luiz Santa Cruz Ramos⁶⁸ também afirma a importância do fundo como uma alternativa de “fomento” para a macroeconomia, ao aduzir:

No Brasil, estima-se que os fundos de investimento sejam responsáveis pela gestão de aproximadamente R\$ 5 trilhões, o que corresponde a mais de 70% do PIB nacional.

A despeito desse relevante fato, até bem pouco tempo atrás não havia um tratamento legal específico dos fundos de investimento em nosso ordenamento jurídico, de modo que a pouca regulamentação legal deles tinha respaldo na Lei de Mercado de Capitais (6.385/1976) e nos arts. 49 e 50 da Lei 4.728/1965 (Lei do Mercado Financeiro). Mas em nenhuma dessas leis havia uma definição conceitual dos fundos, o que acabava sendo feito pela CVM, por meio de normas infralegais.

Em contrapartida, com relação as inúmeras operações realizadas com FIDCs, a mais contumaz denomina-se de “cessão de direitos creditórios”, a qual possibilita oferecer capital de giro (financiamento) às empresas que se encontram com o fluxo de caixa escasso. A professora Daniela Marin Pires⁶⁹ define tal operação da seguinte forma:

O FIDC é uma espécie de operação de securitização de recebíveis decorrentes de ativos financeiros e não financeiros. Esse fundo integra uma comunhão de recursos, organizada na forma de condomínio, que destina grande parte de seu patrimônio – no mínimo 50% dele – à aplicação em direitos creditórios, e, por esse motivo, depende do adimplemento dos devedores de tais direitos creditórios.

Desse modo, o motivo fundamental para as empresas se socorrerem à esse tipo de operação com FIDCs encontram-se nas principais vantagens concedidas: as taxas comumente são mais vantajosas e atrativas ao financiamento das empresas, comparada as taxas cobradas pelas instituições financeiras, fato este que movimenta as atividades econômicas da empresa e, conseqüentemente, a macroeconomia e, os recursos são pagos pelos fundos à vista e recebidos a prazo pela empresa, propiciando o célere e sólido crescimento do setor empresarial.

68 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial: volume único. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 1154.

69 PIRES, Daniela Marin. Os fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC). 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 67.

No que se refere as taxas comumente mais vantajosas às empresas com caixa deficitário, Valdir Carlos Pereira Filho⁷⁰ complementa dizendo:

As empresas podem encontrar capital para suas atividades tanto no mercado de capitais quanto no mercado bancário. A vantagem do mercado de capitais é o custo reduzido para obter recursos: não se paga pela intermediação, que é a nota característica da atividade bancária. As empresas obtêm recursos dos investidores diretamente, e é também diretamente que estes são remunerados.

[...]

Um mercado de capitais desenvolvido e eficiente é de grande valia para a vida econômica de um país. Garantem-se mecanismos de crescimento econômico sem grande interferência estatal e baixo custo para os empreendedores.

[...]

Dentro deste universo, para aqueles que participam e realizam negócios no mercado, é importante que se tenha certeza e segurança de que os negócios serão honrados e concluídos, assegurando-se que a vontade manifestada na negociação será realmente concretizada.

Nesta perspectiva, ressaltam Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Leonardo Adriano Ribeiro Dias⁷¹: “*Os fundos de investimento são veículos de suma importância para a economia, entre outras razões, porque democratizam o acesso a investimentos e mercados, viabilizando, de outra banda, investimentos na economia real e no desenvolvimento do país.*”

Em contrapartida, Ary Oswaldo Mattos Filho⁷² aduz que o surgimento dos FIDCs contribuiu de forma positiva para o mercado financeiro nacional:

Outras instituições que passam a poder exercer tarefa tipicamente bancária do desconto, e isso através de instituições constantes do universo da distribuição de valores mobiliários, sendo o capital necessário para tanto coletado junto a investidores com recursos disponíveis para subscrever cotas.

Portanto, resta concluir que é juridicamente válida a constituição de um Fundo de Investimento para operações como de natureza da cessão de crédito, pois possui respaldo legal, se presta a seus objetivos estatutários e, principalmente, visa ao alcance dos objetivos do seu regulamento, estando entre eles as operações de aquisições de crédito e recebíveis, bem como possui importante relevância econômica por ser uma alternativa mais atrativa para o fomento do setor empresarial.

70 PEREIRA FILHO, Valdir Carlos. In: WALD, Arnaldo (org.). Doutrinas essenciais: direito empresarial. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 310.

71 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Os fundos de investimento na recuperação de empresas. In: KUYVEN, Fernando (org.) Direito dos fundos de investimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 978.

72 MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Direito dos Valores Mobiliários. v. 1., t. 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2015, p. 365.

OPERAÇÃO FINANCEIRA COM FUNDOS DE INVESTIMENTO: ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS ATRAVÉS DA CESSÃO DE CRÉDITO

A operação de antecipação de recebíveis se dá por intermédio de um contrato denominado de “contrato de cessão de direitos creditórios”, possuindo, como partes contratantes, a figura do cedente (empresa) e do cessionário (FIDC).

No tocante à formalização das cessões de créditos, cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se consagrada no Código Civil, em seus artigos 286 a 298, o qual conceitua de forma pormenorizada a cessão de crédito.

Ademais, compreende-se que, no Brasil, a desconsideração de uma operação somente ocorre em situações específicas, ou seja, quando contrariar o pactuado pelas partes ou a lei diretamente.

Desse modo, consoante a legislação e a normatização infralegal de regência, um FIDC pode adquirir direitos creditórios por meio de dois atos formais: a) o endosso, típico do regime jurídico cambial, cuja disciplina depende do título de crédito adquirido, mas que tem efeito de cessão de crédito; e b) a cessão civil ordinária de crédito, como no caso, disciplinada nos arts. 286-298 do CC, podendo, pois, ser *pro soluto* ou *pro solvendo*.⁷³

Neste contexto, o FIDC especializado é constituído para adquirir esses direitos creditórios da empresa que possui créditos a receber de suas relações comerciais, que os utilizam das mais diversas formas, desde reestruturação de passivos contraídos até a ampliação de sua capacidade produtiva.

As principais etapas envolvidas em uma operação de cessão de direitos creditórios realizada com fundos de investimento são: i) a empresa originadora presta serviços e/ou fornece bens aos seus clientes (denominados como sacado/devedor); ii) os referidos clientes pagam à prazo – mediante títulos de crédito, conforme ocorre em todas as operações comerciais – pela prestação de serviços e/ou fornecimento de bens, gerando, assim, os direitos creditórios (recebíveis) de titularidade da empresa originadora; iii) a empresa originadora, na qualidade de titular dos recebíveis, cede-os ao fundo, com a finalidade de gerar caixa; e iv) o fundo adquire os recebíveis, pagando à vista, e passa a deter o direito de recebimento do fluxo, ou seja, torna-se o efetivo titular dos direitos creditórios.

Dessarte, há de concluir que o FIDC é um emissor de títulos, que oferece como garantia aos adquirentes de seus papéis, os direitos creditórios ou recebíveis

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1726161/SP 2018/0041251-0. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 3 set. 2019.

adquiridos em operações com empresas originadoras, as quais cedem seus títulos oriundos de suas relações comerciais.

GARANTIA DE COOBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS DE CESSÃO DE CRÉDITO

A operação de cessão com “coobrigação” é prática lícita e usualmente utilizada no mercado de capitais, sendo que uma de suas vertentes é prever originalmente o dever de recompra dos títulos inadimplidos pelos devedores sacados, posto que ameniza os riscos econômicos ao FIDC.

No entanto, caso não houver a recompra por parte dos coobrigados avalistas, poderá a cláusula de coobrigação responsabilizar os devedores solidários (coobrigados) ao pagamento do valor inadimplido.

Não obstante, optando o coobrigado, por exercer ou não a recompra dos títulos inadimplidos, por livre e espontânea vontade a dívida já se torna plenamente líquida, certa e exigível para prosseguir com a ação de execução, tal posto, em recente decisão⁷⁴ proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi expressamente admitida a validade da cláusula de coobrigação inserida em contrato de cessão de crédito celebrados com FIDCs, com o objetivo de prever a coobrigação do cedente pela solvência do devedor dos títulos cedidos.

Além disso, via de regra, as previsões de cessão de crédito *pro solvendo* encontram-se amparadas tanto pelo Código Civil, principalmente em seu art. 297, o qual permite expressamente que o cedente, ou seja, a empresa que cedeu o título ao FIDC, responda pela solvência do devedor (sacado do título)⁷⁵.

Nesta toada, conforme excepciona o art. 296 do Código Civil, “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.”⁷⁶, ou seja, estipulada a cláusula de coobrigação no contrato de cessão, esta faz lei entre as partes, inclusive entre o FIDC e o cedente, fazendo com que o último responda pela solvência do sacado.

Portanto, através de uma interpretação teleológica, conclui-se que a cláusula de coobrigação é um mecanismo de garantia utilizado nos contratos de cessão de crédito, com a intenção de assegurar o pagamento da dívida, na qual as empresas com grande prestígio no mercado se valem de forma contumaz dessa garantia, sendo o coobrigado, na maioria dos casos, os próprios sócios administradores.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1909459/SC 2020/0132484-4. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 20 mai. 2021.

75 Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança. BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

76 BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

AS AÇÕES DE EXECUÇÃO AJUIZADAS CONTRA OS COOBRIGADOS DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No momento em que a empresa cedente ingressa com o pedido de recuperação judicial e obtém, em juízo, o deferimento do pedido e a concessão do *stay period*, todas as ações de execução em desfavor da empresa recuperanda têm a sua integral suspensão, bem como o crédito passa a se sujeitar ao processo de recuperação judicial, ocorrendo, de forma imediata, uma inversão dos riscos: o risco da atividade transfere-se da empresa para os seus credores. Esses riscos encontram-se no deságio financeiro apresentado pela empresa recuperanda, bem como na concessão do *stay period* pelo prazo de 180 dias como forma de proteção do patrimônio empresarial.

Não obstante, em operações de cessão de crédito, é possível que ocorra dois enormes prejuízos ao FIDC que adquiriu os recebíveis de boa-fé: i) a insolvência dos títulos cedidos ao FIDC por parte do sacado, ora devedor, que firmou relação comercial com a empresa originadora e; ii) a empresa originadora ingressa com pedido de recuperação judicial, obstando qualquer meio de execução judicial, pois se beneficia da suspensão das ações de execução concedido pelo *stay period* e deságio financeiro apresentado no plano de recuperação judicial.

Ante o exposto, surge a necessidade de prosseguir com a ação de execução em face do coobrigado, com a finalidade de recuperar o crédito de forma mais efetiva, bem como absorver os riscos iminentes à operação financeira em decorrência da inadimplência do devedor (sacado do título).

Nesse ínterim, a cláusula de coobrigação exprime notável segurança jurídica ao FIDC, pois, conforme preceitua o art. 296 do Código Civil, poderá exigir do cedente o crédito em caso de insolvência do devedor, inexistindo disposição legal que vede as disposições estabelecidas no contrato⁷⁷.

Ademais, o STJ consolidou entendimento no sentido de que inexistente óbice ao regular prosseguimento da execução em face dos demais coobrigados da obrigação pactuada, consoante se verifica do inteiro teor da Súmula 581 do STJ, ao dispor que: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações de execução ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*”⁷⁸

Assim, o processamento da recuperação judicial de empresa ou mesmo a aprovação do plano de recuperação judicial não suspende as ações de execução

77 BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

78 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 581. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 20 mai. 2021.

contra os fiadores e avalistas do devedor principal em recuperação. Esse é o entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça⁷⁹:

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem tampouco induz suspensão ou extinção das ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, *caput* e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o artigo 59, *caput*, por força do que dispõe o artigo 49, parágrafo 1º, todos da Lei 11.101/2005.

Portanto, em síntese, os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. *Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado*⁸⁰.

Da mesma forma, a Lei 11.101/2005 demonstra-se de suma coerência ao dispor que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos contra os coobrigados, conforme preceitua o art. 49, parágrafo 1º, da Lei 11.101/05, bem como o Enunciado 43 da I Jornada de Direito Comercial também reforça a ideia de que a suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei nº 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor⁸¹.

Por outro lado, houve recente julgamento, prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual consignou o mesmo entendimento, no sentido de que, em se tratando de contrato de direitos creditórios com coobrigação, os direitos e privilégios do credor em relação aos coobrigados permanece intacto e passível de execução, mesmo após o deferimento do processamento da recuperação judicial:

EMBARGOS À EXECUÇÃO – Contrato de Cessão e Aquisição de Direitos de Crédito e Outras Avenças com Coobrigação – Recuperação judicial da sociedade empresária – Suspensão do processo somente em relação ao devedor principal – Prosseguimento do feito em relação aos coobrigados – Cabimento – Permanência dos direitos e privilégios do credor em relação aos coobrigados mesmo após o deferimento do processamento da recuperação judicial – Inteligência do disposto nos artigos 49, § 1º, e 59, da lei 11.101/05 – Aplicabilidade da Súmula 581 do STJ – Atividade dos fundos de investimentos creditórios que não se confunde com os escritórios de factoring – Validade da cláusula “pro solvendo” – Inteligência do REsp 1726161/SP – Sentença mantida – Recurso não provido⁸².

Verifica-se, portanto, que o judiciário vem pacificando entendimento no sentido de que, além de ser plenamente possível executar o coobrigado oriundo

79 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1333349/SP 2012/0142268-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2 fev. 2015.

80 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.)

81 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 43. I Jornada de Direito Comercial. Brasília, mar. 2013.

82 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1008014-38.2019.8.26.0309. Relator: Desembargadora Maia da Rocha. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 14 dez. 2020.

do contrato de cessão de direitos creditórios, nas hipóteses de cláusula de coobrigação pactuada entre as partes – como ocorre nas operações entre o FIDC e a empresa em recuperação judicial – inexistem vedações a fim de responsabilizar o sócio que assumiu expressamente a obrigação na qualidade de fiador (avalista), uma vez que responde como terceiro garantidor no caso de insolvência do título cedido, de forma que não se aplica a suspensão das ações de execução prevista no art. 6º, e art. 52, III, da Lei 11.101/2005⁸³, afastando também a possibilidade de novação do crédito, conforme dispõe o art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005⁸⁴.

Para o melhor entendimento do dispositivo legal supramencionado advindo da Lei de Recuperação Judicial e Falências, buscou-se o que descreve o autor Ricardo Negrão⁸⁵:

No que se refere ao deferimento da suspensão, contida no art. 6º, da Lei 11.101/2005, observa-se a distinção entre “sócio solidário”, isto é, aquele que figura no contrato social com responsabilidade dessa natureza (na sociedade em comum, na sociedade em nome coletivo e nas sociedades comanditas) e “devedor solidário” por aval, fiança ou solidariedade legal ou contratual. O dispositivo refere-se somente aos primeiros.

À vista disso, na circunstância do sócio da empresa em recuperação judicial figurar como coobrigado na relação jurídica, é completamente factível que a ação de execução prossiga em relação ao mesmo, visto que, seu patrimônio pessoal não se confunde com o patrimônio da empresa cedente que se encontra em recuperação judicial, sendo qualificado como uma forma de garantia ao FIDC.

Por fim, cabe acentuar a importância dos artifícios oriundos do ordenamento jurídico para atingir a recuperação eficaz do crédito no sistema mercantil, ainda que, para isto, exista a necessidade de prosseguir com ação de execução contra os coobrigados da obrigação contratual. Porquanto, Paula Andrea Forgioni⁸⁶ assevera que:

83 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

84 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

85 NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresas: recuperação de empresas, falências e procedimentos concursais administrativos. 16. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 223.

86 FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 42, n. 130, p. 11, jun. 2003. Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado.

O ordenamento jurídico ligado a um sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito. (...) Um sistema jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento. (...) Assim, por mais que outros valores sejam considerados dignos de tutela jurídica, a proteção do crédito continuará desempenhando função primordial na organização do sistema mercantil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No término do presente estudo, bem como considerando todas as pesquisas realizadas, conclui-se que houve uma contribuição significativa para a economia brasileira após o surgimento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, uma vez que os fundos possibilitam o financiamento às empresas que se apresentam com fluxo de caixa em *déficit*, pelo fato de serem mais vantajosos em suas operações financeiras.

No entanto, por serem operações pactuadas mediante contrato de cessão, os riscos de insolvência situam-se em duas questões: i) no inadimplemento do sacado dos títulos cedidos pela empresa originária; e ii) no posterior pedido de recuperação judicial da empresa devedora, posto que pretende se socorrer ao poder judiciário, gozando das tutelas oferecidas, como por exemplo, a suspensão das ações de execução, bem como todas as medidas de constrições em desfavor da empresa cedente, a qual se responsabilizou pelo pagamento em ulterior inadimplemento.

Neste diapasão, com a finalidade do FIDC, na qualidade de credor de boa-fé, recuperar o seu crédito de forma efetiva, foram demonstrados, no decorrer desta dissertação, a validade da cláusula de coobrigação, como forma contratual *pro solvendo* na relação de crédito, e o efetivo prosseguimento das ações de execução em face do coobrigado avalista da relação (que, ressaltando, na maioria dos casos são os próprios sócios administradores da empresa cedente), em razão de a empresa encontrar-se em processo de recuperação judicial, o qual inviabiliza e obsta a execução do valor devido.

Ainda, cabe ressaltar que os Tribunais de Justiça firmaram entendimento no sentido de que, em se tratando de contrato de direitos creditórios com coobrigação, a permanência dos direitos e privilégios do credor em relação aos coobrigados permanece intacto e passível de execução, mesmo após o deferimento do processamento da recuperação judicial, pois encontram-se fundamentado nos dispositivos dos artigos 49, §1º, e 59, da Lei 11.101/2005, com força de aplicabilidade da Súmula 581 do STJ.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça firmou precedente, ao entender pela validade da cláusula de coobrigação contemplada nos contratos de cessão de crédito celebrados entre a empresa originária (cedente) e o FIDC, a fim de prever a responsabilidade do coobrigado, pela solvência do sacado (devedor) dos títulos cedidos na operação de cessão.

Em suma, pode-se afirmar que, muito embora a empresa devedora ajuíze pedido de recuperação judicial, bem como os títulos cedidos ao FIDC retornem inadimplidos por parte do sacado, demonstra-se plenamente possível o prosseguimento das ações de execução em desfavor do coobrigado definido na operação financeira, em virtude deste se comprometer a responder, com o seu patrimônio pessoal, pelo descumprimento do contrato de cessão celebrado entre a empresa originadora e o FIDC.

A PRETENSÃO RESISTIDA COMO REQUISITO IMPRESCINDÍVEL DO INTERESSE DE AGIR EM DEMANDAS CONSUMERISTAS

EDUARDO ESTIVALETE DE AZEVEDO
LEONARDO DOS ANJOS CANTALINO⁸⁷

O Relatório Justiça em Números⁸⁸, elaborado e disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, traz à tona um crescente panorama de judicialização exacerbada – fato que o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso⁸⁹, escancara ao afirmar que “*temos que pensar como enfrentar a epidemia de judicialização que existe no Brasil*”, destacando ainda que “*somos recordistas mundiais*” no manuseio da máquina judiciária para solucionamento dos mais diversos conflitos.

Não é motivo para orgulho: o ano de 2023 foi encerrado com 83,8 milhões de processos aguardando pronunciamento judicial definitivo – 22% dos quais se encontravam suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente. Constata-se também taxa de 64,5% de congestionamento líquido (representando o percentual de processos represados sem provimento jurisdicional definitivo), bem como o preocupante indicador de que foram ajuizadas 22,6 milhões de demandas novas no ano, maior número desde o início da série histórica em 2015.

O problema é ainda mais grave no contexto das relações de consumo, demonstrado pelo relatório ao indicar que, em varas dedicadas exclusivamente a conflitos de natureza consumerista, o índice médio de congestionamento é de 75%.

Reflexo de uma sociedade indisposta à resolução amigável de desavenças, tal panorama de intensa busca da tutela jurisdicional é representativo não apenas

87 Autores: EDUARDO ESTIVALETE DE AZEVEDO; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Associação dos Advogados de São Paulo. Sócio do escritório Estivalete Advogados.

LEONARDO DOS ANJOS CANTALINO; Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduado em Direito Civil e do Consumidor pela Faculdade Bahiana de Direito/JusPodivm, pós-graduado em Direito Civil pela Faculdade Bahiana de Direito e pós-graduando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Associação dos Advogados de São Paulo. Sócio do escritório Flavio Lopes Advogados.

88 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024

89 MOURA, Bruno de Freitas. Brasil tem “epidemia de judicialização”, diz presidente do STF. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 15 mar. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-03/brasil-tem-epidemia-de-judicializacao-diz-presidente-do-stf>. Acesso em: 25 jul. 2024

de paradigmas culturais (como a tão discutida “indústria do dano moral”), mas também da inefetividade do Poder Judiciário em atender a uma de suas principais razões de ser: a pacificação social e o apaziguamento de conflitos inerentes à sociedade de consumo.

O atravancamento da prestação jurisdicional e sua incapacidade prática de lidar com o crescente acervo de processos é certamente um dos fatores que contribuem para esse cenário. No entanto, a má aplicação de políticas de desjudicialização, como o estímulo à utilização de técnicas alternativas de solução de conflitos (a exemplo da mediação e da conciliação) – e a imposição de prévia tentativa de resolução extrajudicial, objeto do presente artigo –, também tem papel vital para a manutenção desta (aparentemente) invencível conjuntura.

O debate moderno sobre a instrumentalização do direito de acesso à justiça, estampado no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, tem demonstrado que a comunidade jurídica está atenta à gravosidade do assunto – mostrando que, em certos casos, balizar o acesso ao Judiciário pode ser benéfico à própria realização do direito do jurisdicionado.

Muitas das discussões têm se concentrado em um conceito basilar para o processo civil brasileiro, que é o *interesse processual* (também conhecido como *interesse de agir*). Verdadeira condição da ação⁹⁰, sua ocorrência no caso concreto deve ser verificada através de um prisma de utilidade, necessidade e adequação. Como mais bem descrito por THEODORO JÚNIOR⁹¹:

“Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade (...). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes (...).”

Aplicando-se tal conceito às relações consumeristas, se não há efetiva demonstração pelo consumidor de que sua pretensão foi rejeitada ou resistida de qualquer forma pelo fornecedor, não haveria conflito a ser pacificado pelo Judiciário; não haveria, portanto, lide.

90 Na definição de ARRUDA ALVIM NETTO, são as “categorias lógico-jurídicas (...) mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final” (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Código de processo civil comentado – Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.)

91 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – Vol. I – 59ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 167

Cabe mencionar a quase centenária definição de lide que CARNELUTTI⁹² concebeu – e que até hoje é fielmente adotada em muitos círculos da doutrina:

“O gérmen da discórdia é o conflito de interesses. Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se forem dois os que têm fome e o pão basta para apenas um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta: em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome. Em contrapartida, se fossem inteiramente civis ou civilizados, dividiram o pão entre eles, não segundo suas forças, mas segundo suas necessidades. Mas pode se dar também um estado de ânimo do qual não surja a luta, mas que lhe propicie surgir de um momento para o outro: um dos dois quer todo o pão para si e o outro se opõe a isso. Uma situação dessas ainda não é guerra entre ambos, mas a contém em potência, de onde se conclui que alguém ou algo deve intervir para evitá-la. Esse algo é o processo (...); e a situação, frente a qual intervém, toma o nome de litígio ou lide.

A lide é, pois, um desacordo. Elemento essencial do desacordo é um conflito de interesses: se satisfazer o interesse de um, fica-se sem satisfazer o interesse do outro e vice-versa. Sobre este elemento substancial se implanta um elemento formal, que consiste em um comportamento correlativo dos dois interessados: um deles insiste em ser tolerado pelo outro, assim como exige a satisfação de seu interesse, e a essa exigência se chama pretensão; mas o outro, em vez de tolerá-lo, se-lhe opõe.”

Das lições do celebrado jurista italiano, depreende-se que não há como se presumir a existência de conflito se um não sinaliza ao outro que sua legítima pretensão é obstada por um comportamento ativo ou omissivo dele. Utilizando a analogia do autor, é como se uma parte não soubesse do interesse da outra em satisfazer a sua fome.

DINAMARCO salienta em sua seminal obra *Instituições do Direito Processual Civil* que o bem da vida almejado pelo autor da demanda é justamente aquele que “*sem vir ao Estado-juiz ou ao árbitro ele não poderia obter*”⁹³, de forma que o interesse processual se caracteriza quando “*o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende (...), quando sem o processo e sem o exercício da jurisdição o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado*”⁹⁴.

92 CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo; trad. Jeremy Lugros – 1ª ed. – São Paulo: R.B.E., 2019. p. 29/30

93 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – Vol. II – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2017. p. 143

94 *ibidem*, p. 354/355

VICENTE GRECO FILHO também resume a questão de maneira clara e objetiva: “*Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?*”⁹⁵.

Nesses termos, a motivação para que o consumidor demande em juízo – dentre uma miríade de possibilidades, incluem-se a não disponibilização de informações claras e adequadas sobre um produto/serviço contratado, ou então a devolução do bem defeituoso – é justamente o fato de que, fora dele, não lhe foi oportunizada solução adequada.

Importante ressaltar que, ao encarar o interesse processual sob tal ótica, não se busca avaliar o total cerceamento do acesso do jurisdicionado à justiça – o que, por óbvio, representaria verdadeira inconstitucionalidade. Ainda segundo DINAMARCO, “*o direito de demandar é incondicionado. Por mais inadmissível que seja o julgamento de mérito e por isso o processo deva ser extinto desde logo, a nenhum juiz é permitido deixar de apreciar a demanda, devendo fazê-lo ainda que seja para indeferir a petição inicial*”⁹⁶.

De fato, o direito de ação é efetivamente exercido quando o Judiciário é provocado a apreciar a pretensão autoral. Quando o magistrado indefere a petição inicial por verificar a ausência de condições da ação (englobando o interesse de agir), não há violação ao direito de acesso à justiça, mas sim constatação de que o seu exercício se deu em inobservância às normas para a constituição regular do processo⁹⁷.

É sabido que as demandas consumeristas visam, acima de tudo, a harmonização da relação entre as partes – e, no mais das vezes, a reparação de danos experimentados pelo consumidor em face de ato ilícito ou violação perpetrada pelo fornecedor. Mas o que legitima tal reparação? E, em *ultima ratio*, o que legitima o ajuizamento da ação pelo consumidor?

Uma das principais dúvidas que surgem quando abordado o tema diz respeito à extensão em que se deve exigir do consumidor – figura notoriamente hipossuficiente nas relações de consumo – a demonstração de que buscou a resolução de seu problema perante o fornecedor do produto/serviço. Definir no que consiste a dita “tentativa de solução extrajudicial”, partindo de elementos altamente subjetivos (poder econômico das partes envolvidas, meios de contato

95 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1984

96 ibidem, p. 134

97 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 191/192

disponibilizados pelo fornecedor etc., necessidade de tutela antecipada), é tarefa particularmente complexa.

A matéria se reveste de tamanha importância, que as Cortes Superiores já empreenderam notáveis discussões a seu respeito – sendo que atualmente falta pronunciamento específico acerca de suas nuances no universo do Direito do Consumidor.

O julgamento em 2014 pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 631.240⁹⁸, manejado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, visou mitigar as obscuridades que circundam o tema do interesse de agir em matéria previdenciária, fixando-se ao final a Tese de Repercussão Geral nº 350.

O Ministro Luís Roberto Barroso, que relatou o acórdão em questão, distinguiu “*a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas*”, destacando que “*o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis*”.

Importante ressaltar que o INSS é hoje o maior litigante do Brasil, com mais de 3,8 milhões de processos previdenciários – representando cerca de 5% de todos os processos judiciais ativos⁹⁹. Diante deste panorama, consignou o Ministro supracitado:

“Como se percebe, o Judiciário simplesmente não tem – e nem deveria ter – a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, como instância originária de recepção e processamento de pedidos de concessão de benefícios. Pretender transferir aos juízes e tribunais a enorme demanda absorvida pela Previdência implicaria o total colapso do sistema judiciário. Nota-se ainda que a instância administrativa, mesmo com todas as suas falhas e carências, é gratuita, fornece respostas em média muito mais rápidas e é integrada por servidores especializados.

A pretendida subversão da função jurisdicional, por meio da submissão direta de casos sem prévia análise administrativa, acarreta grande prejuízo ao Poder Público e aos segurados coletivamente considerados. Isto porque a abertura desse “atalho” à via judicial gera uma tendência de aumento da demanda sobre os órgãos judiciais competentes para apreciar esta espécie de pretensão, sobrecarregando-os ainda mais, em prejuízo de todos os que aguardam a tutela jurisdicional.

98 BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorridos: Marlene de Araújo Santos e Outros. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 set. 2014. Diário da Justiça Eletrônico nº 220. Publicação: 10 nov. 2014

99 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. op. cit., p. 233

Por outro lado, os órgãos da Previdência, estruturados para receber demandas originárias, teriam sua atuação esvaziada pela judicialização.

(...)

Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há necessidade de acionar o Judiciário antes desta medida.”

Ao fim, restou definido pelo STF que, no caso de “*demandas que pretendem obter uma prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão etc.)*”, exigir-se-ia a demonstração pelo jurisdicionado de que a autarquia foi devidamente instada e não forneceu resposta apropriada (seja por indeferimento, seja pela mera demora em apreciar a pretensão¹⁰⁰) – assim, “*a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir*”.

Tal entendimento já foi inclusive replicado de forma analógica em outros casos, a exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 839314/MA¹⁰¹, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se estendeu a citada premissa aos casos de cobrança de seguro DPVAT, consignando-se que somente após “*prévio requerimento administrativo é que se pode falar em ameaça ou lesão ao direito, aptas a ensejar a manifestação do Judiciário*”.

Percebe-se assim que, embora a discussão tenha originalmente se restringido a matérias estritamente previdenciárias, as lições trazidas pelo julgamento do RE nº 631.240 elucidam questionamentos oriundos das mais variadas esferas do direito pátrio, incluindo em matéria administrativa e consumerista.

100 “O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação (isto é, quando excedido o prazo de 45 dias previsto no art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991)”. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 15

101 BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 839.314/MG. Recorrente: Francisco Borges Leal. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. Relator: Luís Fux. Brasília, 10 out. 2014. Diário da Justiça Eletrônico nº 202. Publicação: 15 out. 2014

Aplicado o conceito ao universo das relações de consumo, seria igualmente desarrazoado exigir do consumidor que esgotasse todas as vias extrajudiciais possíveis, antes de ingressar no Judiciário para veicular sua pretensão (já resistida pelo fornecedor, seja por resposta negativa ou por mera inércia, em qualquer meio hábil).

Com efeito, a exigência de prévia tratativa com instituições bancárias para obtenção de cópias de documentos foi consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.349.453/MS¹⁰², admitido como representativo de controvérsia e processado sob o rito dos recursos repetitivos.

O julgamento do recurso contou com a admissão do Banco Central do Brasil, da Federação Brasileira de Bancos e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor na condição de *amici curiae*.

O primeiro manifestou-se no sentido de que seria “*processualmente adequado o ajuizamento de ações cautelares de exibição de documento para a obtenção de extratos bancários*”, alinhando-se à “*política de transparência contratual e acesso à informação que deve reger a relação entre o cliente bancário e a instituição financeira*”¹⁰³.

A FEBRABAN, por sua vez, defendeu o posicionamento de que seria “*altamente discutível (...) a imposição ao banco do dever de exibir em juízo documentos que não se negou a exibir in bonis, por ausente o interesse de agir*”, somando ainda preocupações quanto às despesas incorridas para obtenção e exibição dos arquivos solicitados pelo consumidor¹⁰⁴.

O entendimento do STJ, exposto na ementa do julgado, foi de que a propositura da demanda cautelar para que sejam exibidos documentos bancários é cabível, desde que configurados requisitos como a “*existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária*”.

Outra evidência de que a discussão extrapola os limites da matéria previdenciária, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitiu a instauração do Tema Repetitivo nº 91, tomando como *leading case* o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 2922197-81.2022.8.13.0000, a fim de definir

102 BRASIL. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.349.453/MS. Recorrente: Maria Elza Salina Gonçalves. Recorrida: Caixa Econômica Federal. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 dez. 2014. Diário da Justiça Eletrônico nº. 1.666. Publicação: 02 fev. 2015

103 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Ofício PGBC-3959. Brasília, 24 maio. 2013. p. 13

104 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Manifestação nos autos do Recurso Especial nº 1.349.453/MS. Porto Alegre, 18 out. 2011. p. 29

*“a configuração do interesse de agir do consumidor e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial”*¹⁰⁵.

A grande relevância social restou demonstrada pela realização de audiência pública em 23 de maio de 2024 e por inúmeros pedidos de ingresso, nesses mesmos autos, de *amici curiae* – desde grandes *players* do mercado financeiro (FEBRABAN) até entidades de classe (OAB/MG, CONEXIS Brasil Digital etc.), ONGs (Instituto de Defesa de Consumidores) e instituições públicas de ensino (UFMG).

O tema tem sido objeto de discussão não apenas no Judiciário, mas também no Legislativo – onde recentes propostas legislativas evidenciam que *“as reformas processuais mais recentes estão mais preocupadas com celeridade e eficiência da justiça para tratar desse volume de processos”*¹⁰⁶.

O Projeto de Lei nº 533 de 2019, apresentado pelo então deputado federal Júlio Delgado (PSB/MG), visa acrescentar parágrafo único ao artigo 17 do Código de Processo Civil, para fazer constar que o interesse processual estaria configurado tão somente quando revelada *“a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor”*¹⁰⁷.

Em suma, o projeto legislativo visa *“estabelecer na lei o conceito da pretensão resistida (...), (que) consiste na tentativa prévia de resolver a questão pelas vias de composição e, somente no insucesso dessas vias, será possível a busca da tutela estatal”*. Como possíveis meios extrajudiciais para solucionamento das celeumas, menciona o deputado os mecanismos do Consumidor.gov.br, os PROCONs, SACs e ouvidorias dos próprios fornecedores¹⁰⁸.

Parte da comunidade jurídica recebeu o Projeto de Lei com maus olhos, apontando com veemência o risco de cerceamento do acesso à justiça por parcelas mais vulneráveis da população. Também se dedicou atenção ao fato de que, na fala de Arthur Rollo¹⁰⁹, ex-secretário nacional de Defesa do Consumidor, *“o consumidor não vai conseguir fazer essa prova na grande maioria dos casos, até porque a*

105 BRASIL. Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2922197-81.2022.8.13.0000. Instaurado ex officio. Relator: José Marcos Rodrigues Vieira. Brasília, 22 mai. 2023. Publicação: 30 mai. 2023

106 SURIANI, Fernanda. in: Conselho Nacional de Justiça. Seminários de Pesquisas Empíricas Aplicadas a Políticas Judiciárias - 15 de setembro 2022. Youtube, 15 set. 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7S9ENbTHNPi&list=PLJjgviu9EmVJ-un_nCMUXM1q3muwfgCSB8&index=15. Acesso em: 27 jul. 2024

107 DELGADO, Júlio. Projeto de Lei nº 533/2019. Câmara dos Deputados, 06 fev. 2019. p. 01. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=17082438&filename=Tramitacao-PL%20533/2019. Acesso em: 25 jul. 2024

108 ibidem, p. 01/05

109 BRASIL. Câmara dos Deputados. Defesa do Consumidor – Discussão do PL 533/2019 – Pretensão Resistida – 18/11/2021. Youtube, 18 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t0F7BcZUjCA>. Acesso em: 25 jul. 2024

resistência à pretensão pressupõe uma resposta e, muitas vezes, o consumidor reclama e não é pura e simplesmente respondido”¹¹⁰.

Por outro lado, parcela dos juristas ouvidos na mesma audiência pública, dentre os quais se inclui o ministro Marco Buzzi (STJ), destaca que os gastos públicos com o Poder Judiciário alcançam as centenas de bilhões de reais por ano – despesas que poderiam ser significativamente contidas ao induzir o cidadão a contatar o fornecedor do produto/serviço, ou então buscar o intermédio de órgão de proteção ao consumidor, para solucionar o conflito de forma pré-processual.

Seja por iniciativa legislativa, seja por consolidação de entendimento jurisprudencial ou fixação de tese de observância obrigatória, é fato que a obrigatoriedade de prévio requerimento extrajudicial tem se mostrado tão polêmica quanto sedutora aos olhos da máquina judiciária.

O principal desafio para a instrumentalização de tal exigência, indo além da discussão sobre a potencial violação ao preceito constitucional de acesso à justiça, é definir a que ponto e em que medida deve o jurisdicionado ser instado a demonstrar que seu ingresso no Judiciário é precedido da inação ou negativa final do fornecedor em solucionar amigavelmente o problema que se apresenta.

Mais do que isso, é vital que ocorra o robustecimento das ferramentas postas à disposição do cidadão, como os PROCONs e o portal consumidor.gov.br. Viabilizar a sua otimização não se prestaria apenas a recepcionar a maior demanda por tais serviços, mas também para que a prévia tentativa de solucionamento extrajudicial seja efetivamente frutífera¹¹¹ – principalmente através da colaboração dos fornecedores em analisar as demandas dos consumidores, com vistas a evitar a desnecessária judicialização de conflitos outrora resolvíveis de forma menos belicosa.

110 Na opinião destes autores e à luz do fato de que a omissão também pode caracterizar ato ilícito (Art. 186 do Código Civil), a mera demonstração de que o fornecedor se quedou inerte e não respondeu minimamente ao requerimento do consumidor, dentro de razoável janela de tempo, seria suficiente a preencher o requisito de prévia tentativa de solução extrajudicial.

111 “A necessidade de racionalização do acesso à Justiça (...) e de se reduzir o número de demandas derivadas de conflitos hipotéticos (em que o adverso sequer tem conhecimento prévio da pretensão apresentada em juízo) bem indica que o mote do Sistema de Justiça é cada vez mais prestigiar mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos (...). Evidentemente, tal releitura pressupõe um grau de eficiência mínima da instância administrativa. Tanto a administração pública quanto as empresas privadas devem conceber meios eficientes e julgamentos pautados nas reais expectativas jurídicas das partes, solucionando as questões favoravelmente ao demandante todas as vezes que puderem identificar que este possui significativas chances de ter seu pedido acolhido caso, no futuro, valha-se do Judiciário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. Tendências do Processo Civil – Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br – Migalhas nº 5.818, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-%20acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr>. Acesso em: 01 ago. 2024)

DA ARRECADAÇÃO E REALIZAÇÃO DE ATIVOS

JOICE WOLF SCHOLL¹¹²

PAOLA CRISTINA RIOS PEREIRA FERNANDES¹¹³

SUZIMARIA MARIA DE SOUZA ARTUZI¹¹⁴

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva esclarecer, em linhas gerais, as regras previstas na Lei nº. 11.101/2005, alusivas à arrecadação e custódia do acervo patrimonial da massa falida e, também, à realização dos ativos arrecadados, analisando, por consequência, as inovações legislativas inseridas por ocasião da Lei nº. 14.112/2020, com especial destaque a intenção do legislador em impelir maior celeridade e eficiência aos aludidos procedimentos falimentares, em linha com a norma princípio lógica da preservação de empresas dentro do regime falimentar.

Conforme adiante se verá, o estágio do processo falimentar destinado à arrecadação dos bens e direitos que integram o acervo patrimonial da falida, exige do Administrador Judicial a correta identificação e avaliação dos bens a serem arrecadados, além da apresentação de um detalhado plano de realização desses ativos, cuja fase não poderá ultrapassar o prazo máximo de 180 dias.

Em seguida, teceu-se concisos comentários acerca da hipótese de liquidação sumária dos ativos da massa falida, consubstanciada na possibilidade de aquisição ou adjudicação desses bens pelos respectivos credores, desde que respeitados os requisitos legais.

112 Administradora Judicial, Advogada sócia do Gomes & Scholl Advogados e Administração Judicial, Perita Judicial em Avaliação Imobiliária, Documentoscopia e Grafoscopia. Graduada pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo – FADISA/IESA, 12/1996. Formação de Administradores Judiciais e Aperfeiçoamento em Falência e Recuperação Judicial – 2022 – ESMEG – Escola Superior da Magistratura do Estado Goiás – ESA/GO – Escola Superior de Advocacia de Goiás. Presidente da Comissão de Recuperação Judicial e Falência da 17ª Subseção da OAB/MT de Sorriso/MT. Membro da Comissão Estadual de Falência e Recuperação Judicial da OAB/MT.

Advogada da Caixa Econômica Federal. Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, 12/2004. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, 2010/2011. Membro da Comissão Estadual de Falência e Recuperação de Empresas da OAB/MT (gestão 2016/2021 e gestão 2022/2024). Membro do Iwirc Brasil.

113 Advogada da Caixa Econômica Federal. Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, 12/2004. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, 2010/2011. Membro da Comissão Estadual de Falência e Recuperação de Empresas da OAB/MT (gestão 2016/2021 e gestão 2022/2024). Membro do Iwirc Brasil.

114 Advogada proprietária do Escritório Advocacia Souza Artuzi. Contadora. Mediadora judicial inscrita no CNJ e TJMT. Administradora Judicial em processos de recuperações judiciais e falências no TJMT. Pós-graduada em Direito Tributário e Direito Processual Civil. Associada ao Instituto Brasileiro da Insolvência (IBA/UD). Presidente da Comissão de Estudos em Recuperação Judicial e Falência da 22ª Subseção de Primavera do Leste/MT (gestão 2022/2024). Membro da Comissão Estadual de Falência e Recuperação de Empresas da OAB/MT (2016/2021 e gestão 2022/2024). Membro da Comissão Especial de Falência e Recuperação Judicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados (2022/2025). Membro do Centro de Mulheres na Reestruturação Empresarial (CMR). Membro do Iwirc Brasil.

De modo similar, esclareceu-se que o estágio processual-falimentar reservado à realização de ativos, impõe ao Administrador Judicial o dever de elaborar e consolidar o quadro geral de credores, em paralelo com o início dos atos voltados à liquidação do patrimônio da massa falida, podendo, inclusive, nos casos em que se verificar a ausência de ativos significativos para fazer frente às despesas processuais da falência, requerer o seu encerramento antecipado.

Com essas breves considerações, passa-se a tratar de forma detalhada, nos tópicos subsequentes, do tema proposto.

2. DA ARRECADAÇÃO DOS ATIVOS

Preliminarmente, salienta-se que a fase de arrecadação e custódia dos bens da massa falida¹¹⁵, tem início a partir da sentença que decreta a falência do devedor, na forma do art. 99 da LRF, cuja fase é vista, pela doutrina e jurisprudência especializadas, como sendo uma das mais importantes no enredo do processo falimentar. Vale dizer que compete, exclusivamente, ao Administrador Judicial, a partir da assinatura no termo de compromisso, promover a instauração da referida fase, objetivando a correta identificação, arrecadação, manutenção e administração do acervo patrimonial e, também, dos documentos de titularidade da falida, consoante intelecção dos arts. 103 e 108, da Lei nº 11.101/2005.

Sob essa perspectiva e, considerando a inauguração da fase de arrecadação e custódia dos bens da massa falida, impõe-se ao Administrador Judicial promover um minucioso trabalho de identificação e avaliação do acervo patrimonial sob a sua custódia, cuja avaliação poderá levar em consideração os bens em conjunto ou separadamente, em linha com o art. 108 da LRF. Pontua-se, ocasionalmente, que acaso o Administrador Judicial não disponha de capacidade técnica para avaliar os bens arrecadados, poderá este contratar profissionais especializados, mediante autorização judicial, sobretudo quando se tratar de avaliação de imóveis, urbanos ou rurais.

Outrossim, ressalta-se, na esteira do comando normativo contido no §5º do art. 108 da LRF, a orientação legal consubstanciada na realização, também, de avaliação individual dos bens gravados com ônus real, quando o Administrador Judicial optar pela avaliação conjunta do acervo patrimonial da massa falida. Tal providência visa assegurar cumprimento da ordem de classificação dos créditos e da preferência entre os credores, porquanto, o valor apurado na avaliação indivi-

115 Consigna-se, neste particular, as lições de Marcelo Barbosa Sacramone, para quem, "todos os bens do falido devem ser arrecadados e formarão a massa falida objetiva. São arrecadados os bens materiais e imateriais, os existentes por ocasião da decretação da falência e os adquiridos posteriormente, no curso do processo falimentar". (SACRAMONE, M. B. 2022. Manual de direito empresarial. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, p. 375).

dual será utilizado como referencial do valor do crédito constante no inciso II do *caput* do art. 83 da LRF. Em outras palavras, o crédito vinculado à uma garantia real, terá preferência sobre os demais créditos relacionados nos incisos III a IX do art. 83 da LRF, até o limite do montante do bem onerado, cuja quantia será correspondente à importância auferida com a sua alienação ou, no caso de alienação em bloco, ao valor da sua avaliação individual.

Prezando-se pelos interesses dos credores, a arrecadação de ativos¹¹⁶, ordinariamente, abarcará, além do (i) patrimônio da falida que se encontre em sua posse, (ii) os ativos que embora sejam de titularidade da falida, estejam na posse de terceiros e, também, (iii) os bens de titularidade de terceiros que estejam na posse da falida, competindo, todavia, ao juízo falimentar apreciar eventual pedido de restituição, aviado pelo terceiro prejudicado¹¹⁷. Ainda, em relação aos bens que devem ser arrecadados pelo Administrador Judicial, destaca-se a vedação contida no §4º do art. 108 da LRF, segundo a qual, os bens absolutamente impenhoráveis não serão objeto da arrecadação promovida pelo Administrador Judicial, ressalvando-se, contudo, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, conforme inteligência dos art. 833 e 834 do CPC¹¹⁸.

Ademais, salienta-se que as alterações legais empreendidas pela Lei nº. 14.112/2020, foram extremamente significativas para ao instituto em debate, em especial, as modificações inseridas no §3º do art. 99 da LRF, porquanto, se estabeleceu o prazo de até 60 (sessenta) dias, contados do termo de sua nomeação, para que o Administrador Judicial apresente um plano detalhado de realização de ativos, cuja execução não poderá superar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da juntada do auto de arrematação no processo falimentar.

Todavia, não obstante os referidos prazos se mostrem atingíveis aos olhos do legislador, na prática, via de regra, o que se verifica é a extrema dificuldade em observá-los com fidelidade, na medida em que a arrecadação de bens, habitualmente exige do Administrador Judicial a adoção de uma postura investigativa, com vistas a localizar e amealhar os ativos que comporão o acervo patrimonial da massa falida.

116 Consigna-se a lição de Geraldo Fonseca, para quem “(...) o sucesso máximo da falência se dá na alienação da empresa como um todo por um preço maior que o passivo, de modo que se preserva a atividade empresarial e sua função social, ao mesmo tempo que são satisfeitos os direitos dos credores. Contudo, somente excepcionalmente é que esse sucesso máximo ocorre; afinal, se o falido dispusesse de recursos, poderia ter evitado a falência”. (FONSECA, G. 2021. Reforma da Lei de recuperação judicial e falência. Comentada e comparada Lei 14.112, de 24 dezembro de 2020. RIO DE JANEIRO: FORENSE, p. 157).

117 Sobre esse ponto, Marcelo Barbosa Sacramone assevera que “(...) a propriedade de bens de terceiros, a quem incumbe simplesmente arrecadá-los, mas pelo Juiz da Falência que, pela via adequada, apreciará eventual direito de terceiro à restituição do bem apreendido”. (SACRAMONE, M. B. Manual ... Op. cit., p. 376).

118 Vale dizer que os bens considerados impenhoráveis, pela legislação em vigor, estão elencados no art. 833 do Código de Processo Civil. Outrossim, o art. 834 do mesmo diploma legal estabelece que em não sendo localizados outros bens passíveis de penhora, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis (bem considerado impenhorável conforme previsto no art. 833, inciso I) poderão ser penhorados pelo credor.

Neste particular, pontua-se que a necessidade de se adotar essa postura investigativa por parte do Administrador Judicial, se funda no fato de que, não raras vezes, a falida se furta em relacionar e/ou entregar a totalidade dos seus bens à guarda e gestão do aludido profissional, impactando, portanto, negativamente no atendimento aos prazos acima referidos, bem ainda reclamando a adoção de medidas judiciais interventivas para assegurar a agilidade pretendida pela legislação. Não se descarta, todavia, do fato de que tais medidas interventivas no momento da arrecadação dos bens, refletem um cenário de excepcionalidade.

Ademais, não se afigura descabido mencionar que a arrecadação e custódia do acervo patrimonial da falida pelo Administrador Judicial, não acarreta a perda da propriedade desses bens, na medida em que, referida fase processual reflete, apenas e, tão somente, a perda do direito de administrar e dispor do aludido patrimônio, conservando-se, contudo, sua propriedade¹¹⁹.

Lado outro, necessário salientar que inobstante a autorização legal contida no art. 109 da LRF, cerrar o estabelecimento empresarial objetivando a arrecadação dos bens da massa falida, não reflete o melhor caminho a ser trilhado, na medida em que, tal conduta poderá ensejar a paralisação dos negócios da falida e, também, o travamento de suas atividades empresariais, influenciando, negativamente, nos contratos de trabalho dos seus colaboradores, na manutenção da fonte produtiva, mesmo que provisoriamente e, ainda, no bem estar social da comunidade em que a falida estiver inserida. Contudo, o afastamento dos respectivos sócios e/ou gestores da administração da falida, somada à proibição relativa à disposição dos ativos do seu acervo patrimonial, é medida impositiva para o sucesso dos procedimentos alusivos à arrecadação e custódia dos bens.

Nesse contexto, todo o patrimônio¹²⁰ de titularidade da devedora será abarcado pela sua falência, de modo que o Administrador Judicial, por ocasião da instauração da fase de arrecadação de ativos e, após uma acurada análise dos livros e demais documentos arrecadados, promoverá a (i) avaliação da real conjuntura da empresa; (ii) a apuração dos seus respectivos débitos; (iii) a verificação de créditos e identificação dos seus titulares e, (iv) a comprovação de eventual prática criminosa descrita na Lei nº. 11.101/2005. Consigna-se, oportunamente, que

119 Esse, inclusive, é o posicionamento de Marcelo Barbosa Sacramone (SACRAMONE, M. B. Manual ... Op. cit., p. 375), ao afirmar que "(...) o falido perde o direito de administrar e dispor de seus bens, mas conserva a propriedade destes até que sejam liquidados. Retornará o falido à administração de seus bens remanescentes após a extinção de suas obrigações, caso ocorra o pagamento de todos os seus créditos".

120 Precisam ser as lições de Adriana Valéria Pugliesi Gardino, para quem "o patrimônio do devedor, como um todo, é atingido pela falência, que inclui o ativo e o passivo que o integram. Nesse sentido, a massa falida que se forma com a quebra e passa a ser gerida pelo administrador judicial é constituída por todo o patrimônio do devedor, estacando-se, de um lado, o patrimônio ativo, formado pelos bens e direitos, e por outro, o patrimônio passivo, composto pelas obrigações do devedor, representado pelos créditos de titularidade dos credores". (GARDINO, A. P. 2012. A falência e a preservação da empresa: compatibilidade? Acesso em 11 de mar de 20214, disponível em Biblioteca Digital da Universidade de São Paulo. Teses e Dissertações: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/publico/Adriana_Valeria_P_Gardino_integral.pdf, p. 141).

esse será o momento em que uma análise acurada pelo Administrador Judicial fará total diferença na apuração de ativos maliciosamente ocultados pela falida ou por terceiros possuidores.

Outro ponto digno de destaque, é a questão atinente aos custos gerados com a guarda e a conservação dos bens arrecadados pelo Administrador Judicial. Sob esta perspectiva, extrai-se que de acordo com a Lei nº. 11.101/2005, ao Administrador Judicial compete a guarda e conservação dos bens arrecadados, ainda que com auxílio de serviços terceirizados, sendo tais despesas, de responsabilidade da massa falida. Todavia, caso a massa falida não disponha de recursos financeiros suficientes para fazer frente a estas despesas, caberá ao Administrador Judicial assumi-las, provisoriamente, se ressarcindo com os recursos auferidos com a alienação dos aludidos bens. Entretanto, caso os bens arrecadados se mostrem insuficientes para pagamento dos referidos custos, competirá ao Administrador Judicial ou aos credores, satisfazer essas despesas.

Em suma, infere-se que a inauguração da fase de arrecadação, custódia e manutenção dos bens, resulta na formação da massa falida objetiva, cuja atribuição é de competência exclusivamente ao Administrador Judicial¹²¹, a quem com sua envergadura, bom desempenho e *expertise* fará do processo falimentar uma medida eficaz para atingir os interesses dos credores.

3. DA HIPÓTESE DE LIQUIDAÇÃO SUMÁRIA PREVISTA NO ART. 111 DA LEI Nº. 11.101/2005

Ultrapassadas as questões alusivas às regras gerais aplicáveis à fase de arrecadação, custódia e manutenção do acervo patrimonial da massa falida, passa-se a se debruçar sobre as providências especiais estabelecidas na Lei nº. 11.101/2005, quando se estiver diante de bens, cujos valores não sejam suficientes para o pagamento das despesas necessárias à sua conservação e, também, para fazer frente aos elevados custos envolvidos nos procedimentos de realização desses ativos¹²². Entre as providências especiais contidas na legislação em comento, destaca-se a utilização econômica provisória desses bens ou, ainda, a sua liquidação sumária.

Dentro dessa perspectiva, consigna-se que a liquidação sumária dos ativos da falida encontra suporte normativo nos arts. 111 e 113 da LRF, segundo os quais, poderá o juízo falimentar autorizar a adjudicação ou aquisição desses bens pelos seus respectivos credores, ou, ainda, a alienação antecipada de bens perecíveis

121 Destaca-se, oportunamente, os ensinamentos de André Santa Cruz, segundo o qual “o grande responsável pelo bom desenvolvimento do processo falimentar é o administrador judicial, que ficará encarregado de proceder, concomitantemente, ao (i) procedimento de arrecadação dos bens do devedor falido, o que dará origem à massa falida objetiva, e ao (ii) procedimento de verificação e habilitação dos créditos”. (CRUZ, A. S. 2023. Manual de direito empresarial. 13ª ed. São Paulo: JusPodivm, p. 1099.)

122 As modalidades de alienação de ativos no âmbito do regime falimentar estão elencadas no art. 142 da LRF.

veis, deterioráveis e/ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, imediatamente após a arrecadação e avaliação destes.

Repassando em revista o histórico legislativo do regime falimentar no Brasil, pode-se afirmar que o Decreto-Lei nº. 7.661/1945 previa, unicamente, a possibilidade de venda antecipada dos bens perecíveis, deterioráveis e/ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa¹²³, cujo procedimento poderia ser realizado antes mesmo de se iniciar a fase de realização dos ativos, sem que houvesse, portanto, a necessidade de consolidação do quadro geral de credores.

Lado outro, registra-se que o Decreto-Lei nº. 7.661/1945 não continha previsão legal similar à regra constante no art. 111 da LRF, o que via de regra, ocasionava um alongamento indesejável do procedimento falimentar e, consequentemente, a depreciação dos aludidos bens a resultar em prejuízo da coletividade de credores.

Outrossim, salienta-se que as formas alternativas de alienação de ativos prescritas no Decreto-Lei nº. 7.661/1945¹²⁴, além de demandarem um longo período de tempo, exigiam a prévia aprovação dos credores, por meio de deliberação em AGC, o que por vezes, resultava num aumento inesperado dos custos dos procedimentos de alienação do patrimônio da falida e das despesas relacionadas à sua guarda e conservação, cujos valores sequer eram absorvidos pela quantia auferida com o procedimento ora examinado.

Com esse cenário e, objetivando corrigir essa anomalia jurídica, a Lei nº. 11.101/2005 estabeleceu no seu art. 111, a possibilidade de liquidação sumária do acervo patrimonial da falida, consubstanciada na aquisição ou adjudicação desses ativos pelos seus respectivos credores, em situações excepcionais e, desde que observados certos requisitos.

Nesse diapasão e, com fundamento no dispositivo legal em comento, é possível extrair como requisitos para a aquisição ou adjudicação dos ativos da falida pelos credores, (i) a dificuldade de liquidação do ativo; (ii) os altos custos envolvidos nos procedimentos e modalidades de alienação regulados pelo art. 140 e seguintes da LRF, além das despesas relacionadas com a guarda e conservação desses ativos; (iii) o baixo valor do acervo patrimonial, apurado consoante

123 Consigna-se, neste particular, a posição de Marcelo Barbosa Sacramone, para quem “bens perecíveis são os que, em razão do tempo, perderão as qualidades ou características essenciais. Bens deterioráveis, o que, em razão de sua própria natureza, perderão sua utilidade. Sujeitos a considerável desvalorização são os que, em razão de avanços tecnológicos, perdem rapidamente o valor. De conservação arriscada são os que exigem medidas de conservação especiais, sob pena de danificarem outros bens, ou os bens que podem se perder, por atraírem a atenção de furtadores etc. De conservação dispendiosa, os bens que exigem alto custo para a sua guarda, sob pena de perderem a qualidade, as características ou de se perderem”. (SACRAMONE, M. B. 2023. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: SaraivaJur, p. 501).

124 As formas alternativas de alienação de ativos no Decreto-Lei nº. 7.661/1945, estavam positivadas nos artigos 122 e 123.

as regras constantes no art. 108 e seguintes da LRF; (iv) o respeito ao valor da avaliação do ativo; (v) a observância da ordem de classificação dos créditos e preferência entre os credores, tal qual previsto no art. 83 da LRF; (vi) o interesse da massa falida; (vii) a oitiva do Comitê de Credores, se houver e, finalmente, (viii) a autorização do juízo falimentar.

Veja-se que a partir das considerações mencionadas alhures, via de regra, a hipótese de liquidação sumária prevista no art. 111 da LRF, prescindindo de prévia aprovação dos credores por meio de deliberação em AGC, porquanto, tal como dito em linhas pretéritas, trata-se de situação excepcional a reclamar a solução contida no dispositivo legal em referência (aquisição ou adjudicação pelos credores), cujo procedimento deve ser realizado imediatamente após a arrecadação dos bens¹²⁵.

Por outro lado, no que se refere à legitimidade para requerer a aplicação das providências especiais encartadas no art. 111 da LRF e, inobstante o silêncio legislativo, é pacífico na doutrina e jurisprudência especializadas o entendimento segundo o qual, tanto o Administrador Judicial quanto os credores e a própria falida podem requerer tais providências, cujo fundamento jurídico encontra guarida no parágrafo único do art. 103 da LRF.

Sob perspectiva diversa e, examinando o instituto da liquidação sumária à luz do princípio da *par conditio creditorum*, destaca-se, oportunamente, que a observância da ordem de classificação dos créditos, consoante art. 83 da LRF, instituiu uma prioridade de recebimento desses créditos, consubstanciada numa hierarquia vertical dos credores nas respectivas classes de creditícias. Lado outro, a aplicação da aludida norma principiológica ao instituto da liquidação sumária, com vistas a assegurar o respeito às preferências entre os credores, reflete a destinação prioritária dos valores auferidos com a alienação de determinado ativo, ao credor mais privilegiado, como, por exemplo, o credor titular de garantia real.

Por outro giro, registra-se, nesta ocasião, a significativa diferença havida entre o procedimento de aquisição e o procedimento de adjudicação dos ativos pelos credores, na medida em que, na aquisição dos ativos, necessariamente ocorre a entrada de novos recursos financeiros no caixa da massa falida, cujos valores deverão ser revertidos para o pagamento dos credores, de acordo com a classificação dos créditos (art. 83). Todavia, na adjudicação dos ativos pelos credores,

125 Validando esse entendimento, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (SCALZILLI, J. P., SPINELLI, L. F., & TELLECHEA, R. 2023. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, p. 1.251) lecionam que “poder-se-ia interpretar que a liquidação sumária (na forma do art. 111) depende de autorização da Assembleia Geral de Credores, haja vista a nova redação dos arts. 142 e 145. O art. 142, V e §3º-B, dispõe que a realização dos ativos por qualquer modalidade que não seja o leilão precisa (i) ser aprovada pelos credores, (ii) decorrer de disposição do plano de recuperação judicial (situação que não se amolda à falência) ou (iii) ser aprovada pelo juiz, após a oitiva do administrador judicial e do Comitê de Credores. Já o art. 145, caput, prevê que, em caso de adjudicação de bens ou constituição de sociedade pelos credores, a forma alternativa de alienação deverá necessariamente ser aprovada em assembleia geral. Entendemos, todavia, não ser o caso de exigir deliberação prévia dos credores. Isso porque se está diante de hipótese excepcional de alienação, prevista em uma regra geral especial e que exige a manifestação prévia do Comitê e a autorização judicial”.

não há entrada de novos recursos financeiros no caixa da massa falida, razão pela qual, tal possibilidade só se perfectibiliza quando houver a satisfação integral dos créditos alusivos à classe de credores, imediatamente, anterior à classe em que se localiza o credor adjudicante.

Outra sensível distinção entre os procedimentos de aquisição e adjudicação dos bens, se refere à necessidade, ou não, de consolidação e homologação do quadro geral de credores, vez que, para o procedimento de aquisição não se vislumbra a referida necessidade, dado que o ingresso de recursos financeiros no caixa da massa falida não implicará em violação ao princípio da *par conditio creditorium*. Diversamente, no procedimento de adjudicação, constata-se a necessidade de consolidação e homologação do quadro geral de credores, na medida em que, tal como dito alhures, a viabilização da adjudicação do ativo pelo credor está estritamente vinculada à satisfação integral dos créditos constantes na classe, imediatamente, anterior à classe em que se localiza o credor adjudicante, sob pena de violação do princípio da *par conditio creditorium*, situação esta que certamente esbarra na celeridade pretendida pelo legislador.

Por fim, no que toca aos procedimentos e formalidades a serem adotadas para a hipótese de liquidação sumária inserida no art. 111 da LRF, salienta-se que muito embora a legislação não tenha tratado do assunto, é possível inferir que ao Administrador Judicial foi conferida total liberdade para utilizar formas alternativas e mais flexíveis de liquidação, desde que se assegure a lisura, a transparência e a publicidade exigidas pela Lei nº. 11.101/2005.

Feitas estas considerações, conclui-se que o legislador ordinário, ao inserir no regime de insolvência empresarial a hipótese de liquidação sumária dos ativos da falida, por meio da aquisição ou da adjudicação desses bens pelos seus respectivos credores, desde que observados os requisitos mencionados alhures, buscou imprimir maior celeridade e eficiência econômica à realização de ativos de baixo valor, em linha com o princípio da preservação da empresa encartado no art. 75 da LRF.

4. DA REALIZAÇÃO DO ATIVO

Superados os temas atinentes à arrecadação e custódia dos bens e, ainda a hipótese de liquidação sumária de ativos estabelecida no art. 111 da LRF, passa-se a examinar a fase alusiva à realização do patrimônio arrecadado, que se inicia com a juntada do auto de arrecadação do acervo patrimonial da falida no processo falimentar (art. 139 da LRF).

Dentro dessa perspectiva, insta salientar preliminarmente, na esteira das lições de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 208)¹²⁶, que a eficiência de um sistema de crédito deve ser o objetivo de qualquer lei falimentar que pretenda ser um mecanismo justo e rápido e, que busque preservar, na medida do possível, a entidade econômica, sem prejuízo aos credores.

Nesse diapasão, observa-se que o processo falimentar, tal qual prescreve o art. 75 da LRF, deve maximizar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da massa falida, com vistas à satisfação integral dos seus respectivos credores. O que significa dizer que qualquer decisão referente à realização do ativo na falência, deve obedecer à regra de que o procedimento será mais eficiente se produzir resultados econômicos aos credores.

A par dessas considerações iniciais, é possível extrair o conceito, segundo o qual, a fase da realização de ativos se consubstancia num conjunto de procedimentos destinados a promover a conversão do acervo patrimonial outrora arrecadado, em recursos financeiros a ser utilizados para o pagamento do seu passivo¹²⁷. Registra-se, oportunamente, as lições de Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo (2021, p. 140)¹²⁸, para quem “o sucesso ou insucesso na realização do ativo é determinante para aumentar ou reduzir as probabilidades de os credores receberem seus créditos”.

Consigna-se, outrossim, que ao Administrador Judicial, concomitantemente ao dever de elaboração do quadro geral de credores, na forma dos §§1º e 2º do art. 7º da LRF, compete iniciar os atos voltados à liquidação do conjunto de bens e direitos da massa falida, cuja instauração dessa fase processual não está condicionada à consolidação do quadro geral de credores (art. 140, §2º da LRF), porquanto, referida consolidação poderá se prolongar demasiadamente e, assim, influir, negativamente, na maximização e otimização dos ativos, bem como incorrer em despesas desnecessárias à guarda e manutenção desse patrimônio¹²⁹.

126 PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Campus, 2005

127 João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (SCALZILLI, J. P., SPINELLI, L. F., & TELLECHEA. Op. cit., p. 1.363) asseveram que “dentro do processo falimentar, a liquidação tem um sentido específico, estritamente relacionado à transformação em dinheiro (‘monetização’, no jargão do mercado) dos bens e direitos arrecadados pelo Administrador Judicial”.

128 COSTA, D. C., & MELO, A. N. (2021). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência - Lei 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005 - de acordo com a Lei 14.112/2020, de 24/12/2020. Curitiba: Juruá Editora.

129 Trazendo à texto, novamente, as ponderações de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (SCALZILLI, J. P., SPINELLI, L. F., & TELLECHEA. Op. cit., p. 1.363-1.364), é possível concluir que a fase referente à liquidação dos ativos se desdobra em dois estágios distintos a saber: (i) o estágio alusivo à identificação dos credores da massa falida, com vistas à elaboração do quadro geral de credores e (ii) o estágio pertinente à satisfação da dívida, propriamente dita, conforme a ordem estabelecida no art. 83 e seguintes da LRF. Inobstante, vale destacar que “na sistemática do regime anterior, a liquidação iniciava-se somente após a publicação do relatório do síndico, nos termos do art. 114, cabendo ao juiz assinalar o prazo dentro do qual a liquidação seria cumprida (Decreto-Lei 7.661/1945, art. 115). Essa ordem não foi reproduzida integralmente na sistemática vigente. O procedimento anterior foi flexibilizado, permitindo aos envolvidos a prática de certos atos sem observar, rigidamente, a sequência anteriormente posta, o que confere mais celeridade. Não se deve, contudo, interpretar a flexibilização como sinônimo de desordem ou desorganização. Pelo contrário: ainda é perfeitamente possível separar os atos que se inserem nessas etapas, de modo a visualizar a falência como um procedimento logicamente ordenado”.

Dito isto, tem-se que o valor monetário obtido com a alienação dos bens deverá ser depositado nos autos falimentar à disposição do respectivo juízo, até que se tenha início o efetivo pagamento dos credores, de acordo com a ordem estabelecida na legislação em comento (art. 83 e seguintes).

Lado outro e não menos importante, é intelecção conjunta do inciso IX do art. 99 e alínea “j”, do inciso III do art. 22 da LRF, a partir da nova redação dada a este último dispositivo legal, segundo a qual, na sentença de decretação da falência, constará a nomeação do Administrador Judicial, que dentre outras funções, caberá promover a liquidação do acervo patrimonial da massa falida dentro do prazo máximo de 180 dias, cujo termo inicial corresponde a data de juntada do auto de arrecadação dos bens no processo falimentar. Essa limitação temporal é reafirmada no art. 142, § 2º-A, inciso IV, da LRF.

Veja-se que a intenção do legislador ao conferir essa nova redação à alínea “j”, do inciso III do art. 22, replicada, parcialmente, no inciso IV do §2º-A do art. 142, foi impelir uma maior celeridade à fase de liquidação dos bens e direitos integrantes ao acervo patrimonial da massa falida, com vistas ao atendimento do princípio da preservação da empresa no âmbito do processo falimentar, encartado no art. 75 da LRF.

Dentro desse cenário, conclui-se que a realização do ativo, além do termo inicial (art. 139 da LRF) previsto no regime de insolvência empresarial desde a sua promulgação, passou a ter, também, a partir da reforma empreendida pela Lei nº. 14.112/2020, termo final para a conclusão da segunda etapa inerente à fase de realização de ativos, exigindo do Administrador Judicial, por conseguinte, um melhor planejamento para o desenvolvimento de seu ofício.

Registra-se, oportunamente, que o descumprimento injustificável do prazo máximo estabelecido para a conclusão do segundo estágio da fase procedimental em análise, poderá resultar na destituição do Administrador Judicial, que por sua vez, obstará que este profissional exerça sua função pelos próximos cinco anos (art. 30 da LRF). A pena é grave e, especialmente preocupante, porquanto, não raro, os Administradores Judiciais se deparam com processos falimentares nos quais as sociedades empresárias são titulares de diversos ativos espalhados pelo país, o que certamente favorece a indesejável morosidade e dificuldade para a conclusão da referida fase, dentro do prazo legal.¹³⁰

Sob perspectiva distinta e, em se tratando de casos em que se verifique a ausência de ativos significativos para fazer frente às despesas processuais da falência, o legislador atento a esta realidade, inseriu o art. 114-A na LRF, cujo dispositivo

130 CEREZETTI, S. C. N.; FRANCO, G. L.; SERAFIM, T. F. G. Breves Notas sobre a realização do ativo na reforma da LRF: a busca por uma falência mais efetiva. Revista do Advogado, nº 150, 2021, pag. 274.

estabelece que em se constando a referida ausência de bens, deverá o Administrador Judicial informar o fato, imediatamente, ao juízo concursal que, após ouvir o representante do Ministério Público, determinará a intimação dos interessados, para dentro do prazo de 10 dias, manifestar eventual interesse no prosseguimento do processo falimentar, que doravante, passará a ser custeado as suas expensas.

Decorrido *in albis* o prazo para a manifestação dos interessados, o Administrador Judicial promoverá a liquidação dos ativos arrecadados, dentro do prazo máximo de 30 dias, se bens móveis e, 60 dias, se bens imóveis, apresentando, em sequência o respectivo relatório. Apresentado o relatório e concluída todas as demais formalidades legais, ao juízo, caberá encerrar a falência.

Veja-se que essa disposição confere ao instituto a celeridade pretendida pelo legislador, porquanto, evita o seu prolongamento desnecessário e sem qualquer proveito aos envolvidos, além de aliviar a pressão sobre o Poder Judiciário e Administradores Judiciais.

Outra inovação digna de nota foi a disposição normativa inserida no §3º do art. 141 da LRF, segundo a qual, poderá o Administrador Judicial, quando da alienação conjunta ou separada de ativos, compartilhar os custos operacionais entre duas ou mais empresas em situação falimentar, com vistas à redução das despesas atinentes à fase de realização de ativos.

Entretanto, não obstante a regra em referência ter tido a salutar intenção de assegurar maior eficiência e otimização ao procedimento de alienação de ativos, na medida em que prevê a possibilidade de se ratear as despesas que lhes são inerentes, entre duas massas falidas distintas e sem qualquer ligação entre si, o Administrador Judicial poderá encontrar dificuldades de ordem prática para a efetivação dessa norma.

Em síntese, pode-se deduzir que as inovações legislativas advindas pela Lei nº. 14.112/2020, demonstram a clara intenção do legislador em conferir ao processo falimentar maior agilidade alusiva à fase de realização de ativos, especialmente no tocante ao estágio destinado ao pagamento dos seus respectivos credores, observando-se, todavia, a segurança jurídica exigida pela lei. Contudo, não obstante estejam as referidas inovações em linha com o comando principiológico contido no art. 75 da LRF (princípio da preservação da empresa), registra-se, oportunamente, o alerta de que a concretização dos objetivos elencados no aludido dispositivo (art. 75), pode sofrer alguns entraves de ordem prática, sobretudo naquelas hipóteses em que a massa falida for titular de diversos ativos espalhados pelo Brasil a fora.

5. CONCLUSÃO

Em suma e, com fundamento nas alterações legislativas empreendidas pela Lei nº. 14.112/2020, infere-se que a inauguração da fase de arrecadação, custódia e manutenção dos bens do falido, resulta na formação de uma massa falida objetiva, para a qual se exige do Administrador Judicial a correta identificação e avaliação desses ativos, atribuições que não raras ocasiões, reclamam uma postura investigativa por parte desse auxiliar da justiça.

Conclui-se, outrossim, que o legislador ordinário, ao inserir no regime de insolvência empresarial a hipótese de liquidação sumária dos ativos da falida, consubstanciada na possibilidade de aquisição ou adjudicação desses bens pelos seus respectivos credores, desde que respeitados os requisitos previstos na lei, buscou imprimir maior agilidade e eficiência econômica à realização de ativos de baixo valor, consoante a norma principiológica contida no art. 75 da LRF.

Lado outro, é possível inferir-se a intenção do legislador em otimizar o processo falimentar, especialmente no que se refere ao procedimento de liquidação de ativos num prazo máximo de 180 dias, impondo-se ao Administrador Judicial o dever de iniciar o atos voltados à alienação desse acervo patrimonial, sem a efetiva necessidade de se consolidar, em definitivo, o quadro geral de credores. Consignou-se, também, a possibilidade do Administrador Judicial, nos casos em que restar constatada a ausência de ativos significativos para fazer frente às despesas processuais da falência, requerer o seu encerramento antecipado, observando-se, contudo, os requisitos legais, convergindo, portanto, com os ditames principiológicos contidos no art. 75 da LRF.

O USO DO LEDGER DA BLOCKCHAIN NO SETOR BANCÁRIO: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E REGULATÓRIAS NO DIREITO BANCÁRIO

PAULA ALVES DE OLIVEIRA¹³¹

O sistema de Ledger tem suas raízes nos princípios contábeis e sempre foi uma ferramenta fundamental para a verificação de contas. A manutenção do Ledger evoluiu continuamente no mercado financeiro, consolidando-se como o principal pilar na movimentação de contas e dinheiro. O ledger, conhecido como razão contábil, é um registro central onde todas as transações financeiras de uma empresa são documentadas de forma detalhada. Este sistema é fundamental na contabilidade, pois fornece uma visão completa e organizada de todas as entradas e saídas de recursos, permitindo uma gestão financeira precisa e eficiente.

Suas origens remontam a civilizações antigas como a Babilônia, a Grécia e o Império Romano. Os primeiros registros eram feitos em materiais precários, anotados à mão, sobre transações comerciais e financeiras. Durante a Idade Média, o sistema evoluiu para o sistema de partida dobrada, onde para cada débito deve haver um crédito correspondente, garantindo o equilíbrio das contas. Com o tempo, a contabilidade e a manutenção de ledgers continuaram a evoluir com a introdução de sistemas mecanizados e, posteriormente, digitais. A computação permitiu um nível sem precedentes de precisão, eficiência e capacidade de armazenamento de dados, transformando o ledger em uma ferramenta ainda mais poderosa para a gestão financeira.

À medida que o comércio e as finanças se tornaram mais complexos, a manutenção do ledger tornou-se essencial para o controle e a verificação das transações financeiras. No mercado financeiro moderno, o ledger evoluiu para sistemas digitais sofisticados, permitindo o rastreamento preciso e em tempo real das movimentações de contas e dinheiro. Esses sistemas são fundamentais para garantir a integridade e a transparência das operações financeiras. Além disso,

131 Paula Alves de Oliveira, advogada, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito, em Direito Tributário e Processo Tributário pela mesma instituição, e em Direito Empresarial pela Universidade Paulista, com ênfase em Recuperação Judicial e Falências pela Escola Superior de Advocacia e pela Escola Paulista da Magistratura. Possui também extensão em "Chief Compliance Officer" pela Legal Hub.

com o advento da tecnologia blockchain, o conceito de ledger deu mais um salto evolutivo. Os ledgers distribuídos, ou blockchains, permitem registros imutáveis e descentralizados de transações, oferecendo um novo nível de segurança e confiança nas operações financeiras.

O LEDGER BANCÁRIO HISTORIFICADO

O ledger bancário tradicional é um registro centralizado mantido por instituições financeiras para documentar todas as transações financeiras de seus clientes. Este sistema é baseado em bancos de dados centralizados, onde todas as entradas e saídas de recursos são registradas de forma organizada e sistemática.

Gerido e controlado por um número limitado de entidades confiáveis, como bancos e outras instituições financeiras, o ledger bancário tradicional desempenha um papel crucial na gestão das finanças, assegurando a precisão e a integridade dos registros financeiros. A principal característica do ledger bancário tradicional é a centralização dos dados. Isso significa que todas as informações financeiras são armazenadas e gerenciadas por uma única entidade ou um grupo restrito de entidades.

Esse controle centralizado permite que as instituições financeiras tenham um controle rígido sobre o acesso e a modificação dos dados, garantindo que apenas usuários autorizados possam acessar e manipular as informações.

A conformidade com regulamentos estritos e padrões contábeis internacionais é outra característica fundamental do ledger bancário tradicional. As instituições financeiras devem aderir a regulamentos rigorosos para garantir que suas operações estejam em conformidade com as leis e normas aplicáveis. Isso ajuda a manter a confiança dos clientes e a integridade do sistema financeiro.

A segurança é uma prioridade no ledger bancário tradicional. Para proteger contra fraudes e acessos não autorizados, as instituições financeiras implementam várias camadas de segurança, incluindo firewalls, autenticação de múltiplos fatores e criptografia de dados. Essas medidas ajudam a garantir que as informações financeiras permaneçam seguras e protegidas contra ameaças externas.

Embora o ledger bancário tradicional ofereça muitos benefícios, como controle centralizado e alta conformidade regulatória, ele também tem suas limitações. A centralização pode criar um ponto único de falha, tornando o sistema vulnerável a ataques cibernéticos e interrupções de serviço. Além disso, as transações internacionais podem ser ineficientes devido à necessidade de intermediários e a processos complexos de verificação e liquidação.

LEDGER NA BLOCKCHAIN

O ledger na blockchain representa uma evolução significativa em relação aos sistemas contábeis tradicionais. Em vez de ser centralizado e controlado por uma única entidade, o ledger na blockchain é distribuído e descentralizado, armazenando registros de transações em uma rede de computadores (nós) que trabalham em conjunto para validar e registrar transações. Essa arquitetura distribuída oferece uma série de vantagens em termos de transparência, segurança e eficiência.

Uma das características mais marcantes do ledger na blockchain é sua descentralização. Em vez de um único ponto de controle, os dados são distribuídos por múltiplos nós na rede. Cada nó possui uma cópia completa do ledger, garantindo que as transações sejam verificadas de forma independente por vários participantes. Isso elimina a necessidade de intermediários e reduz o risco de um único ponto de falha, tornando o sistema mais resiliente a ataques cibernéticos e interrupções.

A transparência é outra vantagem significativa da blockchain. Todas as transações registradas no ledger são visíveis para todos os participantes da rede, promovendo um alto grau de transparência. Isso é especialmente valioso em contextos onde a confiança é crucial, como em sistemas financeiros, cadeias de suprimentos e contratos inteligentes¹³². A capacidade de verificar transações de forma pública e independente aumenta a confiança dos usuários no sistema.

A imutabilidade das transações registradas é um dos pilares da segurança na blockchain. Uma vez que uma transação é registrada em um bloco e adicionada à cadeia, ela não pode ser alterada ou excluída. Essa característica é garantida por mecanismos criptográficos avançados e algoritmos de consenso, que asseguram que todas as cópias do ledger na rede estejam sincronizadas e sejam consistentes. A imutabilidade previne fraudes e manipulações, proporcionando um registro confiável e permanente das transações.¹³³

A segurança na blockchain é reforçada pelo uso de criptografia e algoritmos de consenso. A criptografia protege os dados contra acessos não autorizados, enquanto os algoritmos de consenso, como Proof of Work (PoW) ou Proof of Stake (PoS), garantem que todas as transações sejam verificadas e validadas por múltiplos nós na rede antes de serem registradas.

A eficiência das transações na blockchain também merece destaque. Embora as transações possam ser mais lentas em comparação com sistemas centralizados devido à necessidade de consenso, a blockchain elimina a necessidade de

132 LOPES, Alan Moreira. *Direito Digital e LGPD na prática: Advocacia digital prática*. Leme, SP: Rumo Jurídico Editora, 2021. p. 205-214.

133 MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: Promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Tradução de Viviam Sbravatti, p. 31-33. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

intermediários e simplifica o processo de liquidação. Isso é particularmente benéfico para transações internacionais, que podem ser processadas de forma mais rápida e com menores custos.

Apesar de suas muitas vantagens, a blockchain também enfrenta desafios. A escalabilidade é uma preocupação, pois o aumento do número de transações pode levar a congestionamentos e maiores tempos de processamento. Além disso, a regulamentação da tecnologia ainda está em desenvolvimento, com diferentes jurisdições adotando abordagens variadas para integrar a blockchain em seus sistemas legais.

COMPARAÇÃO ENTRE O LEDGER ON-CHAIN E OFF-CHAIN¹³⁴

Enquanto o Ledger Off-Chain, apresenta maior adesão e simplicidade, suas limitações se tornam evidentes no mundo globalizado. Mesmo que uma transação local possa ser praticamente instantânea, essa realidade não se aplica a transações internacionais, que podem passar por diversos intermediários, o que atrasa e encarece o processo.

Do outro lado temos as transações On-Chain, que ocorrem ainda em uma quantidade bastante inferior as transações Bancárias. Essa falta de escalabilidade mostra que é necessário construir muita infraestrutura para a adesão global do ledger da blockchain como principal. No entanto, é interessante observar que, mesmo em pequena escala, a blockchain permite entrega de dinheiro em poucos segundos em qualquer lugar do mundo independente de serviços de terceiros e intermediários.

O sistema de Ledger se encontra em um dilema onde o sistema atual se mostra arcaico, burocrático, centralizado e restrito a novos entrantes; enquanto o sistema de blockchain ainda não tem escala para realizar a mesma quantidade de transações do sistema principal, simplicidade de uso, ou, possui uma base com o devido conhecimento para utilização segura da Web3.

A crise financeira de 2009, amplamente atribuída a práticas imprudentes e irresponsáveis dos bancos e instituições financeiras, evidenciou as fragilidades e riscos inerentes ao sistema bancário tradicional. A falta de transparência, a alavancagem excessiva e a complexidade dos instrumentos financeiros contribuíram para um colapso que afetou economias globalmente.

Esse evento histórico ressalta a importância de buscar alternativas que ofereçam maior segurança, transparência e descentralização, características fundamentais das transações On-Chain e da tecnologia blockchain. Portanto, a necessidade de evoluir para sistemas mais resilientes e confiáveis é ainda mais urgente, considerando as

¹³⁴ On-Chain trata todas as informações que ocorrem na Blockchain, enquanto Off-Chain trata as informações externas.

lições aprendidas com a crise financeira de 2009. Esse fato, inclusive, foi o principal fator que alavancou a criação do Bitcoin e posteriormente das Blockchains.

USO DO LEDGER DA BLOCKCHAIN NO SETOR BANCÁRIO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E REGULATÓRIAS

O uso do ledger da blockchain no setor bancário representa uma revolução potencial na maneira como as transações financeiras são registradas, verificadas e gerenciadas. No entanto, essa inovação também traz uma série de implicações jurídicas e regulatórias que precisam ser cuidadosamente consideradas.

Uma das principais questões jurídicas relacionadas ao uso da blockchain no setor bancário é o reconhecimento legal das transações registradas em um ledger distribuído. Em muitas jurisdições, as leis e regulamentos ainda estão se adaptando para acomodar as características únicas da blockchain. É essencial que os bancos e outras instituições financeiras compreendam e cumpram as leis locais que governam o uso da blockchain, garantindo que as transações registradas sejam legalmente válidas e reconhecidas.

Os bancos estão sujeitos a uma série de regulamentos financeiros destinados a proteger os consumidores, prevenir fraudes e garantir a estabilidade do sistema financeiro. A implementação da blockchain deve ser compatível com esses regulamentos, como a Lei de Sigilo Bancário (Bank Secrecy Act), as normas contra a lavagem de dinheiro (AML) e as diretrizes de Conheça seu Cliente (KYC). Os bancos precisam adaptar suas políticas e procedimentos de conformidade para incluir as transações baseadas em blockchain, garantindo que todas as atividades sejam monitoradas e reportadas adequadamente.

A transparência inerente da blockchain, onde todas as transações são visíveis para os participantes da rede, levanta preocupações sobre privacidade e proteção de dados. Regulamentos como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)¹³⁵ da União Europeia impõem requisitos rigorosos sobre como os dados pessoais devem ser protegidos e gerenciados.

A imutabilidade das transações na blockchain é uma de suas maiores forças, mas também pode ser um desafio em termos legais. Uma vez que uma transação é registrada, ela não pode ser alterada ou excluída, o que pode complicar a retificação de erros ou a execução de decisões judiciais. Os bancos precisam desenvolver processos e procedimentos para lidar com essas situações, garantindo que possam corrigir erros e cumprir ordens legais sem comprometer a integridade do ledger distribuído.

135 LOPES, Alan Moreira. *Direito Digital e LGPD na prática: Advocacia digital prática*. Leme, SP: Rumo Jurídico Editora, 2021. p. 215-245.

A natureza descentralizada da blockchain pode complicar as questões de governança e responsabilidade. Nos sistemas tradicionais, as instituições financeiras têm controle centralizado e são claramente responsáveis pela gestão e segurança dos dados. Na blockchain, a responsabilidade pode ser distribuída entre vários participantes, o que pode criar desafios em termos de supervisão e aplicação da responsabilidade. Os bancos precisam estabelecer estruturas claras de governança para gerenciar a rede blockchain e garantir que todos os participantes cumpram suas obrigações.

A natureza global da blockchain exige uma coordenação regulatória internacional. Diferentes países podem ter abordagens variadas para regulamentar a blockchain, o que pode criar desafios para os bancos que operam em múltiplas jurisdições. A cooperação entre reguladores internacionais é crucial para estabelecer padrões consistentes e evitar conflitos de regulamentação. Os bancos devem acompanhar de perto as evoluções regulatórias em todas as regiões onde operam e adaptar suas estratégias de conformidade conforme necessário.

A transnacionalidade da blockchain apresenta desafios únicos. Embora existam projetos que tenham como objetivo criar blockchains nacionais e controladas, essas soluções muitas vezes não oferecem vantagens significativas em comparação com o uso de bancos de dados tradicionais. A verdadeira força da blockchain reside em sua capacidade de operar de forma descentralizada e global, facilitando transações transfronteiriças de maneira eficiente e segura.

RECONHECIMENTO LEGAL E REGULAÇÃO

O reconhecimento legal das transações registradas em um ledger distribuído é crucial para a adoção da blockchain no setor bancário. Diversas jurisdições estão adaptando suas leis e regulamentos para acomodar as características únicas dessa tecnologia. Países como Estônia, Suíça e Malta têm liderado esse movimento, criando ambientes regulatórios favoráveis para a inovação em blockchain.

Na Estônia, por exemplo, o governo implementou uma série de iniciativas para integrar a blockchain em serviços governamentais e financeiros, oferecendo licenças para provedores de serviços de criptomoedas e exchanges. Isso criou um ambiente claro e estruturado para empresas de blockchain, promovendo a confiança dos investidores e usuários.

A Suíça, especialmente no Cantão de Zug, conhecido como “Crypto Valley”, desenvolveu diretrizes detalhadas através da Autoridade Supervisora do Mercado Financeiro Suíço (FINMA). Essas diretrizes incluem a aplicação de leis financeiras existentes a projetos de blockchain, fornecendo clareza regulatória e incentivando a inovação enquanto garante a conformidade com os padrões financeiros internacionais.

Em Malta, o governo implementou a Lei de Ativos Financeiros Virtuais (VFA), a Lei de Arranjos e Serviços Tecnológicos Inovadores e a Lei da Autoridade de Inovação Digital de Malta. Essas leis estabelecem uma estrutura regulatória abrangente que promove a transparência, a proteção ao consumidor e a inovação no setor de blockchain.

CONFORMIDADE COM REGULAMENTOS FINANCEIROS

A conformidade com regulamentos financeiros, como as normas contra a lavagem de dinheiro (AML) e as diretrizes de Conheça seu Cliente (KYC), é crucial para qualquer instituição financeira. A implementação da blockchain deve ser compatível com esses regulamentos para garantir a proteção dos consumidores e a integridade do sistema financeiro.

As normas AML são projetadas para prevenir a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, exigindo que as instituições financeiras monitorem e reportem atividades suspeitas. Com a blockchain, os bancos podem utilizar tecnologias avançadas de análise de dados para detectar padrões de transações incomuns e identificar atividades suspeitas.

GDPR E OUTRAS REGULAMENTAÇÕES

A transparência inerente da blockchain, onde todas as transações são visíveis para os participantes da rede, levanta preocupações significativas sobre privacidade e proteção de dados. Regulamentos como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia impõem requisitos rigorosos sobre como os dados pessoais devem ser protegidos e gerenciados. Os bancos devem garantir que a implementação da blockchain esteja em conformidade com essas leis, protegendo as informações dos clientes e minimizando o risco de exposição de dados sensíveis.

O GDPR estabelece diretrizes rigorosas sobre o processamento de dados pessoais, incluindo o direito ao esquecimento, a portabilidade de dados e a exigência de consentimento explícito dos titulares de dados.

- **Direito ao Esquecimento:** Um dos principais desafios é a imutabilidade das transações na blockchain, que dificulta a eliminação de dados pessoais. Soluções como a pseudonimização (uso de pseudônimos em vez de dados reais) e o armazenamento de dados pessoais off-chain podem ser adotadas.
- **Consentimento Explícito:** Garantir que os clientes forneçam consentimento explícito para o processamento de seus dados pessoais na blockchain, com documentação clara e auditável.

- Portabilidade de Dados: Facilitar a portabilidade dos dados pessoais, permitindo que os clientes transfiram seus dados de uma instituição para outra de forma segura e eficiente.

ACORDOS INTERNACIONAIS

A natureza global da blockchain exige uma coordenação regulatória internacional. Diferentes países têm abordagens variadas para regulamentar a blockchain, o que pode criar desafios para os bancos que operam em múltiplas jurisdições. A colaboração entre reguladores internacionais é crucial para estabelecer padrões consistentes e evitar conflitos de regulamentação.

G20 E FATF

O Grupo dos Vinte (G20) e o Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF) têm desempenhado papéis significativos na coordenação das políticas internacionais de blockchain e criptomoedas. O FATF emitiu recomendações específicas para prevenir a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo usando ativos virtuais, que os países membros são incentivados a adotar.

FORO ECONÔMICO MUNDIAL (WEF)

O WEF tem promovido discussões e frameworks para a governança global de blockchain. A Iniciativa de Governança Global Blockchain do WEF busca desenvolver um conjunto de princípios para ajudar os reguladores a gerenciar os riscos e aproveitar as oportunidades da tecnologia blockchain.

MARKETS IN CRYPTO-ASSETS (MiCA)¹³⁶

Esta regulamentação da União Europeia é uma das mais abrangentes para o setor de criptoativos e está prevista para entrar em vigor em 2024. O MiCA visa proporcionar segurança jurídica, proteger consumidores, e regular emissores e prestadores de serviços de criptoativos. Entre suas disposições estão a exigência de reservas adequadas para stablecoins e a necessidade de autorização por parte dos reguladores financeiros nacionais para operar dentro da UE (CoinDesk).

¹³⁶ PARLAMENTO EUROPEU. Regulation of Markets in Crypto-assets (MiCA). 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-crypto-assets-1>. Acesso em: 13 jul. 2024

REGULAMENTAÇÕES DA ESTÔNIA, SUÍÇA E MALTA:

A Estônia e Malta são conhecidas por suas abordagens favoráveis à blockchain, com leis específicas que regulam o uso de criptoativos e a gestão de serviços de custódia. Na Suíça, a Autoridade Supervisora do Mercado Financeiro Suíço (FINMA) emitiu diretrizes detalhadas sobre como as leis financeiras existentes se aplicam aos projetos de blockchain, promovendo inovação ao mesmo tempo que garante conformidade com os padrões internacionais (GLI).

LEI DE SIGILO BANCÁRIO (BANK SECRECY ACT) DOS EUA:

Nos Estados Unidos, as instituições financeiras que utilizam blockchain precisam garantir que suas operações estejam em conformidade com a Lei de Sigilo Bancário, normas contra a lavagem de dinheiro (AML) e diretrizes de Conheça seu Cliente (KYC)¹³⁷. A recente introdução de regulamentações para stablecoins também reflete o esforço para adaptar as leis existentes à nova realidade tecnológica (ACC) (GLI).

REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL¹³⁸

O Brasil ainda não possui uma legislação específica para criptoativos. A principal preocupação brasileira está na tributação dos ativos, e não na regulamentação da atividade propriamente dita. Entretanto, espera-se que o país siga os moldes da Estônia, Suíça e Malta no futuro próximo, criando um ambiente regulatório favorável para a inovação e o desenvolvimento de tecnologias de blockchain.

Vale mencionar que o DREX (Real Digital), a moeda digital emitida pelo Banco Central do Brasil, é uma blockchain privada e interna, totalmente controlada e centralizada. A criação do DREX tem sido bastante polêmica e questionável, pois, ao ser uma blockchain centralizada, remove algumas das principais características que tornam a tecnologia de blockchain atraente.

137 FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. *Guidance on the Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies*. 2019. Disponível em: <https://www.fincen.gov/sites/default/files/2019-05/FinCEN%20Guidance%20CVC%20FINAL%20508.pdf>. Acesso em: 25 jul 2024.

138 BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Banking 4.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Vários autores. p. 325-346.

ESTUDOS DE CASO

*PROJETO UBIN (SINGAPURA)*¹³⁹

O Projeto Ubin é uma iniciativa pioneira liderada pela Autoridade Monetária de Singapura (MAS) que visa explorar o uso da tecnologia de contabilidade distribuída (DLT) na liquidação e custódia de ativos financeiros. Desde seu lançamento, o projeto demonstrou a viabilidade de utilizar blockchain para aumentar a eficiência e reduzir os custos das transações financeiras. Por meio de parcerias com diversas instituições financeiras, o Projeto Ubin tem realizado testes e provas de conceito que comprovam os benefícios da DLT, incluindo maior transparência, segurança e rapidez nas transações.

ALENTEJO TRUST

O projeto Nimble, administrado pela Alentejo Trust, promove uma forma inovadora e eficaz de custódia e transferência de ativos através da blockchain, focando em Real World Assets (RWA). Este processo oferece autonomia aos proprietários de ativos, permitindo-lhes encontrar alternativas aos sistemas tradicionais que são frequentemente lentos e caros. Através das plataformas de contas na blockchain, é possível realizar movimentações financeiras sem fronteiras de maneira simplificada, mantendo contas e efetuando pagamentos sem depender de um sistema financeiro tradicional. O projeto Nimble exemplifica como a blockchain pode ser utilizada para criar um sistema financeiro mais acessível, eficiente e transparente.

RIPPLE

A Ripple é uma empresa de tecnologia que desenvolveu o RippleNet, uma rede de pagamento global baseada na tecnologia blockchain. O principal objetivo da Ripple é facilitar transações financeiras rápidas e seguras entre diferentes instituições financeiras em todo o mundo. Utilizando seu token nativo, o XRP, a Ripple permite a liquidação instantânea de pagamentos internacionais, eliminando intermediários e reduzindo significativamente os custos e tempos de transação. Além disso, a Ripple oferece soluções para a liquidação de remessas, pagamentos corporativos e liquidação de transações em tempo real, tornando-se uma alternativa eficiente aos sistemas tradicionais de pagamento interbancário.

139 AUTHORITY MONETÁRIA DE SINGAPURA. *Project Ubin Phase 5: Enabling Broad Ecosystem Opportunities*. 2020. p. 11-13. Disponível em: <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/ProjectUbin/Project-Ubin-Phase-5-Enabling-Broad-Ecosystem-Opportunities.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

HARMONIZAÇÃO DE NORMAS

Cada país pode ter diferentes prioridades e abordagens regulatórias, o que pode resultar em requisitos conflitantes para os bancos que operam internacionalmente. A blockchain está em constante evolução, o que torna difícil para os reguladores acompanharem as mudanças e ajustarem as políticas de maneira oportuna.

No contexto de um banco blockchain, a custódia das chaves privadas das carteiras digitais pelos bancos, em vez dos usuários, levanta importantes questões legais e regulatórias. Este modelo de custódia implica responsabilidades significativas para as instituições financeiras, além de exigir conformidade com uma variedade de leis e regulamentos que protegem os interesses dos clientes e garantem a segurança dos ativos digitais.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Quando um banco assume a custódia das chaves privadas dos clientes, ele adquire uma responsabilidade fiduciária. Isso significa que o banco deve atuar no melhor interesse dos seus clientes, protegendo seus ativos com o mais alto padrão de cuidado e diligência.

O banco deve garantir que todas as medidas de segurança sejam implementadas para proteger as chaves privadas contra perda, roubo ou acesso não autorizado. O banco deve fornecer informações claras e completas aos clientes sobre como suas chaves privadas serão armazenadas e protegidas, além de quaisquer riscos associados.

As tendências gerais são que países exigem licenças equiparadas a bancos para administração de contas custodias. Essa tendência já é observada na Estônia, Malta e Suíça.

No momento existem poucas regulações referentes a essa modalidade de atuação, sobretudo, devido aos desafios da transnacionalidade da blockchain. A título de exemplo, um banco blockchain em Malta poderia receber transações de um cidadão da Coreia do Norte (país sob sanção), de forma totalmente mascarada, e o valor poderia ser repassado, driblando muitos mecanismos válidos de AML e KYC, e quaisquer regulamentações nacionais.

Os contratos inteligentes apresentam desafios regulatórios, incluindo questões sobre a validade jurídica e a execução dos termos do contrato em casos de disputa. No contexto do direito bancário, é crucial estabelecer diretrizes claras sobre como esses contratos serão reconhecidos e aplicados judicialmente. O principal problema vem da imutabilidade e auto gestão da blockchain. Um contrato inteligente (segundo as regras estabelecidas), pode executar uma transferência e esse valor pode não ser recuperado.

A imutabilidade dos registros na blockchain levanta preocupações sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais, exigindo um equilíbrio entre transparência e confidencialidade.

A adoção da blockchain pelos bancos exige um novo conjunto de práticas de compliance e supervisão, com reguladores precisando atualizar suas ferramentas e metodologias para monitorar as atividades em uma rede distribuída. Isso inclui o desenvolvimento de novas diretrizes para auditorias, relatórios financeiros e medidas de segurança.

A adesão da blockchain no Ledger bancário deve ser feita visando a proteção de seus usuários e prevenção de atividades ilegais. No entanto é fundamental que as entidades reguladoras não busquem controle e centralização das blockchains em sua totalidade. A regulamentação precisa ser criada para fomentar o desenvolvimento tecnológico da blockchain, enquanto cria protocolos de segurança e compliance.

É importante enfrentar os desafios de implementação, seguindo os casos de sucesso, para promover o desenvolvimento do ledger bancário, sem comprometer suas principais características. Dessa forma é possível preservar a segurança, sem comprometer a transparência e autonomia da blockchain.

CIBERSEGURANÇA NO SETOR BANCÁRIO: DESAFIOS, MEDIDAS REGULATÓRIAS EM VIGOR E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

FLÁVIA ALCASSA

RESUMO

O setor bancário enfrenta desafios significativos em termos de cibersegurança devido à crescente sofisticação das ameaças digitais e ao aumento da dependência de sistemas tecnológicos. Este artigo aborda os principais desafios enfrentados pelas instituições financeiras. Discutimos as medidas regulatórias em vigor, destacando a importância de conformidade com normas como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, e as diretrizes do Banco Central para segurança cibernética. Além disso, exploramos o conceito de responsabilidade objetiva, onde as instituições financeiras podem ser responsabilizadas pelos danos causados a terceiros, independentemente de culpa, em casos de falhas de segurança. Este cenário exige uma abordagem proativa e integrada de cibersegurança, envolvendo a adoção de monitoramento, treinamento contínuo de pessoal e uma cultura organizacional voltada para a segurança da informação e proteção de dados dos stakeholder da instituição.

Palavras-chave: Cibersegurança. Desafios. Regulatório. Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

The banking sector faces significant challenges in terms of cybersecurity due to the increasing sophistication of digital threats and the growing reliance on technological systems. This article addresses the main challenges faced by financial institutions, including cyber-attacks, data breaches, and online fraud. We discuss the current regulatory measures, highlighting the importance of compliance with standards such as the General Data Protection Law (LGPD) in Brazil and the Central Bank's guidelines for cybersecurity. Furthermore, we explore the concept of strict liability, where financial institutions can be held accountable for damages caused to third parties, regardless of fault, in cases of security failu-

res. This scenario demands a proactive and integrated approach to cybersecurity, involving the adoption of advanced technologies, continuous personnel training, and an organizational culture focused on information security and data protection for the institution's stakeholders.

Keywords: Cybersecurity. Challenges. Regulatory. Strict Liability.

1. INTRODUÇÃO

O cenário de ameaças cibernéticas é caracterizado por um aumento significativo e contínuo no custo dos incidentes cibernéticos. De acordo com a Statista (2023), o custo global do crime cibernético atingiu US\$ 8,4 trilhões em 2022, refletindo um aumento anual de 30% durante o período de 2021 a 2023.

Muitos ataques cibernéticos bem-sucedidos decorrem de falhas na manutenção e na segurança básica de hardware e software, tornando a higiene cibernética um componente essencial nas organizações. Nos EUA, por exemplo, a supervisão inclui práticas de higiene cibernética básicas, como a gestão de ativos de TI, a gestão de vulnerabilidades e a gestão de patches. Em Singapura, os bancos são obrigados a cumprir requisitos de higiene cibernética que abrangem a segurança de contas com privilégios totais, a aplicação de patches periódicos, o estabelecimento de padrões de segurança básicos, a implementação de medidas anti-malware e o fortalecimento da autenticação do usuário.

Para garantir a continuidade dos negócios e o sucesso da marca, é essencial que os bancos adotem estratégias desde higiene cibernética a práticas robustas de governança em segurança cibernética. Estas estratégias devem incluir políticas, programas e frameworks que abordem os cinco pilares da cibersegurança: identificação, proteção, detecção, resposta e recuperação. Entre os elementos centrais desses frameworks e programas estão:

- I. Mapeamento da exposição ao risco cibernético;
- II. Definição de planos de ação para mitigar os riscos identificados;
- III. Alocação de recursos para a implementação desses planos;
- IV. Definição e atribuição de papéis e responsabilidades;
- V. Revisão contínua da eficácia dos controles;
- VI. Monitoramento do cenário de ameaças;
- VII. Relatórios à alta administração e ao conselho;
- VIII. Promoção da conscientização e da cultura de cibersegurança.

2. DESAFIOS E MEDIDAS REGULATÓRIAS EM VIGOR

A resiliência cibernética continua a ser uma prioridade máxima para a indústria de serviços financeiros e uma área de atenção crucial para o regulador. Isso não é surpreendente, considerando que os incidentes cibernéticos representam uma ameaça significativa à estabilidade do sistema financeiro e à economia global. O sistema financeiro desempenha funções essenciais que sustentam a economia real, como a captação de depósitos, a concessão de empréstimos, e os serviços de pagamentos e liquidação, entre outros. Incidentes cibernéticos podem interromper as tecnologias de informação e comunicação que suportam essas atividades, além de resultar no uso indevido e abuso dos dados processados ou armazenados.

A situação é ainda mais complicada pelo fato de que o cenário de ameaças cibernéticas está em constante evolução e se tornando mais complexo, devido à digitalização contínua, ao aumento das dependências de terceiros e às tensões geopolíticas. Ademais, o custo dos incidentes cibernéticos tem aumentado significativamente ao longo dos anos.

Diante desses desafios e das inovações no sistema financeiro, é evidente a preocupação crescente e a mudança cultural no âmbito da Governança Cibernética, refletida na atuação do Banco Central do Brasil (BCB) e do Conselho Monetário Nacional (CMN). Essas instituições estão se empenhando em agilizar procedimentos e aprimorar o gerenciamento do risco cibernético nas instituições financeiras reguladas.

Podemos tratar de algumas resoluções, como a Resolução CMN 4.893/2021, emitida pelo Banco Central, que estabelece orientações detalhadas para a implementação da política de segurança cibernética nas instituições financeiras. Esta resolução define os critérios para a contratação de serviços relacionados ao processamento, armazenamento de dados e computação por instituições autorizadas pelo Banco Central. As políticas de segurança, conforme essa norma, devem ser baseadas em princípios de confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados e sistemas de informação.

RESOLUÇÃO BCB Nº 85

A Resolução BCB nº 85 trata da política de segurança cibernética e dos requisitos para a contratação de serviços de processamento, armazenamento de dados e computação em nuvem por instituições de pagamento. Em vigor desde 2021, estabelece que as instituições devem manter uma política que assegure a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados e sistemas. A resolução exige a definição de objetivos de segurança cibernética, procedimentos para

reduzir vulnerabilidades, controles específicos para proteger informações sensíveis e a documentação de incidentes relevantes.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 6/2023

A Resolução Conjunta nº 6/2023, a ser implementada no final de 2023, estabelece critérios para o intercâmbio de dados e informações sobre suspeitas de fraude entre instituições financeiras. Esta regulamentação introduz novas responsabilidades para prevenir atividades fraudulentas, exigindo que as instituições autorizadas pelo Banco Central compartilhem informações sobre indícios de fraude. O objetivo é aumentar a transparência e permitir uma melhor compreensão dos perfis que apresentam maior probabilidade de envolvimento em atividades fraudulentas.

COMUNICADO Nº 41.782/2024

O Comunicado nº 41.782, de 24 de junho de 2024, estabelece diretrizes para as instituições financeiras, instituições de pagamento e outras entidades autorizadas pelo BCB sobre como devem comunicar a contratação de serviços relevantes de processamento, armazenamento de dados e computação em nuvem. Esta comunicação é mandatória conforme as Resoluções CMN nº 4.893, de 26 de fevereiro de 2021, e BCB nº 85, de 8 de abril de 2021.

As instituições financeiras reguladas devem implementar e manter a política de segurança cibernética observando as bases e pilares da segurança da informação. A política deve ser compatível com o porte, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, bem como com a natureza das operações e a sensibilidade dos dados e das informações sob responsabilidade da instituição.

REQUISITOS MÍNIMOS DA POLÍTICA DE SEGURANÇA CIBERNÉTICA

De acordo com o art. 3º da Resolução CMN 4.893/2021, a política de segurança cibernética deve contemplar, no mínimo:

I - Os objetivos de segurança cibernética da instituição

Estabelecer as diretrizes necessárias para assegurar a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos sistemas de informação utilizados pela instituição financeira, além de contar com uma governança efetiva para a prevenção, detecção e redução de impactos gerados por incidentes relacionados ao ambiente cibernético.

II - Os procedimentos e controles adotados para reduzir a vulnerabilidade da instituição a incidentes e atender aos demais objetivos de segurança cibernética

A instituição deve descrever em sua Política de Segurança Cibernética como e quem avaliará e documentará as vulnerabilidades identificadas em sistemas, como se dará a comunicação de incidentes, se haverá uma equipe de resposta a incidentes e quem acompanhará a correção das vulnerabilidades identificadas.

III - Os controles específicos, incluindo os voltados para a rastreabilidade da informação, que busquem garantir a segurança das informações sensíveis

A informação deve ser classificada conforme políticas e normas internas. Podem ser estabelecidos controles e procedimentos internos para controle de acessos e identidade de determinadas informações.

IV - O registro, a análise da causa e do impacto, bem como o controle dos efeitos de incidentes relevantes para as atividades da instituição

Caso ocorra um incidente, o respectivo registro deve conter a análise da causa, o impacto e os efeitos gerados à operação da instituição financeira.

Vale ressaltar que a política deverá ser divulgada aos empregados da instituição e às empresas prestadoras de serviços, com uma linguagem clara, acessível e um nível de detalhamento compatível com as funções desempenhadas e com a sensibilidade das informações.

As instituições devem elaborar um plano de ação e de resposta a incidentes visando à implementação da política de segurança cibernética, observando, no mínimo:

I - As ações a serem desenvolvidas pela instituição para adequar suas estruturas organizacional e operacional aos princípios e às diretrizes da política de segurança cibernética

Segundo Martinelli & Peixoto (2020), em razão das diferentes categorias de incidentes que podem surgir, é interessante ter um plano A e um plano B, no mínimo. Fazem parte da gestão de incidentes as definições relacionadas à disponibilidade da equipe de resposta a incidentes, incluindo se haverá plantões, atendimentos fora do horário, emergenciais ou simplificados, e se serão 24 horas por dia, 365 dias por ano.

A comunicação e recepção de notificação de um incidente podem ocorrer por e-mail ou telefone. Após essas definições, é possível estimar a quantidade de empregados requeridos da equipe para atender aos incidentes, bem como dividir as tarefas conforme o conhecimento e habilidades de cada um.

1. Um plano de resposta a incidentes deve incluir as seguintes etapas:
2. Fazer uma avaliação inicial.
3. Comunicar o incidente.

4. Conter o dano e minimizar o risco.
5. Identificar o tipo e a gravidade do comprometimento.
6. Proteger a evidência.
7. Notificar as agências externas.
8. Recuperar os sistemas.
9. Compilar e organizar a documentação do incidente.
10. Avaliar o dano e custo do incidente.
11. Rever a resposta e atualizar as diretrizes.

II - As rotinas, os procedimentos, os controles e as tecnologias a serem utilizados na prevenção e na resposta a incidentes, em conformidade com as diretrizes da política de segurança cibernética

Vale observar os controles definidos por cada instituição e, em complemento, as melhores práticas internacionais da International Organization for Standardization (ISO) e da International Electrotechnical Commission (IEC), como, entre outras:

- ISO/IEC 27017, que fornece orientações de implementação em controles de segurança da informação especificamente relacionados a serviços em nuvem;
- ISO/IEC 27018, que se concentra na proteção de dados pessoais na nuvem e fornece orientação para a implementação de controles da ISO/IEC 27002 aplicáveis às Informações Pessoais Identificáveis (PII) na nuvem pública.

É recomendável que a instituição financeira obtenha certificados de segurança da informação disponibilizados pelos provedores de computação em nuvem ou controles equivalentes, se disponíveis pelos prestadores de serviço.

III - A área responsável pelo registro e controle dos efeitos de incidentes relevantes

Deve-se definir qual área da instituição receberá a notificação de incidentes de segurança da informação pelo provedor do serviço em nuvem, bem como as possíveis medidas remediáveis aplicáveis.

As instituições reguladas devem designar um diretor responsável pela política de segurança cibernética e pela execução do plano de ação e de resposta a incidentes. O diretor responsável pode desempenhar outras funções na instituição, desde que não haja conflito de interesses.

Outro ponto importante é a preocupação com a manutenção e continuidade da política, observando a necessidade de governança cibernética. A política de segurança cibernética e o plano de ação e de resposta a incidentes devem ser documentados e revisados, no mínimo, anualmente.

As instituições financeiras devem assegurar suas políticas, estratégias e estruturas de gerenciamento dos riscos, especialmente no que diz respeito aos critérios de contratação de serviços de terceirização, para serviços de processamento, armazenamento de dados e computação em nuvem, tanto no Brasil quanto no exterior.

A contratação de serviços relevantes de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem deve adotar procedimentos que contemplem:

I - A adoção de práticas de governança corporativa e de gestão proporcionais à relevância do serviço a ser contratado e aos riscos a que a instituição esteja exposta;

II - A verificação da capacidade do potencial prestador de serviço para assegurar:

- a) O cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor;
- b) O acesso da instituição aos dados e às informações a serem processados ou armazenados pelo prestador de serviço;
- c) A confidencialidade, integridade, disponibilidade e recuperação dos dados e das informações processados ou armazenados pelo prestador de serviço;
- d) A aderência a certificações exigidas pela instituição para a prestação do serviço a ser contratado;
- e) O acesso da instituição contratante aos relatórios elaborados por empresa de auditoria independente contratada pelo prestador de serviço, relativos aos procedimentos e controles utilizados na prestação dos serviços a serem contratados;
- f) O fornecimento de informações e recursos adequados ao monitoramento dos serviços a serem prestados;
- g) A identificação e segregação dos dados dos clientes da instituição por meio de controles físicos ou lógicos; e
- h) A qualidade dos controles de acesso voltados à proteção dos dados e das informações dos clientes da instituição.

Os serviços de computação em nuvem previstos na Resolução são os seguintes:

I - Processamento de dados, armazenamento de dados, infraestrutura de redes e outros recursos computacionais que permitam à instituição con-

tratante implantar ou executar softwares, incluindo sistemas operacionais e aplicativos desenvolvidos pela instituição ou adquiridos por ela;

II - Implantação ou execução de aplicativos desenvolvidos pela instituição contratante, ou adquiridos por ela, utilizando recursos computacionais do prestador de serviços; ou

****III - Execução, por meio da internet, de aplicativos implantados ou desenvolvidos pelo prestador de serviço, com a utilização de**

O Banco Central do Brasil poderá vetar ou impor restrições para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem quando constatar, a qualquer tempo, a inobservância do disposto nesta Resolução, bem como a limitação à atuação do Banco Central do Brasil, estabelecendo prazo para a adequação dos referidos serviços.

Passando pelo aspecto das resoluções, destaca-se, também, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dispondo que toda e qualquer informação que se relacione a uma pessoa identificada ou identificável é considerada um dado pessoal. Isso inclui informações de perfil comportamental, econômico, social e cadastros. Por outro lado, os dados anonimizados são aqueles que não permitem a identificação imediata ou posterior do titular. Exemplos incluem dados sobre o percentual de homens em uma carteira de clientes ou a média de financiamentos por faixa etária. Esses dados são meramente estatísticos e, uma vez anonimizados, não podem retornar ao estado anterior, portanto, não estão sujeitos às regras da LGPD.

A LGPD confere diversos direitos aos titulares dos dados, entre os quais se destaca a portabilidade. Esse direito é particularmente relevante no contexto do Open Finance, que visa a portabilidade de informações entre diferentes stakeholders do mercado financeiro.

Além da LGPD, outro importante marco regulatório é a Lei de Sigilo Bancário (Lei Complementar 105), que estabelece regras rigorosas para o dever de sigilo das organizações financeiras, tanto em operações passivas quanto ativas. Muitas das informações envolvidas nessas operações são dados pessoais, como:

- Nome
- Endereço
- CPF
- Saldo em conta corrente
- Histórico de movimentação financeira
- Contratação de produtos e serviços financeiros

A violação do sigilo estabelecido pela Lei Complementar 105 é punida com reclusão de um a quatro anos e multa, além de possíveis sanções civis e administrativas, incluindo indenizações. O dever de sigilo só pode ser quebrado em situações específicas previstas na lei, como a comunicação de ilícitos penais ou administrativos, terrorismo, tráfico de entorpecentes, e lavagem de dinheiro.

A Resolução 85 e a LGPD compartilham diversos aspectos em comum, como a proteção da confidencialidade. No entanto, o artigo 7º da Lei 13.709/2018 prevê situações excepcionais nas quais os dados podem ser tratados sem o consentimento do titular, aplicáveis principalmente à proteção do crédito, como indicado: “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: ... X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.”

Apesar de as instituições financeiras já adotarem políticas de segurança para armazenamento e coleta de dados antes da LGPD, é essencial que continuem observando práticas de boas condutas para não infringir a lei. A Lei de Sigilo Bancário também permite uma nova interpretação que facilita o funcionamento do sistema financeiro no país, tornando o acesso a novos produtos e serviços mais simples e acessível.

Portanto, é fundamental que as instituições financeiras atualizem frequentemente suas diretrizes de privacidade de dados para garantir a máxima segurança aos usuários. Além disso, existem padrões regulatórios específicos para instituições financeiras, baseados na natureza da atividade, como o dever de sigilo.

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como explorado no artigo da juíza Marília de Ávila, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ-DF), a atividade bancária é naturalmente de risco, envolvendo a possibilidade de causar danos a terceiros, o que justifica a aplicação da responsabilidade civil objetiva às instituições financeiras, conforme o risco da atividade exercida. Esse risco está relacionado ao conceito de fortuito interno, vinculado à própria atividade e seus riscos inerentes. Como afirmam Rosenvald, Chaves e Braga Neto, “quem usufrui, habitualmente, dos bônus de determinada atividade deve responder pelos riscos que ela causar, ainda que sem culpa”.

A teoria do risco da atividade aplicada aos bancos visa proteger as vítimas de danos decorrentes dos riscos inerentes à prática bancária. Portanto, os bancos não devem buscar apenas o lucro, mas também garantir a segurança de suas operações para proteger os bens dos consumidores. A falha no dever de segurança torna o produto defeituoso, nos termos do artigo 14, §1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

As excludentes de responsabilidade previstas no artigo 14, §3º do CDC, como o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro, só exoneram o banco se estiverem completamente dissociadas das condutas esperadas do banco. A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece a responsabilidade objetiva dos bancos por danos decorrentes de fortuito interno ou fraude nas operações bancárias, reforçando que os bancos devem garantir a segurança de seus produtos e serviços (artigo 8º do CDC).

Uma pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF) sobre “banco” e “fraude” nos três primeiros meses de 2022 encontrou 41 acórdãos sobre golpes bancários. Os golpes mais comuns incluem falsa central de atendimento, falso motoboy, roubo de senhas, falsos links e phishing, e falso boleto.

Dentre esses, apenas dois casos envolviam o “golpe do motoboy”. Nesse golpe, o fraudador se passa por funcionário do banco e convence a vítima a fornecer a senha e entregar o cartão a um falso motoboy, que usa os dados para realizar compras. Em um desses casos, o consumidor foi considerado negligente por fornecer voluntariamente os dados aos fraudadores. No outro, houve culpa concorrente do consumidor, que forneceu a senha do cartão, mas o banco foi responsabilizado por não identificar transações fora do padrão do cliente.

A pesquisa também identificou um caso de golpe do boleto adulterado, onde a responsabilidade do banco foi reconhecida. Foram encontrados 35 acórdãos sobre transações fraudulentas, sendo que, em quatro, o banco conseguiu afastar a caracterização do fortuito interno. Em dois desses casos, o TJ-DF entendeu que a guarda e sigilo da senha são responsabilidades do titular do cartão, isentando o banco de responsabilidade. Em outros casos, a falta de nexo de causalidade entre o prejuízo e a prestação do serviço bancário afastou a responsabilidade do banco.

O panorama mostra que o TJ-DF considera a responsabilidade civil dos bancos dependendo da cautela mínima esperada do consumidor. Apesar do arcabouço protetivo do CDC, ainda é exigido da vítima a comprovação de que agiu com cautela, subvertendo a lógica do diploma consumerista. O artigo 4º do CDC reconhece a vulnerabilidade do consumidor e impõe a obrigação de proteger o consumidor, especialmente no ambiente virtual, onde a hipervulnerabilidade é mais evidente.

4. CONCLUSÃO

Este artigo ilustra a crescente complexidade e a evolução das regulamentações de cibersegurança, sublinhando a necessidade imperiosa de estratégias abrangentes e de uma governança robusta para assegurar a integridade e a conti-

nuidade das operações bancárias. À medida que o ambiente cibernético se torna cada vez mais sofisticado e desafiador, é essencial que as instituições bancárias adotem práticas avançadas de cibersegurança para se protegerem contra ameaças emergentes e proteger os consumidores.

Em conclusão, as instituições bancárias devem não apenas garantir a segurança e a legitimidade de suas operações, mas também adotar medidas proativas para identificar e prevenir golpes e fraudes. A implementação de estratégias de cibersegurança eficazes e a constante atualização das políticas e procedimentos são cruciais para enfrentar os desafios dinâmicos do cenário cibernético e proteger os dados e interesses dos consumidores. A resiliência cibernética deve, portanto, ser uma prioridade contínua, com foco em antecipar e mitigar riscos, reforçar controles e promover uma cultura de segurança em toda a organização.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO DE ESSENCIALIDADE NA CÉDULA DE PRODUTO RURAL PARA OS BENS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA

MARCUS VINÍCIUS RAMON SOARES DE MELLO¹⁴⁰

STEPHANIE VICTORINO COLONHESE¹⁴¹

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.986/2020, conhecida como a “Lei do Agro”, conversão em Lei da “Medida Provisória do Agro” (MP n. 897/2019), trouxe mudanças substanciais para assuntos relevantes voltados ao agronegócio e o crédito na atividade rural. Dentre tais alterações, a de interesse para o escopo desse artigo foi o teor acrescentado na Lei n. 8.929/1994, especificamente no atual parágrafo primeiro do artigo 5º^{142/143}.

Tal dispositivo prevê a possibilidade de o emitente da Cédula de Produto Rural (doravante, apenas “CPR”), caso preste informações sobre a essencialidade para a atividade empresarial, de bens móveis e imóveis ofertados em garantia fiduciária, que o faça desde a emissão.

Inobstante a ausência de referência direta, ao que parece, para alguns entendimentos¹⁴⁴, tal prestação de informação encontra conexão com a Lei n. 11.101/2005

140 Mestre em Direito Comercial, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em São Paulo, nas áreas de recuperação judicial, contencioso cível estratégico, direito bancário e agronegócio.

141 Pós-graduanda em Direito Empresarial, pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada em São Paulo, na área de reestruturação e insolvência.

142 Artigo 5º. A CPR admite a constituição de quaisquer dos tipos de garantia previstos na legislação, devendo ser observado o disposto nas normas que as disciplinam, salvo na hipótese de conflito, quando prevalecerá esta Lei.

Parágrafo primeiro. A informação eventualmente prestada pelo emitente sobre a essencialidade dos bens móveis e imóveis dados em garantia fiduciária a sua atividade empresarial deverá constar na cédula a partir do momento de sua emissão.

143 O dispositivo passou a constar no parágrafo primeiro do artigo 5º após a reforma promovida pela Medida Provisória 1.104/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.421/2022, pois anteriormente constava no parágrafo único.

144 A título de exemplo, vide trecho de texto de Alexi Bonamin e Liv Machado, no qual os autores mencionam os dispositivos de forma subsequente, de maneira que, com isso, ao menos aparentam estabelecer relação entre os dispositivos: “A Lei nº 13.986/2020 também é inovadora ao prever que eventual informação prestada pelo emitente da CPR sobre a essencialidade dos bens móveis e imóveis dados em garantia fiduciária deverá constar na cédula a partir do momento de sua emissão. A LRF prevê que durante o prazo de suspensão de execuções e ações contra o devedor de 180 (cento e oitenta) dias, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial é vedada, ainda que se trate de garantia fiduciária, que não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial.” (BONAMIN, Alexei; MACHADO, Liv. Lei do Agro: impactos na recuperação judicial. Estadão, 08 mai. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-do-agro-impactos-na-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 17 ago. 2020.).

– que, como é de conhecimento, versa sobre recuperações judiciais, extrajudiciais e falências –, em razão da previsão de proteção dos bens de capital essenciais.

Nesse diapasão, avaliando o dispositivo da Lei n. 8.929/1994 e valendo-se de entendimentos existentes acerca da proteção aos bens essenciais para a atividade empresarial de recuperandas, o presente estudo buscará compreender em que medida a prévia e eventual prestação de informações pelo emitente da CPR sobre a essencialidade de bens ofertados em garantia fiduciária, efetivamente encontra pertinência e possibilidade de aplicação, caso o emitente pleiteie recuperação judicial no futuro.

Há quem diga que a CPR é o título mais utilizado no agronegócio brasileiro¹⁴⁵. Se tal asserção encontra respaldo, o estudo adiante proposto é salutar.

1. A LEI N. 8.929/1994 E O DISPOSITIVO QUE TRATA DA ESSENCIALIDADE DE BENS

A Lei n. 8.929/1994 instituiu a CPR. Marcelo Franchi Winter, na legenda de um fluxo ilustrativo, elucidou de forma precisa a estrutura geral “da maior parte das operações envolvendo CPR no setor produtivo”, como o próprio autor pondera:

1. O produtor emite CPR Física ou Financeira em favor do adquirente se comprometendo a entregar determinada quantidade de produto ou a pagar determinado montante em dinheiro, em certas condições e prazos; 2. O adquirente, em contrapartida da emissão da CPR, paga certo valor ou entrega insumos ao produtor; e 3. O produtor, na data de vencimento fixada na CPR, entrega o produto prometido ou paga o valor devido ao adquirente.^{146/147}

Compreendida a estrutura da CPR – majoritariamente –, é necessário trazer as atenções para o fato de que a Lei n. 13.986/2020 incluiu o parágrafo único do artigo 5º, na Lei n. 8.929/1994 (posteriormente modificado para parágrafo primeiro), entre outros dispositivos em leis do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme ventilado alhures, o dispositivo ora em estudo, na ordem de ideias dispostas no parágrafo primeiro do artigo 5º, prevê que se o emitente for prestar informações acerca da essencialidade do bem ofertado em garantia fiduciária para a atividade empresarial – ainda que não especifique se é a garantia fiduciária vinculada à CPR, é o que faz mais sentido interpretar; qualquer enten-

145 Para tanto, vide Marcus Reis, em que pese ter transcorrido alguns anos desde a publicação do referido autor: “A CPR é hoje, sem sombra de dúvidas, o título de crédito mais utilizado no financiamento do agronegócio brasileiro.” (REIS, Marcus. Manual Jurídico da CPR: teoria e prática da Cédula de Produto Rural. Belo Horizonte: Fórum, 2017, livro digital, p. 80).

146 WINTER, Marcelo Franchi. Cédula de produto rural e teoria da imprevisão. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 57/2012, p. 171-198, jul./set. 2012. [Acesso via plataforma: Revista dos Tribunais Online].

147 Winter igualmente reconhece e menciona a CPR de exportação. No entanto, para fins introdutórios, tratar da CPR Física e Financeira é suficiente.

dimento que destoe desse, quanto ao aludido ponto, é teratológico –, para que o faça desde a emissão da CPR.

No bojo da Lei que versa sobre a CPR não é localizado outro dispositivo que justifique tal prestação de informações, a ponto de encontrar aplicabilidade para fins delimitados no âmbito desse diploma. A norma apenas destaca que se o emitente for prestar informações da essencialidade do bem em garantia fiduciária, para que o faça desde a emissão da CPR.

Em contraponto, é possível verificar manifestações em que se interpreta que o aludido dispositivo teria relação com o artigo 49, parágrafo 3º, da Lei n. 11.101/2005 – embora nada conste expressamente nesse sentido.

Por tal razão, tendo em vista que há tal corrente, o capítulo a seguir buscará compreender se há, realmente, como estabelecer relação dessa nova prerrogativa legal do emitente da CPR, por assim dizer, com a Lei n. 11.101/2005 e o respectivo alcance, com base em algumas diretrizes já bem delineadas no Direito da Insolvência.

2. A PROBLEMÁTICA DA ESSENCIALIDADE NA LEI N. 11.101/2005 E A TENTATIVA DE RELAÇÃO COM A LEI N. 8.929/1994

2.1. BREVES NOTAS E CONTEXTUALIZAÇÃO

Diante das considerações acima, à frente dois enfoques principais serão objetos de análise: *(i)* a ausência de especificação no dispositivo em estudo da Lei n. 8.929/1994 estabelecendo relação direta com a Lei n. 11.101/2005, *(ii)* a competência exclusiva do juízo recuperacional para a análise e declaração de essencialidade de bens.

Possivelmente, o tópico da essencialidade de bens é um dos assuntos mais polêmicos no âmbito da Lei n. 11.101/2005. O dispositivo mais relevante que trata da problemática na legislação recuperacional é a parte final do parágrafo 3º, do artigo 49¹⁴⁸.

A importância do referido dispositivo da Lei n. 11.101/2005 é compreendida quando assimilada a estrutura: os créditos lá dispostos não estão sujeitos ao processo recuperacional, razão pela qual é permitida a execução pelos respectivos credores nos moldes previstos, se necessário, ainda que durante o prazo de *stay*

148 Artigo 49, parágrafo 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 irretroatividade, 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.

period. A exceção está na parte final do parágrafo 3º, do artigo 49, no qual consta previsão de impossibilidade de venda e retirada se o bem vinculado ao referido crédito for reconhecido como bem de capital essencial para a atividade empresarial. Nessa situação, em regra e sem prejuízo do conhecimento de interpretações diversas, a venda e retirada do bem apenas será permitida após o término do *stay period* – partindo somente da interpretação literal.

Ao menos para o presente estudo, o alcance da expressão “bens de capital essenciais” não será examinado em demasia, pois parece não ser crucial para o debate aqui proposto. No entanto, vale deixar consignado que há uma polêmica em torno do alcance do termo¹⁴⁹ e, inclusive, certo movimento de superação da interpretação literal¹⁵⁰. À vista disso, o presente texto opta por adotar o termo “bens essenciais”, tão somente, sem implicar concordância ou discordância com quaisquer das correntes.

Nessa hipótese, em suma, se o bem for reconhecido como essencial para atividade empresarial, a recuperanda poderá valer-se dele por determinado período, no intuito de dar continuidade no funcionamento; se o bem não for reconhecido como essencial para a atividade empresarial, o respectivo credor não sujeito, em caso de inadimplemento do devedor, poderá adotar as medidas cabíveis de imediato. Logo, de 2005 para cá, diversos debates em torno do dispositivo surgiram, na tentativa de credores ou devedores se resguardarem.

Por fim, diante do novo dispositivo da Lei de CPR, a relação entre credor e o emitente da CPR que pretenda prestar informação de essencialidade de bens em garantia fiduciária, provavelmente, poderá incorrer em entraves, seja para emitir a Cédula, seja em caso de cenário de eventual recuperação judicial em que a temática venha à tona. Este artigo, igualmente, se propôs a suscitar, ainda que de forma perfunctória, quais tendem a ser esses entraves, sem qualquer pretensão de solucioná-los.

Passa-se, então, a analisar os enfoques propostos.

149 No intuito de lastrear tal ressalva, ao menos em parte, cumpre valer das palavras de José Afonso Leirião Filho e Carlos Galuban Neto: “A controvérsia neste ponto reside justamente no fato de que a Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer definição do que seriam os chamados bens de capital essenciais, o que tem feito surgir diferentes interpretações do Poder Judiciário sobre o tema [...]” (LEIRIÃO FILHO, José Afonso; GALUBAN NETO, Carlos. A essencialidade do bem de capital na recuperação judicial: uma visão crítica da jurisprudência brasileira e caminhos possíveis. Revista Brasileira de Direito do Agronegócio. São Paulo: Editora Thoth, v. 2, p. 191-203, jul./dez. 2019, p. 191-192).

150 Para tanto, vide a explanação de Ivo Waisberg: “A jurisprudência também já caminhou para a determinação de que a proteção ao ativo essencial atinge todo e qualquer tipo de ativo, não somente bens de capital, como consta na literalidade do artigo 49 da LRE. A menção a bens de capital, presente no artigo 49 já foi há muito ultrapassada, sendo certo que qualquer bem essencial poderá ser protegido [...]” (WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bichalho de Alvarenga (coord.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 431-446, p. 439).

2.2. A AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO NA LEI DE CPR ESTABELECENDO RELAÇÃO DIRETA COM A LEI N. 11.101/2005

Iniciando pelo primeiro item, depreende-se que foi difundida a análise de que tal prestação de informações de essencialidade para atividade empresarial encontraria proximidade com a parte final do parágrafo 3º, do artigo 49, na Lei n. 11.101/2005. Entretanto, essa não é uma interpretação literal do parágrafo primeiro do artigo 5º, da Lei n. 8.929/1994. Se o intuito real foi estabelecer tal relação, a técnica de redação legislativa parece ter pecado pela falta de detalhamento, eis que o parágrafo 3º, do artigo 49 não é mencionado, tampouco as recuperações judiciais.

Segundo se extrai da análise de José Afonso Leirião Filho e Carlos Galuban Neto¹⁵¹, no Projeto de Lei de Conversão n. 30/2019, a redação pretendida para incluir na Lei de CPR era mais específica¹⁵². Isso seria possível depreender com base na disposição das previsões, as quais, em suma, eram de que *(i)* os créditos oriundos da CPR não seriam sujeitos aos processos recuperacional e *(ii)* os produtos rurais objeto da CPR ou vinculados em garantia não seriam considerados bens de capital essenciais. Todavia, fato é que esta redação não foi a efetivamente adotada pela Lei, conforme já exposto.

Em linha com o que foi supramencionado, “bens de capital” sequer foi um termo adotado pela Lei n. 8.929/1994, o que dificulta sobremaneira a tentativa de relacionar o dispositivo com a Lei n. 11.101/2005. A aludida Lei que trata da CPR limitou-se a mencionar a “[...] informação eventualmente prestada pelo emitente sobre a essencialidade dos bens móveis e imóveis dados em garantia fiduciária a sua atividade empresarial [...]”. O intuito em relacionar os dispositivos busca encontrar fundamento no trecho que menciona a essencialidade para a atividade empresarial, ao que tudo indica.

Vale repisar: se o intuito do legislador era de que o emitente pudesse eventualmente prestar informação de essencialidade para atividade empresarial de bens ofertados em garantia fiduciária, para o caso de futuro pedido de recupera-

151 LEIRIÃO FILHO, José Afonso; GALUBAN NETO, Carlos. A CPR e a recuperação judicial – anotações sobre as alterações das Leis 13.986/2020 e 14.112/2020. In: BURANELLO, Renato (coord.). Financiamento do agronegócio. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]

152 Art. 18 (...) § 1º Os créditos e bens vinculados à CPR não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial e da falência, subsistindo ao credor da cédula o direito à restituição dos bens que se encontrarem em poder do emitente ou de qualquer terceiro. § 2º Em nenhuma hipótese os produtos rurais objeto da CPR ou vinculados em garantia serão considerados bens de capital essenciais à atividade empresarial do emitente ou qualquer terceiro garantidor, estando ao alcance de ações judiciais e demais medidas de excussão de garantia a qualquer tempo, mesmo no caso de o emitente encontrar-se em recuperação judicial ou falência.

ção judicial, tal caráter não resta claro no dispositivo¹⁵³. Aliás, nota-se que houve tal oportunidade no Projeto de Lei e optaram por redação diversa.

Ainda assim, mesmo que a semelhança dos termos venha a ser considerada suficiente para estabelecer uma relação entre os dispositivos das Leis em estudo ou, então, que tal relação foi o verdadeiro intuito do legislador – e são desses pressupostos para fins de argumentação que o presente artigo dá sequência –, o segundo item de enfoque para análise, susodito no início desse capítulo, demanda recorrer aos ensinamentos no âmbito do Direito da Insolvência.

2.3. A COMPETÊNCIA DO JUÍZO RECUPERACIONAL PARA A ANÁLISE E DECLARAÇÃO DE ESSENCIALIDADE DE BENS: POSSÍVEIS ENTRAVES ENTRE O EMITENTE E O CREDOR DA CPR

Brevemente a CPR será deixada de lado neste artigo e volta-se o enfoque para a recuperação judicial, tão somente. A definição do que é “essencial” no âmbito de proteção dos bens essenciais nas recuperações judiciais, pode levar a um estudo extenso e complexo. Não há sequer uma definição específica; os próprios autores e autoras do ramo ainda apresentam abordagens razoavelmente divergentes, apesar de, por vezes, apresentarem núcleos comuns. No presente estudo, foram eleitas algumas das compreensões aparentemente mais difundidas¹⁵⁴.

De pronto, é necessário compreender que não há na legislação recuperacional a definição do que é essencial para os fins em questão. Segundo Ivo Waisberg: “[...] o legislador não definiu o que é essencialidade, pois este suporte fático é peculiar ao caso concreto e assim deve ser tratado.”^{155/156}.

Em trecho de determinado parecer – e, portanto, é necessário compreender que devem ser respeitadas eventuais ressalvas do caso concreto examinado pelo parecerista –, Fábio Ulhoa Coelho resgatou o entendimento acerca do que é “essencial” e procurou relacioná-lo com a manutenção da atividade empresarial:

No plano conceitual, essenciais são os bens necessários para a sociedade devedora manter a atividade econômica que explora, condição mínima para poder superar a crise que dificulta sua sobrevivência, por meio da novação alcançada no contrato judicial que fará com seus credores sujeitos aos efeitos da recuperação. O cerne da questão consiste em decidir se a titularidade e posse de certo bem é condição para a devedora manter a sua atividade empresarial. Sem a preservação da empresa (continuidade do negócio), fere-se mortalmente o objetivo da recuperação

153 Nesse sentido, Claudinei Antonio Poletti, por exemplo, já se manifestou: “Não é razoável que uma lei interfira noutra de modo tão evidente sem que o faça de forma clara.” (POLETTI, Claudinei Antonio. Nova Cédula de Produto Rural. As mudanças introduzidas pela Lei do Agro e pela Lei 14.112/20 – Uma visão crítica. Campo Grande: Contemplar, 2022, p. 121-122)

154 Estudo acerca da essencialidade consta na dissertação de Mestrado do autor do presente artigo (SOARES DE MELLO, Marcus Vinícius Ramon. Bens em estoque: uma análise voltada à essencialidade no contexto da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2022.)

155 WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bichalho de Alvarenga (coord.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 431-446, p. 443

156 Waisberg apresenta extensa explicação sobre a proteção aos “ativos essenciais”, explicação esta que este artigo não adentrará.

judicial; para que esta se viabilize, é necessário não privar o empresário devedor dos recursos empresariais que se mostram indispensáveis.¹⁵⁷

Em regra, a recuperanda pleiteará a declaração de essencialidade de determinado bem, alegando ser essencial para a atividade empresarial – a despeito de não ser impossível cogitar o cenário em que algum credor, não necessariamente vinculado ao bem, mas interessado na continuidade da atividade empresarial, apresente tal pleito. No mais, é razoavelmente pacífico que cabe à recuperanda comprovar o caráter essencial¹⁵⁸.

Além disso, se a seriedade imperar, demandar-se-ão nos autos a elaboração de relatórios, confecção de estudos, acompanhamento pelo Administrador Judicial, disponibilizados nos autos da recuperação judicial^{159/160} de modo a permitir a insurgência de eventuais interessados e exame do juízo recuperacional. Somente então, se for o caso, haverá a declaração de vedação de venda e retirada em razão da essencialidade do ativo.

Logo – e aqui, o olhar sob o prisma da CPR deve retornar –, antes dos trâmites supra, não parece correto atribuir a declaração de essencialidade, para os fins de vedação de venda e retirada, mesmo que o emitente da CPR já tenha prestado informações nesse sentido previamente com fulcro no parágrafo primeiro do artigo 5º, da Lei n. 8.929/1994. Até porque, além de não ser uma clara previsão legal nesse sentido, fato é que um bem que é essencial em determinado período,

157 COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer. 11 jul. 2019. In: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2145603-12.2019.8.26.000 na Recuperação Judicial n. 1057756-77.2019.8.26.0100. Protocolo: 16 jul. 2019, p 18; p. 25.

158 Vale mencionar o Enunciado 99 da III Jornada de Direito Comercial: “Para fins de aplicação da parte final do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, é do devedor o ônus da prova da essencialidade do bem.”

159 Apenas a título de exemplo, vide explanação acerca da aferição da essencialidade, nas palavras de Giovana Harue Jojima Tavararo: “Porém, conforme dito anteriormente, a verificação da essencialidade deve ser feita caso a caso. E tal só é possível a partir do momento em que a recuperanda traz aos autos a relação de bens, indicando quais são essenciais à sua atividade, comprovando o local onde se encontram e de que forma vêm sendo utilizados na atividade produtiva. Após a apresentação de tal relação, deve o administrador judicial apresentar parecer fundamentado sobre a essencialidade e, sendo necessário, fazer visita in loco para averiguar a situação do bem.” (TAVARNARO, Giovana Harue Jojima. A questão da essencialidade dos bens dados em garantia de alienação fiduciária nos contratos celebrados com empresas em regime de recuperação judicial. Migalhas, 9 fev. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/253535/a-questao-da-essencialidade-dos-bens-dados-em-garantia-de-alienacao-fiduciaria-nos-contratos-celebrados-com-empresas-em-regime-de-recuperacao-judicial>. Acesso em: 18 ago. 2020).

160 Ivo Waisberg, em artigo voltado para a proteção aos ativos essenciais, explana o processo para identificação da essencialidade, incluindo o que se espera do administrador judicial. A dinâmica parece aplicável para todas as recuperações judiciais, independentemente do ativo, e, por isso, é transcrita: “Entendemos que o processo de identificação deve ser pautado nos seguintes pontos: a) o ônus da prova da essencialidade é da recuperanda; b) o Juiz deve ter o apoio do administrador judicial, que acompanha mais de perto a recuperação judicial, para aferir por meio de laudo/declaração a essencialidade do ativo; e podem ser produzidos laudos técnicos e outros documentos e estudos para justificar a essencialidade, sendo necessário dar tempo à recuperanda ou demais interessados para isso, protegendo cautelarmente o ativo durante este período.” (WAISBERG, 2016, p. 444-445).

por exemplo, pode não ser após determinado intervalo de tempo^{161/162}. O oposto também pode ser verdade.

E não é só. O magistrado ou a magistrada do processo de recuperação judicial são os processualmente competentes para declarar se o bem é ou não essencial^{163/164/165/166}.

Adicionalmente, valendo das palavras de Marcelo Barbosa Sacramone, será de competência do mesmo juízo avaliar se o bem é bem de capital¹⁶⁷. Consoante supracitado, há uma certa discussão se os bens de capital são os únicos a serem abarcados pela vedação de venda e retirada ou se a proteção alcança outros bens. Isso apenas reforça que mesmo que o emitente da CPR preste informações acerca da essencialidade dos bens em garantia, além dos demais argumentos elucidados, tal prestação de informações pode ser – ainda mais – inócua, ao entender de determinados magistrados, se considerada a restrição da letra da Lei n. 11.101/2005, caso o bem ofertado em garantia fiduciária à CPR não seja um bem de capital.

Tal observação é ainda mais relevante no âmbito da CPR quando se constata, por exemplo, o julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os produtos agrícolas não são bens de capital¹⁶⁸.

161 Em toada próxima, Marcos Hokumura Reis e Sidney P. de Souza Júnior suscitaram a questão de alegação (REIS, Marcos Hokumura; SOUZA JUNIOR, Sidney P. de. Patrimônio em afetação no agronegócio. Valor Econômico, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/08/10/patrimonio-em-afetacao-no-agronegocio.gh.html>. Acesso em: 31 ago. 2020).

162 Anglizey Solivan de Oliveira e Pedro Ivo Lins Moreira ao tratarem da previsão de essencialidade quando da emissão da CPR, abordaram que: [...] é preciso reconhecer que essa é uma característica mutável e que depende das circunstâncias do caso concreto no momento em que será aquilatada. Embora a ausência de menção à essencialidade na cartula sirva como elemento de prova, ela não impedirá que o Poder Judiciário possa reconhecer o bem de capital como essencial, baseado em outros elementos (OLIVEIRA, Anglizey Solivan de; MOREIRA, Pedro Ivo Lins. A relação entre Cédula de Produto Rural e Recuperação Judicial. In: BALBINO, Otávio de Paoli; BALBINO, Márcia de Paoli (org.). Lei de Falências e Recuperações Judiciais: Estudos sobre as alterações da Lei 11.101/05. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 231-255, p. 237)

163 Nesse sentido, já se manifestou Fábio Ulhoa Coelho, expressamente fazendo menção aos “bens de capital”: “O juízo competente para analisar e decidir sobre a essencialidade de bens de capital é, sem dúvida, o recuperacional.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer. 11 jul. 2019. In: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2145603-12.2019.8.26.000 na Recuperação Judicial n. 1057756-77.2019.8.26.0100. Protocolo: 16 jul. 2019, p. 31).

164 A afirmação de Giovana Harue Jojima Tavararo auxilia a demonstrar que a competência para a declaração de essencialidade é pacífica: “Conforme entendimento pacificado da doutrina e jurisprudência, cabe ao juízo da recuperação judicial apreciar a possível essencialidade dos bens para a atividade empresarial da recuperanda.” (TAVARNARO, Giovana Harue Jojima. A questão da essencialidade dos bens dados em garantia de alienação fiduciária nos contratos celebrados com empresas em regime de recuperação judicial. Migalhas, 9 fev. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/253535/a-questao-da-essencialidade-dos-bens-dados-em-garantia-de-alienacao-fiduciaria-nos-contratos-celebrados-com-empresas-em-regime-de-recuperacao-judicial>. Acesso em: 18 ago. 2020).

165 Ivo Waisberg defende: “Não pode restar qualquer dúvida no tocante à competência original do juízo recuperacional para decidir sobre os bens da empresa em recuperação judicial, o que inclui a análise da essencialidade e a modulação dos interesses dos credores não sujeitos.” (WAISBERG, 2016, p. 436).

166 As três citações anteriores, vale salientar, não abordavam a alteração da Lei de CPR, até mesmo por questão cronológica. Por conseguinte, a competência do magistrado para a declaração de essencialidade não foi contraposta pelos autores com o parágrafo primeiro do artigo 5º, da Lei n. 8.929/1994.

167 Sobre a aludida dinâmica e competência, esclarece Marcelo Barbosa Sacramone: “Ainda que as ações que visem à retomada do bem não sejam suspensas, portanto, restringe-se a apreensão se o bem for essencial à manutenção da atividade e for bem de capital. O juízo da recuperação judicial deverá ser oficiado para que informe se o bem de capital é ou não essencial à manutenção da atividade e de modo a autorizar ou não sua apreensão na execução individual durante o stay period.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 211).

168 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1991989. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Data de Julgamento: 03/05/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2022.

Além disso, é bem verdade que, dada a suposta ciência, o credor que tiver relação com o emitente na CPR em específico, na qual conste a prestação de informações, ao tentar impugnar a essencialidade do bem em cenário de recuperação judicial, nesses casos, poderá enfrentar percalços, salvo se comprovado que não há – ou nunca houve – imprescindibilidade do bem para a atividade empresarial.

Ademais, admitindo apenas para fins argumentativos que a Lei da CPR está relacionada com Lei n. 11.101/2005, não há como deixar de considerar a possibilidade de o emitente, eventualmente, já cogitando cenário de recuperação judicial ou visando se precaver em excesso, pretenda atribuir a qualidade de essencial para todo e qualquer bem ofertado em garantia fiduciária vinculada à CPR, ainda que não o seja para sua atividade – o que não pode ser admitido, principalmente, se vier a ser concebido o entendimento que a declaração do emitente exerce qualquer influência substancial em eventual cenário de recuperação judicial. A propósito, nota-se a existência de opinião para, nos termos do artigo 17 da Lei n. 8.929/1994, enquadrar em crime de estelionato o emitente que assim proceder, conquanto não haja referência direta no artigo nessa acepção^{169/170}.

Na mesma toada e pelas equivalentes razões de necessidade de estudos, acompanhamento pelo administrador judicial, a serem analisados pelo juízo recuperacional para posterior declaração, fato é que a interpretação em sentido inverso igualmente não encontra respaldo, ou seja, se o emitente da CPR não prestar informações sobre a essencialidade de bens móveis e imóveis ofertados em garantia fiduciária vinculada à CPR, de maneira que conste na cédula desde a emissão, não necessariamente não será essencial – em que pese a ciência de existência de entendimento diverso. Não se trata de se perfilar à tese ou não, mas sim de compreender o instituto da recuperação judicial com ponderação, com base no que é razoável no âmbito do direito recuperacional.

Analisando manifestações sobre o tema, é localizado o posicionamento para que o credor exija declaração de que o bem não é essencial, no intuito de se

169 Art. 17. Pratica crime de estelionato aquele que fizer declarações falsas ou inexatas acerca de sua natureza jurídica ou qualificação, bem como dos bens oferecidos em garantia da CPR, inclusive omitir declaração de já estarem eles sujeitos a outros ônus ou responsabilidade de qualquer espécie, até mesmo de natureza fiscal.

170 De acordo com Marcus Reis, ao analisar o aludido dispositivo – antes da reforma pela Lei n. 13.986/2020 –, é necessária a observância de aferição da vantagem ilícita para que o crime se consuma: “O crime somente se consuma com a efetiva obtenção da vantagem ilícita. Difícil, pois, a configuração de estelionato pelo simples fato de se afixarem declarações falsas ou inexatas na cártula. Cabe ao credor, maior interessado em resguardar seu crédito, tomar toda a precaução necessária em seus negócios, verificando e pesquisando todo o possível sobre o devedor e as garantias que este pretende trazer ao negócio antes de firmar a cédula e a transação em si.” (REIS, Marcus. Manual Jurídico da CPR: teoria e prática da Cédula de Produto Rural. Belo Horizonte: Fórum, 2017, livro digital, p. 131). Contudo, na opinião dos autores deste artigo, não cabe imputar ao credor o ônus de toda a verificação, pois além de determinadas informações não serem compartilhadas, o emitente pode não se comportar com a boa-fé costumeira, inclusive, na apresentação de documentos que auxiliam o credor nas análises.

resguardar para o caso de futuro pedido de recuperação judicial¹⁷¹. No entanto, além de toda a celeuma discurrida nesse artigo, é difícil precisar se a Lei de CPR abriu margem para tanto, embora não haja vedação. O texto de Lei menciona a eventual prestação de informação de essencialidade, parecendo que em caso negativo, o silêncio bastaria. Em contraponto, não se olvida que o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei em questão aparenta permitir outras cláusulas¹⁷².

Seja como for, em um breve parêntese, trazendo novamente à baila o artigo 17 da Lei de CPR, vale cogitar se tal dispositivo encontraria razão de aplicabilidade, por exemplo, se tal ausência de prestação de informação de essencialidade, ou prestação em sentido negativo – se for admitida –, caso falaciosa e de pleno conhecimento do emitente, além dos demais prejuízos ao credor, ensejou em vantagem ilícita.

De mais a mais, o entendimento da atribuição do caráter de essencialidade em negócios *inter partes*, em alguma medida, foi exposto em certa oportunidade por Sheila Neder Cerezetti, em determinado trecho de parecer – e, portanto, é necessário compreender que devem ser respeitadas as nuances do caso concreto averiguado pela parecerista –, malgrado a aludida autora não ter examinado especificamente a questão da Lei da CPR para a situação consultada.

Na conjuntura específica, havia a diferença que a abordagem de Cerezetti partia do pressuposto da situação da formalização por escrito do reconhecimento por uma das partes contratantes de que o bem não era essencial. Sem qualquer pretensão de atribuir interpretação extensiva na manifestação da parecerista ou fazer transposições para o presente contexto, mas parece possível utilizar o cerne da fundamentação na situação aqui estudada.

171 Sem adentrar no mérito acerca da sugestão de cumulação proposta pelos autores, de constituição de patrimônio de afetação, alienação fiduciária de imóvel, lavoura e declaração de não essencialidade, fato é que Marcos Hokumura Reis e Sidney P. de Souza Junior, ao tratarem de patrimônio de afetação de afetação, é bem verdade, apresentaram as alegações em torno da problemática da prestação de informação de essencialidade, em que pese tenham se restringido aos bens imóveis: “Um último aspecto, diz respeito à possibilidade de o tomador declarar no título que o imóvel afetado não é essencial às suas atividades (desde que instituído como garantia fiduciária), buscando evitar futura sujeição da garantia a eventual pedido recuperacional do proprietário do imóvel (afastando a incidência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). O que, de um lado, melhora a posição do credor, mas, de outro, não exclui a possibilidade de haver essa discussão no âmbito de uma recuperação judicial. Isso porque, ainda que se argumente a proibição à conduta contraditória (vedação ao venire contra factum proprium) parece não haver obstáculo legal a que essa alegação, sob eventual argumento de alteração dessa condição de não essencialidade do bem, venha a ser apresentada no juízo recuperacional, o que traria a reboque, de forma indesejada, velhas e conhecidas discussões a respeito da natureza do crédito, competência, stay period etc, contrariando justamente aquilo que o legislador buscou evitar (conforme se observa na redação do art. 10, § 4º, I e II, da nova Lei). [...] Portanto, ao financiador mais atento e precavido poderá surgir a necessidade de solicitar ao tomador a constituição de patrimônio em afetação e, concomitantemente, a alienação fiduciária de imóvel afetado (caso se entenda viável essa cumulação) e também de lavoura (observando-se que se passou a permitir a constituição de alienação fiduciária sobre safra futura). Tudo isso acompanhado de declaração expressa do tomador quanto não essencialidade dos bens dados em garantia fiduciária.” (REIS, Marcos Hokumura; SOUZA JUNIOR, Sidney P. de. Patrimônio em afetação no agronegócio. Valor Econômico, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/08/10/patrimonio-em-afetacao-no-agronegocio.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020.).

172 Art. 3º, § 1º Sem caráter de requisito essencial, a CPR, emitida sob a forma cartular ou escritural, poderá conter outras cláusulas lançadas em seu contexto.

Do parecer, é possível extrair que tal declaração não seria suficiente para que a natureza do bem fosse fixada; há o livre convencimento do juízo. Segundo é possível interpretar do entender da parecerista, há mais interesses envolvidos do que a mera relação entre credor e recuperanda¹⁷³.

Por conseguinte, tendo em vista que há argumentos desfavoráveis tanto para a prestação de informação da essencialidade do bem, quanto para negativa dela, parece que o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Lei n. 8.929/1994, no máximo, serve para indicar boa-fé da devedora ao pleitear a proteção de determinados bens sob pretexto de essencialidade, futuramente, no intuito de evitar insurgências costumeiras em processos recuperacionais¹⁷⁴: “Ora, se tal bem era essencial, por qual razão foi ofertado em garantia? O devedor não reconhecia tal bem como essencial quando o ofereceu? Somente agora o devedor se deu conta da imprescindibilidade do bem para as atividades? Como o credor saberia que tal bem é essencial?”. “Se o emitente nada mencionou na emissão da CPR, por quais razões em sede de processo recuperacional alega que o bem é essencial?”. Se desde a emissão da CPR tal posicionamento do emitente estiver formalizado, talvez tal discussão reduza, ao menos – mas não impedirá de ocorrer, certamente.

No ensejo, apenas como elemento adicional, parece necessário que maiores discussões fossem fomentadas a respeito do que consistiria “prestar informação acerca da essencialidade”, conforme dinâmica prevista no dispositivo da Lei n. 8.929/1994, eis que o diploma não foi absolutamente claro.

Logo, não é preciso divagar demais para cogitar que simples dúvidas surjam, tais quais: Bastará o emitente meramente mencionar que o bem é essencial? Isso será comprovado em laudo particular contratado pelo emitente? Qual gênero de informações deve constar em eventual laudo (genéricas, contábeis, técnicas pertinentes do bem, avaliação do estado em que se encontra)? Por ser uma de-

173 “Note-se que nem mesmo a disposição da devedora em contratualmente afirmar que determinados bens não podem ser considerados essenciais serve para afastar o livre convencimento do juízo nesse sentido. A este cabe proteger a posição dos diversos interessados na superação da crise e não necessariamente secunda toda e qualquer atitude pretérita da devedora. [...] Justamente pelo fato de a classificação dos bens não ser algo que interessa apenas às partes então contraentes, tendo o condão de afetar a própria recuperação judicial e a viabilidade da empresa e ocasionar efeitos sobre os diversos interessados que ao redor dela gravitam, não serve a mera declaração passada pela devedora como fundamento para a compreensão da natureza jurídica dos referidos bens.” (CEREZETTI, Sheila Neder. Parecer. 10 jul. 2019. In: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2145603-12.2019.8.26.000 na Recuperação Judicial n. 1057756-77.2019.8.26.0100. Protocolo em: 16 jul. 2019, p. 27-28, nota de rodapé n. 37).

174 Sobre a boa-fé nessa situação, é necessário destacar ponderação já existente sobre o assunto: “Destacamos ainda, o prestígio que o texto final aprovado pelo Poder Legislativo deu ao princípio da boa-fé objetiva ao incluir o parágrafo único no artigo 5º, possibilitando ao emitente da CPR declarar previamente a essencialidade ou não para a continuidade de sua atividade dos bens dados em garantia. Tal declaração visa afastar situações contraditórias ocorridas no passado quando o emitente da CPR captava recursos financeiros com taxa de juros mais baixas em virtude da outorga de garantia fiduciária e, em ato posterior, quando do requerimento de Recuperação Judicial, pleiteava ao Juízo Recuperacional a suspensão da consolidação da propriedade fiduciária em virtude de tais bens serem essenciais a manutenção e recuperação de sua atividade empresarial.” (SANCIONADA lei federal n. 13.986/2020 que consagra significativos avanços para o agronegócio brasileiro. News Agronegócio – Velloza Advogados, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://velloza.com.br/blog/arquivos/news/news-agronegocio-no-580>. Acesso em: 08 set. 2020.)

claração do emitente (mesmo que lastreada em documento), será unilateral ou demandará espécie de anuência do credor?

Dando um passo à frente, as dúvidas sobre a prestação de informação acerca da essencialidade passam a alcançar a relação com o credor: Há alguma forma de o credor vinculado à CPR discordar dessa declaração, em específico, ou a única alternativa é não dar seguimento na referida CPR, caso discorde?¹⁷⁵ E como desdobramentos da indagação anterior: *(a)* se os credores optarem por não iniciar relações comerciais, visando não anuir com eventuais necessidades de concordância com as declarações, o novo dispositivo não corre risco de cair em desuso, em razão de potencial prejuízo aos próprios emitentes?; e ainda, *(b)* o seguimento da relação comercial pelo credor será interpretado como anuência acerca da declaração, mesmo que não conste anuência expressa? As dúvidas sobre anuência e concordância pairam em razão de, nos termos do artigo 3º da Lei de CPR, não constar como requisito a assinatura do credor, mas somente do emitente e garantidores.

Não há a intenção de responder as perguntas dos quatro parágrafos anteriores desse artigo, mas sim, fomentar a reflexão e demonstrar que a problemática do caso envolve diversas nuances. Não parece razoável o novo dispositivo ser considerado como “protetor absoluto” para nenhuma das partes envolvidas.

De forma alguma se pretende dar a entender que a conclusão desse estudo caminha para a possibilidade de o bem ser reconhecido como essencial no âmbito das recuperações judiciais com base na prestação de informações do emitente da CPR. Na verdade, é o oposto. Conforme é possível denotar do que foi exposto alhures e da simulação das dúvidas acima, por mais que algumas possam parecer exageradas, não são; resta evidente a impossibilidade de o bem ser reconhecido previamente como essencial para os fins de vedação de venda e retirada em eventual recuperação judicial, com base na mera prestação de informações do emitente, exclusivamente.

A importância da pacificação sobre o tema – que é consideravelmente recente, mas já desperta teses – é notória; a realização de negócios demanda segurança jurídica e na seara rural não é diferente. Para tanto, vale ler trecho das lições

175 Segundo é possível interpretar, no que tange à questão da relação do credor da CPR e a declaração de essencialidade pelo emitente da CPR, há quem entenda que a resposta está na autonomia da vontade e no trato comercial: “Na esteira da autonomia da vontade, caso o credor pretenda a não sujeição dos créditos e bens aos efeitos da RJ, cabe a ele exigir a garantia fiduciária e rejeitar a declaração de essencialidade, permitindo-lhe, assim, conceder ao produtor a propaganda contrapartida no tocante à acessibilidade do crédito e modicidade de juros. Sem embargo, caso o produtor emitente queira se proteger dessa circunstância, poderá declinar a contratação ou ofertar outra espécie de garantia, ou mesmo exigir que conste da cédula a declaração de essencialidade dos bens.” (WAIHRICH, Bernardo Vianna. MP do Agro vira lei e traz esperança para o crédito agrícola. Agrolink, 09 abr. 2020. Disponível em: https://www.agrolink.com.br/colunistas/coluna/mp-do-agro-vira-lei-e-traz-esperanca-para-o-credito-agricola_432309.html. Acesso em: 30 ago. 2020).

de Renato Buranello, que pode auxiliar a compreender o que se expõe no que concerne a este ponto:

Crédito e tutela do credor são noções que, do ponto de vista ativo, se contrapõem a débito e responsabilidade. Toda relação jurídica tem como um de seus elementos essenciais a garantia, a qual consiste nos meios coercitivos estabelecidos pelo Poder Estatal para assegurar a efetiva realização do direito. O ambiente institucional marcado pela previsibilidade das decisões judiciais é uma das condições para a atração de investimentos e realizações de negócios [...] Essa equação de segurança jurídica e efetividade, culminando na busca célere pelo adimplemento e na preservação de garantidas, são fundamentais ao desenvolvimento econômico.¹⁷⁶

Seja como for, ao que tudo indica, se não houver previsão legal expressamente contrária ao que aqui foi exposto, as ideias ora abordadas devem prevalecer¹⁷⁷.

Por fim, vale dizer que, em que pese não ter sido localizada quantidade relevante de acórdãos para fins de estudo jurisprudencial, em recentes julgados de São Paulo¹⁷⁸, a declaração de não essencialidade do bem na emissão da CPR foi utilizada como um dos elementos para justificar a impossibilidade de reconhecimento do referido bem como essencial no âmbito de recuperação judicial posteriormente ajuizada.

CONCLUSÃO

Na conclusão do presente estudo, é de bom alvitre constar a ressalva que a Lei n. 13.986/2020 – conversão em Lei da MP n. 897/2019, repete-se –, trouxe mudanças relevantes e importantes ao agronegócio.

176 BURANELLO, Renato. Manual do Direito do Agronegócio. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018., p. 165

177 Ainda que com a previsão de não sujeição da CPR física ao processo recuperacional – sem mencionar a garantia, inclusive –, não significa que os bens essenciais terão a venda e retirada permitida. Primeiro, porque para os casos de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, em geral, o artigo 49, parágrafo 3 da Lei n. 11.101/2005 já apresenta vedação, sem distinguir o negócio. Sobre a CPR, especificamente, mesmo antes da reforma da Lei n. 8.929/1994 e sem considerar eventual reforma da Lei n. 11.101/2005, Renato Buranello já havia manifestado posicionamento: “[...] os créditos decorrentes de CPR que contenha garantia de cessão ou alienação fiduciária ficam excluídos dos efeitos da recuperação judicial, seguindo seu curso normal até a integral satisfação da dívida, quando se dará o cancelamento da propriedade fiduciária. Caso a empresa torne-se inadimplente, o credor poderá promover os procedimentos previstos na legislação pertinente para realização da garantia fiduciária, não sendo necessário respeitar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no §3º do art. 49 da LRE, se os bens objeto da garantia fiduciária não se tratarem de bens de capital essenciais à atividade do devedor.” (BURANELLO, 2018, p. 177). Segundo, porque em que pese somente o artigo 49, parágrafo 3º da Lei n. 11.101/2005 prever tal vedação de venda e retirada, fato é que se nota entendimento voltado para a abrangência do dispositivo para todo e qualquer credor não sujeito – ainda que se discorde. A título de exemplo, vide trecho de André Barbosa Guanaes Simões: “Estende-se a mesma proibição de retirada de bens essenciais do estabelecimento do devedor a todos os casos em que o crédito, por qualquer motivo que seja, não esteja arrolado entre aqueles que se sujeitam à recuperação judicial.” (SIMÕES, André Barbosa Guanaes. Os bens essenciais à atividade empresarial na recuperação judicial. In: GOMES, Camila Aboud et al. (coord.). Recuperação judicial, falência e administração judicial. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 13-39., p. 24-25).

178 Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial para entrega de coisa incerta com suporte em Cédula de Produto Rural (CPR). Decisão que indeferiu tutela de urgência, requerida para sequestro liminar de sacas de soja objeto de penhor cédular. Inconformismo da exequente. Ajuizamento de pedido de recuperação judicial pelos executados que, realmente, não serve de óbice à continuidade da execução, já que os bens cuja entrega se busca não se sujeitam aos efeitos da demanda recuperacional. Aplicação do disposto no art. 11 da Lei nº 8.929/94, bem como do art. 49, § 3º, e 50, § 1º, da Lei nº 11.101/05. Não caracterização dos grãos como bens de capital que se extrai de informação de sua não essencialidade contida na própria CPR. (...) (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2028216-97.2024.8.26.0000. Rel. Des. Maria de Lourdes Lopez Gil, j. 12/04/2024, grifo nosso) Em sentido semelhante: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2162572-29.2024.8.26.0000. Rel. Des. Jacob Valente, j. 09/07/2024.

A partir da aludida legislação, nota-se que houve intenção em estabelecer na Lei de CPR a possibilidade de o emitente, desde a emissão, de alguma forma, prestar informações que determinados bens ofertados em garantia fiduciária são essenciais para a atividade empresarial. O dispositivo que apresentou tal previsão não indica a finalidade ou relação direta com a Lei nº 11.101/2005; sequer faz menção ao diploma. Contudo, isso não afastou tal entendimento na comunidade jurídica. Além disso, o parágrafo primeiro do artigo 5º da Lei n. 8.929/1994, hipotecado o devido respeito aos que entendem de forma diversa, da forma em que está redigido, não parece ter efeitos práticos substanciais.

Em outras palavras, malgrado a tentativa de relacionar as Leis n. 8.929/1994 e 11.101/2005, para fins de uma efetiva proteção dos bens essenciais, tal prestação de informações não encontrará utilidade imediata no processo recuperacional, a ponto de produzir de pronto os efeitos atualmente almejados no artigo 49, parágrafo 3, parte final, da Lei n. 11.101/2005.

Isso porque, o juízo da recuperação judicial detém a competência para estabelecer que determinados bens sejam salvaguardados temporariamente sob o fundamento da essencialidade. Isso deve ser feito avaliando o histórico da atividade empresarial, notoriamente, mas sem deixar de considerar a atual situação da empresa.

Se assim o é, na eventualidade de a prestação de informações acerca da essencialidade ser considerada, tal análise ainda assim deverá ser refeita em juízo recuperacional, mediante elaboração de estudos e relatórios, seja para ser acompanhado pelo Administrador Judicial e posterior exame jurisdicional, seja para uma análise atualizada, a depender de quando a prestação de informações foi efetuada. Em outras palavras, não se vislumbra plena eficácia para que a prestação de informação do emitente no âmbito da CPR tenha a força pretendida.

Em paralelo, a prestação de informação negativa acerca da essencialidade, não parece ter impacto para fins de afastá-la em absoluto, mas poderá ser usada como elemento de prova no processo recuperacional.

No ensejo, duas observações são dignas de nota: **(a)** a alteração da Lei de CPR não implicou disposição contrária à Lei n. 11.101/2005 ou em determinação expressa para que o juízo recuperacional acolha a prévia prestação de informações na CPR como determinante para a proteção ao bem essencial; **(b)** ainda que a interpretação disposta no item **(a)** fosse superada, a norma específica, nesse caso, a Lei da CPR, contrariaria toda a construção até então edificada na busca pela segurança jurídica em torno da proteção dos bens essenciais – ainda que uma série de críticas sejam pertinentes e deficiências sejam notórias –, o que precisa ser considerado no momento do exame dessas questões.

Conforme já suscitado por outrem – ao qual este artigo se perfila quanto a este ponto – a disposição na Lei de CPR pode servir para indicar uma possível boa-fé do emitente, no passado, informação esta que poderá ser considerada no momento do exame da essencialidade pelo juízo recuperacional, no futuro – mas jamais pode ser considerada imperiosa.

Aliás, não é demais repisar que as considerações aqui tecidas se limitam a previsão da Lei de CPR. Não há qualquer intuito de se posicionar contra a existência da cláusula nesse sentido nesta cédula ou em qualquer outra operação/instrumento. Ocorre que, a forma como está redigido o dispositivo da Lei de CPR não parece permitir o alcance de eventuais objetivos almejados com apoio legal, como se não fosse possível qualquer tipo de contestação. No entanto, consequências a partir do que for pactuado e do respectivo reflexo em eventual recuperação judicial devem ser consideradas. Afinal, há declaração contratual utilizada para as análises mais diversas no momento negocial.

Cumprе salientar que o pensamento aqui exposto não pende para o credor ou para o devedor. O aludido raciocínio se apoia em outros exames jurisprudenciais e da literatura jurídica já feitos para analisar a essencialidade de bens, em casos de recuperação judicial, conquanto não voltados especificamente para a situação da CPR.

Por fim, salutar ponderar que maiores discussões sobre a reflexão proposta neste artigo demandam que os Tribunais pátrios examinem mais situações concretas, com as respectivas peculiaridades, o que mesmo após aproximadamente 4 anos de dispositivo, estes autores não constatarem de forma relevante.

OS SERVIÇOS DE PAGAMENTO RELACIONADOS ÀS APOSTAS DE QUOTA FIXA¹⁷⁹

FÁBIO PEIXOTO PEREZ
MARCIO ORTIZ MEINBERG
VICTOR CHANG ALMEIDA CARVALHO

Seja por conta de restrições ou lacunas legais, o ordenamento jurídico brasileiro sempre careceu de legislação e regulamentação robusta aplicável à realização de apostas junto a instituições privadas.

Em de 29 de dezembro 2023, com o intuito de suprir essa deficiência legislativa, foi promulgada a Lei nº 14.790, que dispõe sobre a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa, trazendo avanços significativos na regulamentação das apostas no Brasil. Referida lei também é complementada por portarias específicas, dando mais flexibilidade e agilidade para que as normas acompanhem o passo veloz das inovações setoriais.

Este movimento foi visto como uma resposta às mudanças globais no setor de jogos e apostas, e uma tentativa de trazer uma fatia significativa das apostas, que ocorriam de forma ilegal, para o mercado formal, gerando receitas fiscais adicionais e criando empregos.

Da mesma forma que a Lei nº 14.790/23 trouxe segurança jurídica e avanço ao setor de apostas, aproximadamente dez anos antes, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, alcançou o mesmo efeito em relação ao setor de meios, instituições e arranjos de pagamento, regulado pelo Banco Central do Brasil observadas as diretrizes do Conselho Monetário Nacional. O marco legal dos meios de pagamento foi complementado por um vasto conjunto de normas que propiciaram um ambiente extremamente competitivo e inovador, possibilitando a inclusão financeira de diversos cidadãos brasileiros.

179 Autores:
Fábio Peixoto Perez, counsel da prática de Bancário, Operações e Serviços Financeiros do Lefosse Advogados, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e LL.M em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais pelo Insper. E-mail: fpeixotoperez@gmail.com;
Marcio Ortiz Meinberg, advogado da prática de Bancário, Operações e Serviços Financeiros do Lefosse Advogados, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: marcio.meinberg@gmail.com; e
Victor Chang Almeida Carvalho, advogado da prática de Bancário, Operações e Serviços Financeiros do Lefosse Advogados, graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia e especialista em Direito Civil pela Universidade Salvador. E-mail: victorchang.jus@gmail.com.

O objetivo deste artigo é explorar brevemente a relação entre a legislação aplicável às apostas de quota fixa e as normas aplicáveis aos serviços regulados de pagamento, na medida em que, por força legal, a primeira atividade necessariamente requer a participação de agentes que prestem a última, como se verá adiante.

1. ASPECTOS DO MARCO LEGAL DAS APOSTAS RELACIONADOS A SERVIÇOS DE PAGAMENTO | LEI Nº 14.790/23

Para que se possa compreender a relação entre as apostas de quota fixa e as transações de pagamento, se faz necessário analisar as partes envolvidas na realização de referida aposta, conforme estabelecida pela Lei nº 14.790/23 e nas portarias que a complementam. As principais partes envolvidas na realização de uma aposta de quota-fixa são¹⁸⁰:

- (i) **Apostador**: a pessoa natural que realiza, virtualmente ou fisicamente, a aposta¹⁸¹, definida pela Lei nº 14.790/23 como o ato por meio do qual se coloca determinado valor em risco na expectativa de obtenção de um prêmio. Este prêmio é obtido com base na quota fixa, que é o fator de multiplicação do valor apostado que define o montante a ser recebido pelo apostador, em caso de premiação, para cada unidade de moeda nacional apostada;
- (ii) **Agente operador de apostas**: a pessoa jurídica que recebe autorização do Ministério da Fazenda para explorar apostas de quota-fixa, constituída segundo a legislação brasileira, com sede e administração no território nacional, contando obrigatoriamente com sócio brasileiro detentor de ao menos 20% (vinte por cento) de seu capital social; e
- (iii) **Instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil**: entidade regulada que realizará a oferta de contas transacionais ou de serviços financeiros de qualquer natureza que permitam ao apostador (a) efetuar depósitos e saques em sua conta gráfica perante o operador de aposta, ou (b) receber os valores de prêmios que lhe sejam devidos, sendo que somente estas instituições, com sede no Brasil e autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, estão permitidas a prestar estas ativida-

180 Art. 2º, 21º e 22º da Lei 14.790/23.

181 Com base no artigo Art. 2º e 3º da Lei 14.790/23, destaca-se que o escopo das apostas regidas pela Lei nº 14.790/23 limita-se àquelas cujo objeto são eventos reais de temática esportiva (i.e. evento, competição ou ato que inclui competições desportivas, torneios, jogos ou provas, individuais ou coletivos, excluídos aqueles que envolvem exclusivamente a participação de menores de 18 (dezoito) anos de idade, cujo resultado é desconhecido no momento da aposta e que são promovidos ou organizados: (a) de acordo com as regras estabelecidas pela organização nacional de administração do esporte, na forma prevista na Lei nº 14.597/23 - Lei Geral do Esporte, ou por suas organizações afiliadas; ou (b) por organizações de administração do esporte sediadas fora do País;) ou eventos virtuais de jogos on-line (i.e. evento, competição ou ato de jogo on-line cujo resultado é desconhecido no momento da aposta)

des, nos termos da Lei nº 14.790/23. Nota-se que apenas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil podem prestar as atividades listadas neste parágrafo, de forma que as instituições de pagamento que eventualmente estejam dispensadas de obter autorização deste regulador por conta do escopo de suas atividades não poderão exercer serviços de pagamento previstos na Lei nº 14.790/23 e relacionados às apostas de quota fixa.

Em linha com o disposto no artigo 12 e seguintes da Lei nº 12.865/13, o marco legal das apostas de quota fixa também determinou os recursos dos apostadores mantidos nas contas transacionais constituem patrimônio separado, não se confundindo com o patrimônio do agente operador de apostas, conforme exposto no item 2.6. abaixo. Esta determinação legal sobre a criação do patrimônio separado é essencial para que os direitos dos apostadores sejam protegidos em cenários de má gestão de recursos de terceiros ou de insolvência do agente operador das apostas.

Destaca-se também que os prêmios devidos aos apostadores devem necessariamente ser pagos por meio de transferências, créditos ou remessas de valores em moeda corrente em favor das contas de depósito ou de pagamento de titularidade destes apostadores, conforme mantidas em instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil e indicadas pelo apostador por ocasião do cadastro deste no agente operador de apostas ou no momento da efetivação da aposta. Desta forma, os prêmios não poderão ser pagos diretamente em conta de titularidade do apostador no exterior.

Considerando as definições acima e o disposto na Lei nº 14.790/23, a estrutura de uma aposta de quota fixa e sua relação com as contas cadastradas, gráficas, transacionais, e proprietárias, serão analisadas no capítulo seguinte, na medida em que a Portaria Normativa SPA/MF nº 615 complementou o disposto no marco legal das apostas de quota fixa acerca destes temas.

2. REGRAS GERAIS DAS TRANSAÇÕES DE PAGAMENTO REALIZADAS POR AGENTES AUTORIZADOS | PORTARIA NORMATIVA SPA/MF Nº 615

2.1. PORTARIA NORMATIVA SPA/MF Nº 615

Em 18 de abril de 2024, a Secretaria de Prêmios e Apostas do Ministério da Fazenda publicou a Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024, para estabelecer as regras gerais a serem observadas nas transações de pagamento realizadas por agentes autorizados a operar apostas de quota fixa, nas modalidades virtual ou física, em território nacional.

Em primeiro lugar, vale observar que, a partir de 1º de janeiro de 2025¹⁸², ficará vedado aos instituidores de arranjos de pagamento, bem como às instituições financeiras e de pagamento, permitir transações de pagamento que tenham por finalidade a realização de apostas de quota fixa com pessoa jurídica que não possua autorização para atuar como operador de apostas.

Por sua vez, conforme previsto no artigo 22 da Lei 14.790/23, apenas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil podem oferecer contas transacionais e serviços financeiros que permitam ao apostador efetuar depósitos e saques perante o operador de aposta, ou receber os valores de prêmios. Ainda, a Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024 reforça que é vedada a ação de instituições não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil como intermediárias nas transações de pagamento entre o apostador e o agente operador de apostas, inclusive por meio de agentes de coleta ou gestores de pagamento¹⁸³.

Os contratos de prestação de serviços entre operador de apostas e instituições financeiras e de pagamento devem prever o cumprimento das obrigações e responsabilidades estabelecidas na Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024.

2.2. CONTAS PARA OPERAÇÕES RELACIONADAS ÀS APOSTAS

A sistemática da Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024 estabelece a existência de quatro modalidades de contas para operações relacionadas às apostas por quota fixa, sendo duas contas de titularidade do apostador e duas de titularidade do operador de apostas.

As contas de titularidade do apostador são:

- (i) **Conta Cadastrada**, ou seja, a conta regular do apostador (conta de depósito ou pagamento pré-paga), mantida em uma instituição financeira e de pagamento, e que deverá ser registrada junto ao operador de apostas para origem dos aportes financeiros do apostador e recebimento de prêmios (e outras retiradas).
- (ii) **Conta Gráfica**, ou seja, uma carteira virtual de titularidade do apostador no sistema do operador de apostas, que o permita gerenciar suas apostas e recursos financeiros. A conta gráfica do apostador informará (i) o histórico dos últimos 36 meses (aportes, retiradas, apostas e recebimento de prêmios; (ii) o valor das apostas em aberto; e (iii) o saldo financeiro disponível.

182 Art. 22, parágrafo único, da Lei 14.790/24, combinado com o artigo 12 da Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024, com redação dada pelo artigo 26 da Portaria Normativa SPA/MF nº 827/2024.

183 Art. 3, §3º, da Portaria Normativa SPA/MF nº 615.

Por sua vez, as contas de titularidade do operador de apostas são:

- (i) **Conta Transacional**, ou seja, uma conta de depósito ou pré-paga (mantida em uma instituição financeira e de pagamento) pela qual o operador de apostas recebe os recursos dos apostadores e paga as apostas, sendo usada com o fim de separar o patrimônio transacional das apostas do patrimônio geral. O operador de apostas pode possuir mais de uma conta transacional, inclusive em diferentes instituições.
- (ii) **Conta Proprietária**, ou seja, uma conta de depósito ou pré-paga paga (mantida em uma instituição financeira e de pagamento), pela qual o operador de apostas realiza suas despesas operacionais e o gerenciamento de liquidez.

2.3. APORTES DE RECURSOS DOS APOSTADORES

A sistemática para aporte de recursos de titularidade dos apostadores junto aos operadores de apostas é a seguinte:

- (i) O apostador deve previamente registrar sua conta cadastrada junto aos operadores de apostas, sendo que esta será a conta a partir da qual serão realizados os aportes e retiradas de recursos (sendo vedado realizar aportes e saques em conta de terceiros ou não registradas).
- (ii) A partir da conta cadastrada, o apostador poderá realizar, aportes de recursos para a conta transacional do operador de apostas. Tais aportes são feitos exclusivamente por meio de transferência eletrônica via Pix, TED, cartão de débito ou pré-pago ou transferência interna (os operadores de apostas não podem receber aportes financeiros por meio de (a) dinheiro em espécie; (b) boletos; (c) cheques; (d) ativos virtuais ou outros tipos de criptoativos; (e) cartões de crédito ou quaisquer outros instrumentos de pagamento pós-pagos; (f) nem por quaisquer outros meios que não os citados anteriormente).
- (iii) Assim que o operador de apostas receber o aporte em sua conta transacional, ele deverá registrar tal valor na conta gráfica em nome do apostador (mantida no sistema do operador de apostas).

Uma vez que o valor tenha sido aportado e registrado em sua conta gráfica, o apostador poderá utilizar tais recursos para fazer apostas ou retiradas (se desejar, ele pode manter os recursos na conta gráfica por prazo indeterminado). Quando o apostador enviar uma solicitação de retirada de recursos em conta gráfica por meio do sistema do operador, este deverá disponibilizar os recursos na conta cadastrada do apostador em até 120 minutos após a solicitação (é vedado ao

operador de apostas restringir a retirada do saldo financeiro disponível na conta gráfica dos apostadores).

2.4. APOSTAS

Ao realizar uma aposta, o valor será debitado pelo operador da conta gráfica do apostador. O apostador somente pode realizar apostas se tiver saldo em sua conta gráfica, ou seja, mediante aporte prévio, sendo vedado ao operador conceder adiantamento, antecipação, bonificação ou qualquer vantagem prévia, ainda que a mero título de promoção. Inclusive, não é permitida a concessão de crédito para o apostador, nem por meio de parceiros (este é um dos motivos pelo qual o aporte não pode ser realizado por meio de cartão de crédito).

Após o encerramento do evento, o operador apurará o valor dos prêmios devidos (se houver) e o valor de sua remuneração (se houver) e procederá à liquidação financeira das apostas em aberto.

2.5. PAGAMENTO DE PRÊMIOS

Ao apostador que vencer, o prêmio deve ser pago em até 120 minutos após o encerramento do evento, podendo ser transferido para a conta cadastrada do apostador ou mantido em sua conta gráfica para a realização de outras apostas (conforme opção do apostador). Note que é vedado ao operador de apostas prometer ou conceder remuneração, sob qualquer forma ou motivo, incidente sobre os valores mantidos pelos apostadores em suas contas gráficas.

Caso o valor arrecadado pelo operador em determinado evento seja insuficiente para o pagamento dos prêmios devidos, o operador deverá transferir o montante complementar de sua conta proprietária para a conta transacional (e assim, pagar os prêmios).

Após o pagamento de todos os prêmios, o operador de apostas deverá transferir sua remuneração da conta transacional para a conta proprietária. Tal transferência deve ocorrer imediatamente após o encerramento do evento, uma vez que valores de propriedade do operador não podem ser mantidos na conta transacional.

2.6. PROTEÇÕES AOS RECURSOS DOS APOSTADORES

O saldo agregado das contas transacionais do operador de apostas deve ser permanentemente equivalente ao somatório dos saldos financeiros das contas gráficas dos apostadores de todos os apostadores, acrescido do valor das apostas em aberto.

Além disso, é vedado ao operador de apostas manter recursos de sua propriedade nas contas transacionais ou utilizar os recursos dos apostadores para

cobertura de prêmios ou quaisquer outras despesas do operador, uma vez que tais recursos constituem patrimônio separado e não se confundem com o do operador e possuem as mesmas proteções garantidas às contas de pagamento.

Desta forma, os recursos da conta transacional: (a) não respondem por obrigações do operador de apostas nem podem ser objeto de arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição judicial; (b) não compõem o ativo do operador de apostas, para efeito de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, intervenção ou liquidação; e (c) não podem ser dados em garantia de débitos assumidos pelo operador de apostas.

A critério do operador de apostas, o saldo das contas transacionais mantidos em instituições financeiras poderá ser aplicado em títulos públicos federais registrados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic (o que já ocorre com as contas de pagamento) ou operações compromissadas lastreadas em títulos registrados no Selic. Apesar disso, é vedado o compartilhamento desta remuneração com os apostadores (a conta gráfica dos apostadores não pode ser remunerada em hipótese alguma).

2.7. GESTÃO DE LIQUIDEZ DOS OPERADORES DE APOSTAS

Conforme exposto anteriormente, a conta proprietária de titularidade do operador de apostas é a conta de livre movimentação pela qual este realiza o pagamento de suas despesas operacionais e gerenciamento de liquidez. Por se tratar de recursos próprios do operador de apostas, esta conta não recebe limitações ou proteções especiais (trata-se de uma conta de depósito ou de pagamento pré-paga comum).

Contudo, a Portaria Normativa SPA/MF nº 615/2024 estabelece que operador de apostas deve:

- (i) implementar políticas de gerenciamento da exposição aos riscos de liquidez (metodologia de cálculo objetiva, processos e plano de contingência);
- (ii) manter em suas contas proprietárias recursos suficientes para a realização de despesas operacionais e para a cobertura dos limites de exposição;
- (iii) constituir reserva financeira, como medida preventiva para o caso de insolvência ou iliquidez, destinada a garantir o pagamento de prêmios e demais valores devidos aos apostadores, no valor mínimo de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). Tal reserva financeira deve ser custodiada em instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil sob a forma de títulos públicos federais, registrados no Selic.

3. PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO E FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E DA PROLIFERAÇÃO DE ARMAS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA

Em 11 de julho de 2024, a Secretaria de Prêmios e Apostas do Ministério da Fazenda publicou a Portaria SPA/MF nº 1.143/2024, que estabelece diretrizes específicas, no contexto das apostas esportivas de quota fixa, para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo de que trata a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), do financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP) e de outros delitos correlatos, bem como no cumprimento das obrigações impostas pela Lei de Lavagem de Dinheiro e pela Lei nº 13.810/2019, que trata do cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), no contexto das apostas esportivas de quota fixa.

Entre os principais pontos abordados pela Portaria SPA/MF nº 1.143/2024, destacam-se:

3.1. Identificação e Verificação de Clientes: As operadoras de apostas devem implementar processos rigorosos de identificação e verificação dos clientes, assegurando que os jogadores sejam devidamente identificados e que suas informações sejam atualizadas e verificáveis.

3.2. Monitoramento de Transações: As empresas devem monitorar as transações realizadas nas plataformas de apostas para identificar padrões ou atividades suspeitas que possam indicar lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo.

3.3. Reportar Atividades Suspeitas: É obrigatório que as operadoras reportem à Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) quaisquer transações ou atividades que sejam consideradas suspeitas ou que não estejam de acordo com o perfil do cliente.

3.4. Treinamento e Conscientização: As operadoras devem garantir que seus funcionários recebam treinamento adequado sobre as políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, para que possam identificar e lidar com atividades suspeitas de forma eficaz.

3.5. Manutenção de Registros: É necessário que as operadoras mantenham registros detalhados das transações e das informações dos clientes por um período mínimo, conforme estabelecido pela legislação, para possibilitar auditorias e investigações quando necessário.

A Portaria visa fortalecer o controle e a transparência no setor de apostas, alinhando-se às melhores práticas internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e contribuindo para a integridade do mercado de apostas no Brasil.

São previstos ainda o monitoramento da conformidade das instituições de pagamento e instituições financeiras com as quais a operadora mantenha relacionamento – em relação à autorização do Banco Central do Brasil para o seu funcionamento, bem como o monitoramento, seleção e análise de operações e atividades, relativas ou não à operacionalização de apostas, para fins de comunicação ao COAF, das transações consideradas suspeitas, na forma da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Em relação às comunicações ao COAF, a Portaria estabelece que os operadores devem dispensar especial atenção às apostas e operações a elas associadas que sinalizem falta de fundamento econômico ou legal, incompatibilidade com práticas usuais da atividade ou de mercado, e possível indício de prática de lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo ou outro delito correlato.

As instituições financeiras e de pagamentos responsáveis pela manutenção das contas transacionais de titularidade dos operadores também devem observar as leis e regulamentações referente PLD/FTD. Estas regras são estabelecidas para prevenir e combater a utilização do sistema financeiro e de pagamentos para atividades ilícitas, como a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional dispõem de diversas normas infralegais aplicáveis às instituições financeiras e de pagamento, conforme o caso, tais como a Circular BCB nº 3.978/2020, a Resolução BCB nº 4.595/2017, a Resolução BCB nº 65/2021, a Resolução BCB nº 260/2022, a Resolução Conjunta nº 6/2023, Resolução BCB nº 343/2023, dentre outros.

Portanto, o necessário cumprimento das normas PLD/FTD e o estabelecimento das políticas e controle interno, tanto por parte dos agentes operadores das apostas de quota-fixa quanto por parte das instituições financeiras e de pagamento que transacionam os pagamentos relacionados às apostas devem servir como uma dupla camada para garantir a prevenção à utilização indevida do mercado de apostas de quota-fixa e dos sistemas financeiro e de pagamentos brasileiros.

4. OUTRAS PORTARIAS DA SECRETARIA DE PRÊMIOS E APOSTAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

O objetivo deste artigo foi apresentar um breve panorama das regras aplicáveis serviços de pagamento relacionadas às apostas de quota fixa, de modo que nestas breves páginas não seria possível explorar outros assuntos conexos à regulamentação.

Em todo caso, à título de ilustração, citamos abaixo algumas das outras principais portarias publicadas no contexto da regulamentação:

- **Portaria SPA/MF nº 722:** Requisitos técnicos e de segurança dos sistemas de apostas utilizados pelos agentes operadores;
- **Portaria SPA/MF nº 827:** Regras, condições e abertura do procedimento para requerimento da autorização para exploração das apostas de quota fixa;
- **Portaria SPA/MF nº 1.212:** Procedimentos para efetivação dos repasses aos destinatários legais consignados no §1º-A do art. 30 da Lei nº 13.756/2018;
- **Portaria SPA/MF nº 1.207:** Requisitos técnicos e de segurança dos jogos on-line que poderão ser disponibilizados aos apostadores pelos agentes operadores autorizados;
- **Portaria SPA/MF nº 1.225:** Regras e procedimentos de monitoramento e fiscalização da exploração comercial de apostas de quota fixa;
- **Portaria SPA/MF nº 1.233:** Procedimento de aplicação de sanções administrativas na atividade de exploração comercial de apostas de quota fixa;
- **Portaria SPA/MF nº 1.231:** Regulamentação das ações voltadas à promoção do jogo responsável, relativamente às medidas, diretrizes e práticas a serem adotadas para prevenção ao transtorno do jogo patológico no âmbito das apostas de quota fixa, regras para monitoramento e prevenção ao endividamento do apostador e complemento das regras de publicidade responsável; e
- **Portaria SPA/MF nº 1.231:** Conjunto de regras a serem observadas pelos operadores autorizados para cumprimento das disposições legais e garantia dos direitos dos apostadores.

A publicação destas portarias pela SPA/MF representa o encerramento da regulamentação de todos os temas que estavam previstos na Agenda Regulatória de 2024 e, em conjunto com as demais regras publicadas anteriormente, têm como objetivo o desenvolvimento do setor de apostas de quota fixa no Brasil, aliado à segurança jurídica e à previsibilidade.

Além das regras aprovadas pela SPA/MF, também há expectativa no setor de que o Ministério do Esporte aprove nos próximos meses regras complementares, especialmente diante do anúncio da criação da Secretaria Nacional de Apostas Esportivas e de Desenvolvimento Econômico do Esporte nesta pasta ministerial, nos termos do Decreto Federal nº 12.110/2024, publicado no último dia 12 de julho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do novo arcabouço legal e regulatório o Brasil avançou significativamente na formalização e estruturação do mercado de apostas esportivas, criando um ambiente regulatório mais robusto e atraente para investidores e operadores do setor.

A legalização das apostas esportivas no Brasil não apenas alinha o país com as tendências internacionais, mas também abre novas oportunidades econômicas. Com a regulamentação adequada, espera-se que o mercado brasileiro atraia investimentos estrangeiros, aumente a arrecadação fiscal e crie um ambiente seguro para os apostadores.

Além disso, a relação entre o setor de apostas de quota fixa e o setor de pagamentos é fundamental para o funcionamento eficiente e seguro das operações de apostas. As operadoras de apostas dependem de sistemas de pagamento robustos para processar depósitos e retiradas dos jogadores de maneira rápida e segura. A integração de métodos de pagamento diversificados, como cartões de crédito e débito, transferências bancárias e carteiras digitais, é essencial para atender às preferências dos usuários e garantir uma experiência positiva.

A segurança dessas transações protege tanto os consumidores quanto as operadoras contra fraudes e atividades ilícitas, fortalecendo a confiança no mercado de apostas, inclusive com relação à prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo. As operadoras de apostas e os provedores de serviços de pagamento devem colaborar para monitorar transações suspeitas e garantir a conformidade com as regulamentações aplicáveis.

Ante o exposto, à medida que o arcabouço regulatório aplicável tanto ao setor das apostas de quota fixa e ao setor de pagamentos se desenvolve de acordo com as melhores práticas dos seus mercados, o Brasil está posicionado para se tornar um dos principais players no cenário global de apostas esportivas.

CRISE NO AGRO: NOVAS FERRAMENTAS DE FINANCIAMENTO NA CRISE

OCTAVIO MOURA ANDRADE ¹⁸⁴

RESUMO: Este artigo aborda algumas formas para capitalizar empresas do agronegócio em situação de crise econômica, tendo como base as inovações legislativas e atualizações jurisprudenciais aplicáveis ao setor.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico Legislativo: Um Breve Pró-Memória. 3. Crise no Agro. 4. Formas de Financiar a Empresa em Crise. 5. Crédito Rural. 6. CPR – Cédula de Produto Rural. 7. CRA – Certificado de Recebível do Agronegócio. 8. FIAGRO – Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas do Agronegócio. 9. Inovação e Sustentabilidade. 10. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Nasci e cresci no agronegócio, quando ainda não era nem chamado assim, sendo de uma família de produtores rurais, fazendeiros, ainda hoje, mas criado na Capital do estado de São Paulo. Na escola meus colegas mais “chiques” eram os filhos de empresários, executivos, industriais etc. Eles, os filhos de fazendeiros, eram quase “Jecas”. Era o povo que vivia com barro nos carros, olhados tortos pelas crescentes notícias de conflito no campo, desmatamento, fim do meio ambiente etc. A hoje famosa Faria Lima era conhecida apenas pelo seu shopping center, e o “mercado” era o lugar onde os preços de produtos eram remarcados com voracidade que não acompanhava a perda de valor da moeda da época.

A título de exemplo, em 1986, ainda vi a energia elétrica chegar na fazenda no Mato Grosso do Sul, que fica a 120 km da divisa com São Paulo. Há 40 anos, o “novo agro” estava plantando suas bases para a expansão, não poucas vezes com capital próprio, ou financiamentos via empréstimo bancário com as terras dos empresários como garantia.

Ainda na década de 1908, novas ferramentas foram implementadas e difundidas, como era o caso do hedge de commodities da Bolsa Mercantil e Futuro

¹⁸⁴ Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo – membro da Comissão Especial de Direito Bancário da OAB/SP. Especializado em estruturação de negócios, direito comercial, fusões e aquisições, recuperação judicial, direito aeronáutico e agronegócios.

Formação:

Mestrado (LL.M.) em International Business Practices, Boston University, Boston, MA, EUA; Especialização em Negociações, Program on Negotiation, Harvard Law School, Cambridge, MA, EUA; Curso de Extensão em The Law of Business Enterprises, Harvard University, Cambridge, MA, EUA

(atual B3), e os principais financiamentos eram para lavoura e feitos por bancos estatais, ou na compra de algum implemento, tais como tratores e camionetas.

Ao que me lembro, o ciclo de colonização das fronteiras começava com a extração de madeira, seguida pela produção extensiva de gado ou agricultura em terras melhores, depois pela infraestrutura da região, novas cidades, estradas, pontes, eletricidade e finalmente a comunicação, que hoje inclusive permite a agricultura de precisão com conexão rápida, links, satélites e operadoras de streaming.

O cerrado foi sendo aberto, os “gaúchos desbravaram o norte”, chegando a aumentar a produção no MS e no MT até o pujante MATOPIBA.¹⁸⁵

Os tempos mudaram, a moeda foi estabilizada, algumas desconfianças que ainda havia na geração dos nossos avós sobre o mercado de capitais foram dissipadas por competentes esforços, enquanto a importância do setor rural foi se consolidando, até o ponto de criar a expressão agronegócio ou agribusiness, trazendo também os desafios.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO: UM BREVE PRÓ-MEMÓRIA

De forma sucinta, nessa fase de expansão, a legislação era basicamente dominada pela Lei 4.504/64, o Estatuto da Terra, pelo Código Civil bem como normas específicas, sem falar em alguns aspectos da antiga Lei 556/1850, o Código Comercial, revogado com o atual Código Civil, e até mesmo a lei do cooperativismo, a Lei 5.764/71 e na sequência Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o mais usual era os produtores organizarem-se como pessoas físicas, explorando a atividade empresarial ligada ao agro, até pelos benefícios tributários que o regime oferecia ao produtor, com a chamada “Cédula G”.¹⁸⁶

Em 1994, com a estabilidade da moeda, houve a possibilidade de inovação legislativa e melhor sofisticação do sistema de crédito ao campo, com: i) a criação da Cédula de Produtor Rural – CPR, pela Lei 8.929/94; ii) a regulamentação do sistema de armazenagem de produtos agropecuários pela Lei 9.973/2000; iii) a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, que institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, conforme a Lei 9.514/97.

E, dando um pulo para 2004, a Lei 11.076/2004 regulamentou ferramentas como o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, o Warrant Agropecuário – WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, a

185 Para quem não sabe, MATOPIBA é uma região formada pelo estado do Tocantins e partes dos estados do Maranhão, Piauí e Bahia, sendo MATOPIBA a sigla formada pela identificação destes estados.

186 A Cédula G Desde o exercício de 1926 e até o de 1989, inclusive, a receita proveniente de atividade agrícola ou pastoril, exploração de indústria extrativa vegetal ou animal era classificada na cédula G e somada aos demais rendimentos, para apurar a renda bruta - .

Letra de Crédito do Agronegócio – LCA, e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA. Aqui houve uma primeira evolução e aproximação do moderno mercado de capitais e o agro, ou seja, a famosa tentativa de fazer o asfalto falar com a porteira da fazenda.

Porém, ainda que o agronegócio tenha começado a se estruturar, em caso de crise econômica da empresa ainda se aplicavam leis desatualizadas quanto à recuperação judicial destes produtores rurais, que ainda não eram formalmente vistos como empresários para fins de crise na empresa, fato que só mudou com a Lei 11.101/2005, por meio de jurisprudência e quando atualizada pela Lei 14.112/2020, em seu art. 48 § 3.º, e art. 70-A.

E, finalmente, i) a “Lei do Agro 1” Lei 13.986/2020; complementada pela ii) Lei 14.421/2022, chamada de “Lei do Agro 2.0”; e iii) pela Lei 14.130/2021, que introduziu o Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas do Agronegócio – FIAGRO; leis estas que, de forma conjunta, trouxeram inovações regulatórias que aperfeiçoaram as formas de financiamento das atividades agrícolas, trazendo finalmente as botinas à Faria Lima, ou vice-versa. Ainda é possível destacar que nesta época foi promulgada a Lei 14.119/2021, instituindo o pagamento por serviços ambientais, que traz um link interessante com a Lei do Agro, como será exposto abaixo.

3. CRISE NO AGRO

Toda atividade empresarial, e sem pretender entrar nas razões que levam a empresa a entrar em crise, está sujeita a dias nebulosos, e com o agro não é diferente.

Considerando o fato de que era comum aos produtores rurais, apesar de terem atividade de empresa, ainda estruturarem suas atividades exploradas e organizadas como pessoa física, pairava a dúvida se a Lei 11.101/2005 poderia ser utilizada em caso de crise financeira destes produtores rurais?

Muito se discutiu nos tribunais e na doutrina (e, igualmente, não se explorará aqui este tema a fundo), tendo inclusive o precedente fixado no julgamento do Tema Recurso Repetitivo 1.145, pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁸⁷ e finalmente sendo fixado o entendimento pela Lei 14.221/2022, que trouxe expressamente esta previsão.

187 O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.145), estabeleceu que, ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de 2 anos, é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido, independentemente do tempo de registro.

Dessa forma, o produtor rural que tinha sua atividade organizada via pessoa jurídica já estava englobado pelos efeitos da Lei 11.101/2005.

Um dos princípios norteadores da Lei 11.101/2005, expresso por seu art. 47, traz em seu bojo o “Princípio da preservação da empresa”, que indica ser mais interessante, até pelo primado da função social da empresa, a efetiva continuidade do negócio do devedor, preservando assim postos de trabalho, impostos, produção e estímulo à atividade econômica.

Lembrando que o art. 50 da Lei 11.101/2005 faculta ao devedor em crise estruturar os meios pelos quais este implementará a recuperação judicial, a ser determinada no plano de recuperação judicial, a ser votado e aprovado pelos credores. E é exatamente este o dispositivo legal que instiga a criatividade de advogados e assessores sobre os meios pelos quais a empresa vencerá a crise, não sendo poucas as vezes que soluções inovadoras são testadas e provadas.

Se o produtor rural pode requerer a recuperação judicial e as normas para seu financiamento aplicam-se a sua realidade, então, quais serão os ativos e particularidades da atividade agropecuária que podem a serem pensadas na recuperação da crise no agronegócio?

Tendo a atividade agroindustrial questões muito próprias, como é o caso de safras, entressafras, variações de preço, câmbio, clima, intempéries, imprevisibilidade, dentre tantas outras, não se pode adotar a mesma lógica utilizada em uma recuperação judicial de indústria, empresa de telecom, prestadora de serviços, e em uma agroindústria.

No caso a indústria, à título de exemplo, uma máquina seria considerada um bem imprescindível à continuidade da atividade empresarial, logo, não passível de retomada pelo credor.

Mas e no caso de uma fazenda de gado? Seria a terra um bem imprescindível? Ou até mesmo as matrizes reprodutoras, que se equiparariam às máquinas de produção? Uma vez que ao produzirem bezerros que serão os futuros ativos para gerar recursos ao produtor.

Ou no caso de reflorestamento, além da terra, as próprias árvores seriam ativos imprescindíveis, ou até haveria uma discussão sobre o ponto ótimo de corte/colheita?

E é esse o foco dos próximos capítulos: a apresentação das formas de capitalização do agro em crise.

4. FORMAS DE FINANCIAR A EMPRESA EM CRISE

A forma mais óbvia de se recuperar a empresa em crise é por meio de ingresso de recursos financeiros, além, é claro, da negociação das dívidas (prazos e valores). Porém, nem sempre é fácil buscar o chamado “*New Money*”. Os próprios credores podem não ter interesse em refinarciar alguém que está em situação de crise, sem falar na questão de risco de sucessão e solidariedade, caso a alienação de ativos seja feita de forma não pensada, ou até ilegal.

Então, com a possibilidade da extensão dos efeitos da recuperação judicial para o produtor rural, seja pessoa física e/ou pessoa jurídica, há a possibilidade de proteção quanto à sucessão de obrigações ao adquirente de ativos via Unidade Produtiva Isolada – UPI; ou ainda, a pura alienação de bens nos termos dos arts. 66 e 66-A, e finalmente o financiamento direto, pelo chamado *DIP Financing*, previsto no art. 69-A, onde há uma mitigação da responsabilidade do financiador ao permitir, nos termos do próprio artigo, a oneração de bens e/ou direitos da devedora.

Tais operações devem, em regra, ser organizadas por instituição financeira regulada, ou instituição similar, o que aumenta a possibilidade de participação de players de fora do próprio mercado.

Dentro deste rol de financiamentos, há formas típicas e atípicas que podem ser usadas, além de novas legislações e técnicas que passam a ser, de forma gradual, incorporadas ao cotidiano dos players de mercado.

5. CRÉDITO RURAL

A primeira forma de buscar financiamento é a mais comum, e a mais antiga. O próprio art. 47 da Lei 11.101/2005 permite a realização de novo endividamento da empresa devedora em recuperação. Este financiamento pode ser realizado via crédito rural, seja direto ou indiretamente.

Dessa forma, os empréstimos tomados pelos produtores rurais podem ser utilizados como ferramenta para a recuperação, seja pela negociação das dívidas, seja pela implementação de novo endividamento com vistas a alongar os prazos das dívidas existentes, ou mesmo obter novos recursos para a safra.

As próprias instituições financeiras estão habituadas a lidar com as operações de crédito rural, sendo esta uma ferramenta interessante para a capitalização das empresas em crise. A título de exemplo, é possível buscar o crédito rural nas seguintes modalidades:

Empréstimos de custeio: financiamento para cobrir as despesas da produção, como insumos, sementes, defensivos, fertilizantes, mão de obra, entre outros.

Empréstimos de investimento: para aquisição de máquinas, implementos, construção de benfeitorias, entre outros.

Empréstimos de comercialização: para facilitar a comercialização dos produtos agropecuários, seja pela aquisição de estoques ou pela concessão de crédito ao comprador.

As instituições financeiras, inclusive, podem oferecer linhas específicas para produtores rurais em recuperação judicial, permitindo assim a continuidade das atividades produtivas.

6. CPR – CÉDULA DE PRODUTO RURAL

A Cédula de Produto Rural – CPR é uma ferramenta antiga, mas muito eficiente. Criada pela Lei 8.929/94, a CPR é um título de crédito que representa uma promessa de entrega futura de produtos agropecuários. Pode ser emitida tanto na forma física quanto na forma escritural, e, em ajuste trazido pela alteração trazida pela Lei 14.421/2022 no art. 167 da Lei 6.015/73, que permite o registro eletrônico de imóveis rurais, e a Lei 13.986/2020, que trouxe inovações no art. 167-J, que dá um direcionamento em relação a Cédula de Produto Rural – CPR e o Patrimônio Rural em Afetação.

Uma das grandes vantagens da CPR é a possibilidade de negociação no mercado secundário, permitindo ao produtor rural obter recursos de forma antecipada pela venda da CPR, além de permitir a sua utilização como garantia em operações de crédito.

Há, inclusive, a possibilidade de emissão da CPR com cláusula de correção pelo preço do produto, o que permite ao produtor rural obter uma proteção contra a variação dos preços de mercado. Além disso, a CPR pode ser emitida com cláusula de entrega física ou financeira, permitindo ao produtor rural maior flexibilidade na negociação.

Em caso de recuperação judicial, a CPR pode ser uma ferramenta interessante para obter novos recursos, seja pela emissão de novas CPRs, seja pela negociação das CPRs existentes no mercado secundário, permitindo assim a capitalização da empresa em crise.

7. CRA – CERTIFICADO DE RECEBÍVEL DO AGRONEGÓCIO

O Certificado de Recebível do Agronegócio – CRA é uma inovação trazida pela Lei 11.076/2004, e representa um título de crédito lastreado em recebíveis originados de negócios realizados entre produtores rurais e seus compradores, sejam eles intermediários, processadores ou distribuidores de produtos agropecuários.

Os CRAs são emitidos por companhias securitizadoras, que adquirem os direitos creditórios dos produtores rurais e emitem os títulos no mercado de capitais. Isso permite aos produtores rurais obter recursos de forma antecipada, pela venda dos seus recebíveis, inclusive os recebíveis com ativos ambientais i.e. créditos de carbono.

Uma das grandes vantagens dos CRAs é a possibilidade de emissão com diferentes tipos de garantias, como a alienação fiduciária de imóveis, penhor agrícola, entre outros. Isso aumenta a segurança dos investidores e permite a captação de recursos a custos mais baixos.

Em caso de recuperação judicial, os CRAs podem ser utilizados como ferramenta para obtenção de novos recursos, seja pela emissão de novos CRAs, seja pela negociação dos CRAs existentes no mercado secundário. Além disso, os CRAs permitem a captação de recursos a longo prazo, o que pode ser interessante para a reestruturação da dívida da empresa em crise.

8. FIAGRO – FUNDO DE INVESTIMENTO NAS CADEIAS PRODUTIVAS DO AGRONEGÓCIO

O Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas do Agronegócio – FIAGRO é uma inovação trazida pela Lei 14.130/2021, e representa um veículo de investimento coletivo que permite a captação de recursos para financiamento das atividades agropecuárias.

Os FIAGROs podem ser constituídos como fundos de renda fixa, fundos de renda variável, fundos imobiliários, entre outros, permitindo aos investidores a diversificação dos seus investimentos. Além disso, os FIAGROs podem investir em diferentes tipos de ativos, como títulos de crédito, ações, cotas de outros fundos, entre outros.

Uma das grandes vantagens dos FIAGROs é a possibilidade de emissão de cotas no mercado de capitais, permitindo a captação de recursos de forma rápida e eficiente. Além disso, os FIAGROs permitem a captação de recursos a custos mais baixos, pela diluição dos riscos entre os investidores.

Em caso de recuperação judicial, os FIAGROs podem ser utilizados como ferramenta para obtenção de novos recursos, seja pela emissão de novas cotas, seja pela negociação das cotas existentes no mercado secundário. Além disso, os FIAGROs permitem a captação de recursos a longo prazo, o que pode ser interessante para a reestruturação da dívida da empresa em crise.

Assim, fundos consolidadores de propriedades rurais, podem aproveitar-se de situações de crise para adquirir áreas ou incrementar seus FIAGROs proprietários com boas aquisições em momentos de stress, de forma que se copie fórmulas já comuns no mercado de capitais, mas agora com ativos agro.

9. INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

A inovação e a sustentabilidade são temas cada vez mais presentes no agro-negócio, e representam uma oportunidade interessante para a captação de recursos em caso de recuperação judicial.

A título de exemplo, é possível destacar o pagamento por serviços ambientais, previsto na Lei 14.119/2021, que permite aos produtores rurais obter recursos pela prestação de serviços ambientais, como a conservação de florestas, a recuperação de áreas degradadas, entre outros.

Com a crescente preocupação com questões de ESG - *Environmental Social and Governance*, bem como pela melhora de sistemas de compensação de carbono, exigência de consumidores por um produto “mais limpo” e/ou que compense a emissão de pegada de carbono dos produtos e serviços, há uma crescente demanda por créditos de carbono, que são abundantes na produção agropecuária e nem sempre exploradas.

Temos ainda mais um fator gerador de recursos ou fonte de garantia a ser pensado no agro, agora com o viés de preservação, o crédito de carbono, ou até mesmo o PSA da Lei 14.119/21, que se torna um ativo muitas vezes não tão presente no radar dos players tradicionais do agro, mas é uma interessante fonte de recursos financeiros para o produtor ou empresa em crise.

Tanto a venda de crédito de carbono no mercado regulado ou não, quanto venda de PSA, são ativos que já estão nas fazendas, ainda que não mapeados e/ou “empacotados” para as transações junto ao mercado financeiro. A criação de fundos específicos, emissão de CRAs verdes, ou outros tipos de green bonds, podem gerar uma fonte extra de refinanciamento de produtores rurais em recuperação judicial.

Recentemente este modelo com venda de créditos de carbono foi aplicado em uma recuperação judicial de empresa de celulose, com a criação de uma UPI para vender os créditos gerados com reflorestamento, sendo tal crédito foi adqui-

rido por um banco de investimentos e repassado ao mercado com bom resultado, tendo assim, uma nova e interessante fonte para o salvamento da empresa.

Outra ideia pode ser a venda de direito de uso de parte excedente da reserva legal existente na propriedade rural, que em muitas vezes supera os 20% ou 80% (conforme o bioma) nos termos exigidos pela Lei 12.651/2012, de forma que pode ser interessante ao devedor considerar tal negociação para fins de compensação ambiental nos termos do artigo 66 da mesma lei, em conformidade com a jurisprudência firmada pela REsp 1.532.719-MG.

Além disso, a inovação tecnológica, como a agricultura de precisão, a utilização de drones, a conectividade no campo, entre outros, permite aos produtores rurais aumentar a eficiência da produção, reduzir custos, e obter recursos pela venda de produtos de maior valor agregado.

Em caso de recuperação judicial, a inovação e a sustentabilidade podem e devem ser utilizadas como ferramenta para obtenção de novos recursos, seja pela venda de serviços ambientais, seja pela captação de recursos para implementação de novas tecnologias. Além disso, a sustentabilidade é um tema cada vez mais valorizado pelos investidores, permitindo a captação de recursos a custos mais baixos.

10. CONCLUSÃO

Ativos menos óbvios, com pouco custo de implementação e disponíveis nas propriedades, bem como, eventual sub-produto de bens imprescindíveis à atividade empresarial, tornam-se potenciais fontes de renda em caso de crise financeira.

A exemplo do mecanismo de debenture utilizado em planos de recuperação judicial, há de se pensar também na emissão de novos títulos, como o caso de CRA's, onde parte da propriedade e não mais o todo, podem ser utilizados como colateral e garantia, caso assim aprovado em assembleia e mediante a concordância de eventual credor detentor de alienação fiduciária da área ou não haja garantia real sobre a mesma.

Assim, fundos consolidadores de propriedades rurais, podem aproveitar-se de situações de crise para adquirir áreas ou incrementar seus FIAGRO's proprietários com boas aquisições em momentos de stress, de forma que se copie fórmulas já comuns no mercado de capitais, mas agora com ativos agro.

A recuperação judicial de empresas do agronegócio é um tema complexo, mas que pode ser enfrentado com a utilização das ferramentas de financiamento disponíveis no mercado. A inovação legislativa e as atualizações jurisprudenciais

têm permitido a utilização de novas formas de captação de recursos, permitindo a continuidade das atividades produtivas e a preservação da empresa.

É fundamental que os produtores rurais e seus assessores estejam atentos às oportunidades de captação de recursos, utilizando as ferramentas disponíveis de forma estratégica e inovadora. A recuperação judicial é um desafio, mas também uma oportunidade de reestruturação e crescimento para as empresas do agronegócio.

Como este artigo não visa esgotar o tema, mas apenas considerar opções e alternativas para a viabilidade da entrada de novos recursos em produtores rurais em crise, não será de se estranhar que em breve, poderemos imaginar que o acesso de novo financiamento via tokens, cripto, registros de blockchain e outras ferramentas que façam a ligação natural entre o centro produtor, o consumidor e cidade.

REFERÊNCIAS:

Fazzio Junior, W. Manual De Direito Comercial. 21ª Edição. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

Justino Bezerra Filho, M. Lei De Recuperação De Empresas E Falência: Lei 11.101/2005: Comentada Artigo Por Artigo. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.

Sacramone, M. Comentários À Lei De Recuperação De Empresas E Falência. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

Salles de Toledo, P (Coordenação). Comentários À Lei de Recuperação de Empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

Restiffe, Paulo Sérgio – Manual de direito Empresarial – São Paulo: YK, 2024

Consultas à internet: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Imp.-Renda.pdf>

NULIDADES E OUTROS DESDOBRAMENTOS DA NORMA QUE IMPÕE A FORMA PÚBLICA PARA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

MARC STALDER¹⁸⁸

Neste trabalho enfrentarei um tema que parecia estar bem resolvido, com um entendimento um tanto quanto pacificado. Uma alienação fiduciária de bem imóvel em garantia poderia ser constituída por instrumento particular e que esse instrumento particular alcançaria sua eficácia com o competente registro imobiliário sem maiores questionamentos. Essa situação guardava, penso eu, perfeita coerência com o texto legal a respeito em vigor, consistente notadamente no artigo 38 da Lei 9.514/97¹⁸⁹.

Afirmo que o assunto parecia estar bem resolvido com bastante segurança, respaldado pelo fato de que o entendimento acima era manifestado também pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que repetia a redação do referido artigo da lei em seu finado, pois recém alterado como se verá adiante, item 229 do capítulo XX do Tomo II das Normas do Extrajudicial da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A explicar o uso da expressão “um tanto quanto pacificado”, anoto que tal regra era encontrada em muitos outros Estados, mas não em todos. Ou seja, a potencial discussão sempre existiu.

Todavia, nesse contexto, então, seguiam-se os negócios jurídicos com a constituição, na grande maioria das vezes, da alienação fiduciária em garantia por instrumentos particulares em observância a todas as regras aplicáveis e, desse modo, ao nosso sistema jurídico como um todo.

O exemplo principal de que o tema não era pacificado em âmbito nacional está na Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde havia

188 Advogado, sócio da área de imobiliário de Demarest Advogados. Mestre em Direito Imobiliário pela Universidade de Illinois em Chicago. Professor convidado dos cursos de pós-graduação em Direito Imobiliário da ESA OAB/SP e LEGALE. Especialista em Direito Registral Imobiliário e em Direito Empresarial. Membro da MDDI - Mesa de Debates de Direito Imobiliário. Membro da Academia Nacional de Direito Notarial e Registral - AD Notare. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM.

189 Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

regra contrária em suas normas de serviço, compatível com a interpretação atual dada pelo Conselho Nacional de Justiça e que, então, já não permitia o uso de instrumentos particulares em operações fora do SFH e do SFI. Essa situação verificada no Tribunal mineiro é o melhor exemplo dos poucos Brasis afora, pois é a origem da alteração da interpretação.

Então veio a tal alteração da interpretação da referida regra trazida por decisão administrativa, que impõe que as operações de alienação fiduciária garantia fora do SFH e do SFI devam ser feitas, obrigatoriamente, por instrumento público.

Pouco me importa, por enquanto, a questão dos custos envolvidos dos emolumentos para outorgar uma escritura quando para o ato que antes era feito por instrumento particular. Por enquanto, pois, os custos envolvidos também são relevantes e já causam uma guerra de emolumentos entre serventias de diferentes Estados, à semelhança de uma guerra fiscal já tão debatida, travada por conta das diferenças dos custos em cada Estado, não obstante as existentes regras de competência para o ato notarial presencial ou remoto. Afinal, para toda boa regra, além de exceções, há os meios para driblá-la. Não tenho dúvidas de que esse será um tema a ser enfrentado muito em breve, pois já há inúmeras operações, envolvendo uma grande quantidade de diferentes imóveis, o que aumenta sobremaneira o custo de uma escritura pública de alienação fiduciária em garantia, nas quais tem se buscado a localidade com o menor valor para o ato ou até mesmo outras formas de garantias.

Importa fazer a análise científica dos desdobramentos dessa nova interpretação, partindo das consequências da seguinte questão que se coloca: “tendo-se que a regra da Lei não mudou e dela se verifica, agora, que a escritura pública para constituição da alienação fiduciária em garantia é condição de sua eficácia, tendo-se que um vício de forma é indutor da nulidade do ato, as alienações fiduciárias em garantia constituídas por instrumento particular estariam sujeitas à decretação de sua nulidade?”.

Enfrentar tal questão e ponderar sobre as consequências da alteração de interpretação me parece fundamental para uma avaliação jurídico-científica a respeito dos riscos envolvidos nos negócios já praticados, além de pautar os negócios que virão.

Vale dizer que o tema é de interesse óbvio dos credores, quer aqueles que possuem garantias constituídas, quer aqueles que não têm garantias e buscam algum bem de um devedor para satisfação de seu crédito. Quem sabe, então, essa via não permita o cancelamento de garantias anteriormente constituídas para, devolvendo o imóvel ao patrimônio do devedor, o torne acessível por outros credores. Até mesmo pelos devedores que, sem pudor ou medo de agir com a própria torpeza, talvez manejem esses mesmos argumentos para se livrar de alguma situação decorrente da garantia constituída por instrumento particular, ainda

que como um estratagema para, gerando uma discussão, coloque-se em alguma situação diferente para condução de nova negociação a respeito da sua dívida. Ainda que seja a discussão o objetivo e não o seu resultado, o ambiente é propício e os argumentos são fartos para esse fim.

Abro aqui um breve parêntese para um fundamental esclarecimento e agradecimentos. Depois de décadas de trabalho e estudos dedicados ao Direito Imobiliário, Direito Notarial e Registral, vi-me envolvido por iniciativa do Dr. Fabio de Almeida Braga, meu sócio dedicado à área de Direito Bancário no Demarest Advogados, jurista de mão cheia, pessoa admirável que muito me inspira e me alegra sobremaneira poder chamar de amigo, com a Comissão de Direito Bancário da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. Na comissão pude ver a relevância desse ramo do Direito a que tanto me dedico com uma amplitude para mim antes inimaginável. Pude ver na prática assuntos tão difíceis e inovadores serem debatidos e tratados com uma desenvoltura e uma eloquência própria de grandes mestres, além do Dr. Fabio de Almeida Braga, o Dr. Marcelo Tesheiner Cavassani, o Dr. Leonardo Nobuo Pereira Egawa, nossos líderes, presidente e vice-presidente, respectivamente, Dr. Alessandro Sacramento e por tantos outros diferentes membros da comissão com quem aprendo diariamente. Para mim, uma experiência deveras enriquecedora e desafiadora, na qual a participação nessa tão importante obra coletiva é apenas uma das muitas facetas.

Também divido com o leitor a minha alegria diária por poder trabalhar em equipe, atributo que tanto preso no Demarest é tão presente em todas as áreas do escritório. Nesse assunto específico, as discussões diárias sobre o tema puderam ser aprofundadas em seu conteúdo com a ajuda do inquieto e curioso Gabriel Correa Cristiano Moreira, estagiário do time imobiliário, bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro da Liga Acadêmica de Direito Imobiliário da mesma instituição, a quem agradeço pelas provocações e parceria no desenvolvimento de diferentes pesquisas, especialmente a que fizemos para subsidiar este trabalho.

Fecho o parêntese para enfrentar a questão proposta e ponderar a respeito das suas consequências. Para isso, importante traçar a trajetória dos eventos e destacar os demais elementos que suportavam a interpretação antes da alteração trazida pela decisão administrativa.

A questão surgiu com a própria Lei 9.514, quando da sua entrada em vigor em 20 de novembro de 1997. Consolidar a sua interpretação foi um processo demorado, tanto demorado quando demoraram as instituições financeiras a se utilizarem da alienação fiduciária em garantia. Não obstante as atualizações normativas em maior número no sentido de aceitar o instrumento particular, aquelas no sentido contrário seguiam. Especialmente, a discussão normatizada

administrativamente já pairava desde 2013¹⁹⁰ na Corte Mineira. Desde 2020, a Corregedoria Geral de Justiça da Corte Mineira tinha em suas Normas de Serviço, instituídas pelo Provimento Conjunto 93/2020, o artigo 954¹⁹¹, o qual estava em vigor quando da primeira decisão do Conselho Nacional de Justiça a respeito e especificava as entidades permitidas para utilização do instrumento particular para alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

A primeira chacoalhada no assunto aconteceu em 16 de outubro de 2023, por consequência da decisão exarada no procedimento de controle administrativo 0000145-56.2018.2.00.0000, a qual confirmou a validade da norma da Corte Mineira. Chacoalhada parcial, pois tinha os seus efeitos adstritos ao Estado de Minas Gerais. Informalmente, no entanto, essa decisão já alterou o entendimento sobre ao assunto em outros Estados nos quais não se discutia mais a forma pública ou particular. Quer pela cautela do advogado, quer pela sugestão, ou por que não dizer sugestão veemente, de alguns registradores imobiliários, a discussão voltou à pauta.

Em 05 de junho de 2024 o assunto então foi pacificado em âmbito nacional, quando o Conselho Nacional de Justiça determinou a publicação de provimento que impõe a modificação das normas das corregedorias estaduais para estabelecer que apenas as entidades vinculadas ao Sistema Financeiro Imobiliário e ao Sistema Financeiro de Habitação, além das administradoras de consórcio de imóveis, estão autorizadas a constituir alienação fiduciária de bem imóvel em garantia por intermédio da formalização de instrumentos particulares.

Essa decisão decorre do Pedido de Providências nº 0008242-69.2023.2.00.0000, e por força dela foi editado o provimento 172, de 05 de junho de 2024¹⁹² específico por parte do Conselho Nacional de Justiça, a fim de aditar o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional para acrescentar o artigo 440-AN, o qual determina que os instrumentos particulares de constituição de alienação fiduciária só podem ser utilizados pelas entidades acima mencionadas, além das cooperativas de crédito.

Na decisão destacou-se que o artigo 38 da Lei nº 9.514/97 prevê que os instrumentos de constituição de alienação fiduciária em garantia poderão ser formalizados mediante escritura pública ou instrumento particular com efeitos de escritura pública. O cerne da discussão está exatamente na expressão “instrumento particular com efeitos de escritura pública”. O Conselho Nacional de Justiça

190 Tem-se desde 2013 os Provimentos CGJMG 260/2013, 299/2015 e 345/2017 até que se alcançou o mencionado Provimento Conjunto.

191 Art. 954. Os atos e contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, desde que, neste último caso, seja celebrado por entidade integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, por Cooperativas de Crédito ou por Administradora de Consórcio de Imóveis. (grifado)

192 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5614>, acesso em 02/08/2024.

entendeu que, por força de tal previsão, apenas as entidades acima mencionadas estarão legitimadas a valer-se de instrumentos particulares para constituírem garantia fiduciária.

O assunto se desenrola para além da mera discussão da obrigatoriedade ou não do uso de escritura pública em determinadas situações. Devem, ainda, ser consideradas outras questões, tais como a eventual restrição para as operações habitacionais, a adequada caracterização de créditos imobiliários e, notadamente, a possibilidade de virem a ser questionadas garantias constituídas por instrumentos particulares, diante dos efeitos do vício pela não observância da forma, suportado esse questionamento pelos mesmos argumentos que suportam o entendimento do Conselho Nacional de Justiça.

Há, ainda, nessa decisão, aterrorizante argumento de *imprescindibilidade da tutela pública em negócios privados para conferir-lhes juridicidade e autenticidade*¹⁹³. É de arrepiar ver tamanho autoritarismo desconexo com a realidade de um país que ainda preza (ou deveria prezar) pela livre iniciativa, pelo bem-estar e pela geração de riquezas a partir da iniciativa privada, inclusive para sustentar o Estado, o Poder Judiciário e a Corregedoria Nacional de Justiça, para citar algumas das instituições que desvirtuam os seus papéis constitucionais e agem como verdadeiras âncoras, na acepção marítima do termo. Quiçá não seja esse um exemplo da liberdade que se esvai pelas nossas mãos sem que percebamos para reagir. Parece que não, afinal, apenas propositalmente é possível desconsiderar tamanha incongruência da decisão pelo seu efeito mais simples, pois se a tutela pública nos negócios privados fosse, de fato, imprescindível, talvez fossem os contratos do SFH aqueles merecedores da maior tutela, pois além da esmagadora maioria dos contratos, compreendem relação entre desiguais, hipossuficientes. Melhor esclarecer desde logo para não passar qualquer impressão errada ou dar ideia distorcida ao candidato a “chanceler supremo”¹⁹⁴ de plantão: são exatamente esses contratos que demonstram o bom funcionamento do sistema, sem a intervenção de um notário, mas com a intervenção do judiciário no caso concreto quando necessário, a corroborar o descolamento da decisão com a realidade dos negócios jurídicos que ela afeta e a sua parcialidade.

A discussão não se encerrou. A decisão acima e o seu consequente provimento foram desafiados em ação autônoma, mandado de segurança de compe-

193 Vide o segundo parágrafo da quarta página da decisão, onde se aduz “A despeito da atribuição de efeitos de escritura pública a instrumento particular, não se pode olvidar a importância e imprescindibilidade da tutela pública em negócios privados para conferir-lhes juridicidade e autenticidade, a qual revela pela presença, nesses atos jurídicos, de instituições financeiras integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário.”

194 Aqui tomo a liberdade de fazer uma referência cinematográfica, quando no filme “A Ameaça Fantasma” um personagem manipula o sistema representativo e se torna democraticamente o líder único, com poderes ilimitados sobre um parlamento apenas formal.

tência originária do Supremo Tribunal Federal. No entanto, independentemente do deslinde, entendendo que a discussão está posta, os argumentos devem ser considerados e as discussões, nos casos concretos, serão travadas.

Indico os elementos específicos que permeiam essa discussão.

O artigo 108 do Código Civil prevê que, não havendo disposição em contrário, devem ser celebrados, por escritura pública, os negócios jurídicos que visem a constituição de direito real sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o salário-mínimo vigente no País. No entanto, há legislação em contrário e é a legislação que era observada.

A disposição contrária ao artigo 108 e que era observada, pois objeto de lei especial, consiste no já mencionado artigo 38 da Lei nº 9.514/97. Portanto, a regra constante do artigo 108 do Código Civil não colide com a norma da Lei especial que estabelece o contrário. Soma-se a tal fato dois importantes elementos.

O primeiro, que a Lei dos Registros Públicos¹⁹⁵, a qual regula os atos notariais e registrais que interessam à análise neste trabalho, acomoda essa situação em seu artigo 221, inciso II, o qual prevê que escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e pelas testemunhas, com as firmas reconhecidas, são instrumentos que admitem registro imobiliário, condição de eficácia da garantia.

O segundo, diz respeito à autonomia do Oficial delegatário do serviço de registro de imóveis na análise dos títulos submetidos à sua qualificação, nos termos do artigo 28 da Lei nº 8.935/94¹⁹⁶. Destaco que é essa autonomia que leva o registrador imobiliário a exigir certidão negativa de tributos federais para um ato de registro independentemente da norma infralegal, da norma de sua Corregedoria Geral de Justiça, mas, levando em conta o disposto em Lei, nesse caso, Código Tributário Nacional¹⁹⁷. Há dúzias e dúzias de decisões administrativas e judiciais afastando essa responsabilidade do registrador. Existe norma da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e de muitos outros Estados afastando essa responsabilidade, mas, ainda assim, esse tipo de exigência se mantém com base no texto da Lei.

O ponto aqui é o seguinte. Nessa situação o registrador não observa a norma administrativa e leva e conta a redação da Lei. Então, nada justificaria

195 Lei 5.015/73, em vigor desde 1º de janeiro de 1976, alterada pontualmente no tempo como neste texto indicado.

196 Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

197 Lei 5.172/66, que no inciso VI do seu artigo 134, estabelece que: Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; [...]

considerar uma norma administrativa que não observa a Lei na qualificação de uma alienação fiduciária em garantia outorgada por instrumento particular.

Não cabe ao registrador desconsiderar vontade das partes, quando capazes, iguais e legitimamente representadas no título sob qualificação para registro, se essa vontade guarda coerência e respeita a legislação pertinente. Sem novidades em relação a esses aspectos, pois visão sobre o assunto deve ser afastada e atualizada no contexto, obviamente legal, contido na Lei da Liberdade Econômica¹⁹⁸, a qual deve ser observada na aplicação e na interpretação dos contratos e das normas, inclusive de registros públicos e, por força dela, não poderá ser indevidamente exigida especificação técnica desnecessária para os fins pretendidos. Diga-se, aliás, que essa desnecessidade é patente diante da infinidade de exemplos no sentido oposto e coerente com o conceito jurídico atual de interpretação da Lei trazido pela Lei da Liberdade Econômica.

Nesse sentido, a autonomia do registrador para proceder à qualificação e registro dos títulos que lhe são apresentados deve ser respeitada, mas não pode ser tida como ilimitada, devendo o juízo de valor ser feito nos limites da Lei.

Infelizmente, essa análise pautada pela conveniência particular de cada registrador é comum e gera tamanha insegurança, além de ser ilegal. Fundamento essa minha afirmação de ilegalidade com base na regra contida no parágrafo do único do artigo 30 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁹⁹.

Então, essa interpretação nova é vinculante aos registradores por força desse mesmo artigo da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro e da necessária lealdade intelectual no tratamento de quaisquer assuntos. De fato, vejo como vinculante e, pensando que alguma definição é melhor do que nenhuma definição, quem sabe esse tema pacificado poderia trazer um pouco de segurança jurídica ao ambiente dos negócios, não fossem as consequências aqui articuladas e debatidas.

A nulidade é um instituto jurídico que visa a preservar a validade e a eficácia dos atos jurídicos, impedindo que sejam produzidos ou mantidos aqueles que contrariam os requisitos legais essenciais para a sua formação.

198 Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

§ 4º O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no inciso I do caput e nos § 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.

199 Decreto-Lei 4.567/42. Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

A nulidade absoluta é aquela que decorre da violação de uma norma de ordem pública, que tem por finalidade proteger o interesse geral da coletividade, e que não pode ser convalidada pela vontade das partes envolvidas no ato ou pelo decurso do tempo. A nulidade absoluta pode ser reconhecida de ofício por um juiz ou alegada por qualquer interessado, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, e seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da prática do ato. É o clássico escolar exemplo das primeiras semanas do curso de Direito, repetido incansavelmente pelos professores dizendo “se é nulo é como se nunca tivesse existido”. Nas palavras do preclaro jurista e meu colega sócio do Demarest Advogados Dr. Silvio de Salvo Venosa, “a função da nulidade é tornar sem efeito o ato ou negócio jurídico. A ideia é fazê-lo desaparecer, como se nunca houvesse existido. Os efeitos que lhe seriam próprios não podem ocorrer. Trata-se, portanto, de vício que impede o ato de ter existência legal e produzir efeito, em razão de não ter sido obedecido qualquer requisito essencial.”²⁰⁰ Não tenho dúvida alguma ao ler o artigo 166 do Código Civil e encontrar em seus incisos IV e V²⁰¹ os dois elementos já acima destacados, forma prescrita em lei ou solenidade que a Lei considere essencial para a validade do ato.

A escritura pública é indubitavelmente ato solene, revestido das formalidades que lhe asseguram as presunções de veracidade e de legalidade na colheita da manifestação de vontade das partes.

No âmbito do direito registral imobiliário, a nulidade dos atos praticados perante os cartórios de registro de imóveis é regulada pelos artigos 214 e 216 da Lei dos Registros Públicos, que estabelecem as hipóteses de nulidade absoluta e relativa dos registros, bem como os procedimentos para a sua declaração judicial ou administrativa. De acordo com esses dispositivos legais, são considerados nulos os registros feitos com base em títulos nulos de pleno direito. Destaco a redação do artigo 216²⁰², na qual fica clara a possibilidade de ação direta para declaração de nulidade do registro, coerentemente com a presunção relativa de legalidade²⁰³ dos registros públicos.

Essas hipóteses de nulidade absoluta dos registros podem ser arguidas a qualquer tempo, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, perante o juízo competente, mediante ação direta ou incidental.

200 Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, Vol. 1. Pg. 453.

201 Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; [...]. (grifado)

202 Art. 216 - O registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução.

203 Destaco a única exceção consistente no Registro Torrens cujas normas procedimentais foram extirpadas do nosso sistema jurídico pelas revisões do Código de Processo Civil, não obstante ainda sobreviventes as normas materiais a respeito, nos artigos 277 a 288 da Lei dos Registros Públicos. O Registro Torrens tem presunção absoluta de legalidade e, conseqüentemente, não admite prova em contrário ou desafio de qualquer natureza.

Para asseverar se tratar de nulidade, importante demonstrar que, por outro lado, coerentemente com o que dispõe o artigo 171 do Código Civil, são considerados anuláveis os negócios jurídicos por incapacidade relativa do agente, por vícios resultante de erro, dolo ou coação, ou, por exemplo, que tiverem sido lavrados com base em procuração falsa ou inidônea, ou sem poderes suficientes, ou revogada. Tem-se das lições do Dr. Silvio de Salvo Venosa que “os negócios jurídicos anuláveis podem convaler por duas razões, tornando-se eficazes. Primeiramente, pelo decurso do tempo, pois os atos anuláveis têm prazo de prescrição ou decadência mais ou menos longos; decorrido o lapso prescricional ou decadencial, o ato ou negócio torna-se perfeitamente válido. Há como que ratificação presumida do ato; o interessado que poderia impugná-lo queda-se inerte. A segunda possibilidade de convalhecimento do negócio anulável é a ratificação.”²⁰⁴

Os efeitos da anulabilidade são claramente diferentes, como bem se sabe, coerentemente com as causas e, para a análise da questão, tratar das hipóteses de anulabilidade reforça que o vício de forma leva à nulidade e não à anulabilidade.

E assim deve ser, pois o que é nulo não se convalida. Uma vez mais ouço a repetição tão comum do início do curso de Direito, pois, se a consequência do ato nulo é a sua inexistência, de fato não se admite que seja convalidado. É a regra de clareza ímpar que se encontra no artigo 169 do Código Civil e que repercute com enorme intensidade da jurisprudência²⁰⁵.

A redação do referido artigo 38 passou por alterações desde a publicação da Lei 9.514/97, tendo todas as suas diferentes redações permitido a possibilidade de se firmar o negócio jurídico da alienação fiduciária em garantia por instrumento particular. A redação original do artigo 38²⁰⁶ na Lei nº 9.514/1997, que vigorou até 2001, permitia a formalização da alienação fiduciária por meio de instrumento particular apenas às pessoas físicas beneficiárias da operação, afastando, apenas para essas, a incidência da regra geral que era estabelecida pelo art. 134, II, do Código Civil de 1916²⁰⁷.

204 Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*, Vol. 1. Pg. 464.

205 A saber: “Agravado de instrumento – Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c.c. Indenizatória. Venda de automóvel realizada com documentos extraviados do agravado. Afastamento da decadência e prescrição. Negócio jurídico nulo. Ausência de manifestação de vontade do titular do direito. Ato simulado que não se convalida com o tempo. Aplicação da regra do artigo 169 do Código Civil. Decisão mantida. Recurso não provido” (TJSP – AI 2015739-57.2015.8.26.0000, 18-6-2015, Rel.^a Daise Fajardo Nogueira Jacot). (grifado). E mais, dentre tantos outros: (TJSP – Ap 0000358-53.2012.8.26.0063, 14-3-2016, Rel. Paulo Ayrosa) (TJMG – AC 1.0079.09.941953-7/001, 21-5-2019, Rel. Pedro Bernardes) (STJ – Acórdão AgRg no Recurso Especial 1.132.748/SP, 21-3-2013, Rel. Min. Raul Araújo) (STJ – REsp 1748504/PE, 21-5-2019, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

206 Redação original: “Art. 38. Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil.” (grifado)

207 Código Civil de 1916: “Art. 134. É, outro sim, da substância do ato a escriptura publica. II. Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola. (Redação dada pela Lei nº 7.104, de 1983)” (sic. Porém, anota-se a retidão na ortografia na época, mas não mais coerente com as normas ortográficas em vigor).

A redação original afastava a aplicação da regra geral, diferentemente da redação atual, tendo em vista o caráter de essencialidade do texto vigente à época, que não apresentava qualquer ressalva para a sua aplicação.

Nas redações posteriores da original da Lei nº 9.514/1997, em 2001²⁰⁸ e em 2004²⁰⁹, antes ainda da atualmente vigente, o legislador alterou a prerrogativa até então exclusiva das pessoas físicas, permitindo que qualquer pessoa, física ou jurídica, pudesse realizar a formalização da garantia por instrumento particular, sendo atribuídos a esses o caráter de escritura pública. Além disso, foi atribuída especificidade ao rol de contratos com permissão para serem formalizados por instrumento particular, visto que a redação anterior dava margem ao entendimento que somente os contratos de alienação fiduciária se aplicavam, não estando incluídas as operações vinculadas a ela.

Dessa forma, levando em consideração todas as alterações implementadas no artigo 38 da referida lei, parece clara a intenção do legislador em facultar a forma de instrumentalização da garantia, visto que as redações anteriores, alteradas, eram claras e não davam margem a questionamentos acerca da possibilidade da celebração por instrumento particular.

Assim, parece-me razoável afirmar que a postura do Conselho Nacional de Justiça fere a intenção do legislador, além de desvirtuar a competência funcional do órgão, visto que a competência para interpretação das normas infraconstitucionais cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

Em termos práticos, apesar de tal postura pacificar um tema controverso, de forma a padronizar o entendimento sobre a forma da contratação da garantia que antes divergia de acordo com o ente federativo, ela traz as consequências práticas aqui apontadas e que merecem atenção. Os registros públicos são obrigados a cumprir as normas que os regulamentam, de modo que os Cartórios de Registros de Imóveis devem recusar o registro da alienação fiduciária formalizada por instrumento particular às entidades que não integram o SFH ou o SFI.

Em suma, a decisão, no aspecto formal, aplica-se apenas aos procedimentos relativos aos serviços registrais, mas esbarra, no plano material, no acesso dos particulares ao registro imobiliário. No caso, ao interpretar de forma restrita quais entidades estão autorizadas a formalizar a alienação fiduciária por ins-

208 “Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil.” Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001 (grifado).

209 “Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito.” Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004 (grifado).

trumento particular, a decisão implica que os contratos assim celebrados pelas entidades não autorizadas não são capazes de produzir efeitos jurídicos contra terceiros, além de impedir a utilização dos meios extrajudiciais de execução, dado que o registro possui natureza constitutiva da propriedade fiduciária. Entretanto, é importante ressaltar que tal fato não retira a validade e a eficácia do contrato de alienação fiduciária entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante.

Como já dito, tal ideia é capaz de municiar terceiros a pleitearem o desfazimento de propriedades fiduciárias previamente constituídas. Assim, as mesmas razões podem vir a ser levadas a juízo e, ainda, poderiam ser utilizados de base para a formulação da decisão judicial. Apesar da decisão extrajudicial não se vincular aos juízes, por ser uma orientação própria do judiciário, pode ser uma grande aliada no argumento do terceiro credor.

Reconhecer que esses atos foram tomados de forma deliberada e consciente pelo Conselho Nacional de Justiça se impõe. Apesar da previsível potencial confusão aqui explanada, decidiu-se por seguir esse caminho e a confirmação desse contexto vem na tentativa de modulação dos seus efeitos. Ou seja, querem fazer crer que os instrumentos particulares outorgados e registrados seguiriam ilesos, válidos e eficazes. Papel, de fato, aceita qualquer coisa, mas o olhar sistêmico a respeito faz com que se verifique com facilidade que se pretende convalidar ato nulo, com retumbante incoerência e conflito num mesmo raciocínio.

Apesar de a modulação de efeitos através do Provimento nº 175/2024 se mostrar uma tentativa de medida acertada a fim de resguardar a segurança jurídica, protegendo o terceiro de boa-fé e o ato jurídico perfeito firmado antes da vigência da decisão, a discussão teórica que reformou e uniformizou o entendimento acerca da instrumentalização da alienação fiduciária escancara a possibilidade de intervenção judicial na busca do desfazimento dessas garantias, ainda que de má-fé, por parte de terceiros ou ainda do devedor fiduciante, na tentativa de se livrar da oneração do imóvel. Inclusive, penso que a autonomia do Magistrado e a sua livre convicção guarda diferenças necessárias e bem delimitadas com a autonomia do delegatário da Serventia de Registro Imobiliário. Ao pensar que, pelo fato de as decisões judiciais não serem afetadas pelas normas extrajudiciais, não poderiam ser elas afetadas pela modulação temporal do Provimento.

O embate é importante. De um lado, o órgão administrativo incompetente para interpretar norma infraconstitucional o faz em arrepio da Lei e afrontando a liberdade nos negócios privados, impondo sob argumento autoritário uma interpretação que abre uma discussão que pode levar ao reconhecimento de uma nulidade e, com ele, a declaração de inexistência de negócios jurídicos acessórios de garantia imobiliária. De outro, a boa fé e o ato jurídico perfeito e acabado, somados à presunção de legalidade do registro público que, ainda que relativa,

serve para suportar os atos praticados. Assim eu resumo as diferentes forças que muito provavelmente serão avaliadas nos casos concretos Brasil afora.

Tendo-se que a regra da Lei não mudou e dela se verifica, agora, que a escritura pública para constituição da alienação fiduciária em garantia é condição de sua eficácia, tendo-se que um vício de forma é indutor da nulidade do ato, as alienações fiduciárias em garantia constituídas por instrumento particular estariam sujeitas à decretação de sua nulidade? A resposta, na minha opinião é positiva. A discussão a respeito da nulidade é óbvia e, para mim, depende apenas do respectivo interesse de agir do eventual interessado e das circunstâncias próprias do caso concreto para que se possa avaliar a chance de êxito. Anoto que não é incomum que o êxito pretendido seja a discussão em si.

A vermos, atentos e informados, como se desenvolve o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406 de 10.01.2002 / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. – 18. ed. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2024.

Lei de Registros Públicos comentada: Lei 6.015/1973 / coordenação José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis, Everaldo Augusto Cambler. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil / Caio Mário da Silva Pereira; atualizadora e colaboradora Maria Celina Bodin de Moraes. – 34. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Registros públicos / coordenação Alberto Gentil. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023.

STJ. 2ª Seção. EREsp 1.866.844-SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/9/2023 (Info 789).

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral / Sílvio de Salvo Venosa. – 23. ed., – Barueri [SP]: Atlas, 2023.

A REPRESENTAÇÃO DOS DEBENTURISTAS NO CONTEXTO DA LEI 11.101/05

ALFREDO CABRINI²¹⁰

ANA CAROLINA PICARONE ANDRIOLLI²¹¹

RAFAEL MIRANDA²¹²

INTRODUÇÃO

O mercado de insolvência tem crescido exponencialmente nos últimos cinco anos. Desastres ambientais, crises de saúde pública, COVID-19, políticas socioeconômicas implementadas em trocas de governos, políticas externas e internacionais, são apenas pontas de crises que o Brasil (não isoladamente) vem enfrentando e que, é claro, não deixa o empresário passar ileso.

O aumento no número de pedidos de recuperação judiciais no país é resultado disso. Somente em março de 2024, registrou-se um aumento de 94,7% no número de pedidos de recuperação judicial em comparação ao mesmo mês, em 2023²¹³. Como resultado, o que temos visto na prática é, também, uma necessidade de malabarismo jurídico para que as reestruturações tenham sucesso.

São inovações em meios de recuperação judicial, formas alternativas de venda de ativos, comunidade de credores sendo criadas para condução da atividade empresarial, planos de pagamento estruturados e complexos, em resumo, estruturas sofisticadas de pagamento que vem sendo negociadas. É comum hoje, por exemplo, estruturas de planos que discutem a emissão de valores mobiliários para a quitação da dívida sujeita.

Paralelamente, como não poderia ser diferente dado as crises de insolvência enfrentadas, temos um mercado mobiliário que parece crescer lado a lado com a

210 Advogado no escritório Sacramone, Orleans e Bragança Advogados. Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP).

211 Advogada especializada em contencioso cível e empresarial. Possui experiência em disputas estratégicas envolvendo reestruturação de dívidas, recuperação de crédito, processos de insolvência (recuperações judiciais, extrajudiciais e falência) e litígios societários.

212 Advogado regularmente inscrito pela OAB-SP e com sólida atuação empresarial e contenciosa. É bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e associado no escritório Sacramone, Orleans e Bragança Advogados.

213 Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/pedidos-de-recuperacao-judicial-sobem-947-em-marco/#:~:text=Foram%20registrados%20183%20pedidos%20de,maior%20n%C3%B3Amoro%20registrado%20neste%20ano>. Acesso realizado em 6 de agosto de 2024.

insolvência. Somente no ano de 2024, estima-se que já foram emitidos cerca de R\$ 175.9 bilhões, sendo desses R\$ 77.2 bilhões em debêntures²¹⁴.

As debêntures, que antes parecia ser um título para poucos, têm se tornado importante carta na manga dos empresários que se valem do título para obter financiamentos ou, de certa forma, quitar dívidas anteriores com a sua reestruturação e troca de papéis, podendo se valer da dedução do pagamento de juros, por exemplo, como despesa financeira.

Dito isso, em um cenário em que as debêntures parecem ser os créditos do momento, discussões vem surgindo a respeito do impacto dessas debêntures aos seus credores diretos, portanto, titulares das debêntures.

Conforme será tratado ao longo deste artigo, a Lei exige no papel da debênture a eleição de um representante que terá a função de preservar os interesses dos seus titulares, o chamado agente fiduciário.

O agente fiduciário é uma versão melhorada e atualizada daquilo que um dia chamamos de “representante da comunhão”, previsto no Decreto 781/1938, com uma influência direta do *indenture trustee*, previsto no direito norte-americano. A sua legitimidade, por sua vez, embora delimitada, na prática ainda é objeto de grandes entraves jurídicos.

A delimitação do papel do agente fiduciário tem ensejado discussões altamente especializadas, especialmente nos processos de recuperação judicial, que são afetados com o impacto da representação dessa figura, quando em comparação com a representação do próprio credor, titular da debênture.

Embora a lei não ofereça respostas diretas para os conflitos que vem surgido em torno do tema, a prática tem revelado algumas estratégias, contra e a favor daqueles que defendem a representação dos debenturistas, obrigatoriamente pela figura legal do agente fiduciário.

2. A FIGURA DO AGENTE FIDUCIÁRIO E A REPRESENTAÇÃO DOS DEBENTURISTAS

O agente fiduciário é uma figura que nasce com a Lei 6.404/1976 (“LSA”) e que tem por característica principal a representação da comunhão de debenturistas perante a companhia devedora, na emissão de debêntures, além de outros deveres e obrigações impostas *ex legis*.

214 Disponível em: [https://agenciagov.etc.com.br/noticias/202404/emissoes-de-valores-mobiliarios-em-alta-no-primeiro-trimestre-de-2024#:~:text=Emiss%C3%A3o%20de%20deb%C3%AAntures%20e%20outros%20r%C3%ADtrulos%20sobe%2050%25%20no%20primeiro%20trimestre,-Crescimento%20se%20d%C3%A11&text=O%20ano%20de%202024%20come%C3%A7ou.\(R%24%20118.3%20bilh%C3%B5es\)](https://agenciagov.etc.com.br/noticias/202404/emissoes-de-valores-mobiliarios-em-alta-no-primeiro-trimestre-de-2024#:~:text=Emiss%C3%A3o%20de%20deb%C3%AAntures%20e%20outros%20r%C3%ADtrulos%20sobe%2050%25%20no%20primeiro%20trimestre,-Crescimento%20se%20d%C3%A11&text=O%20ano%20de%202024%20come%C3%A7ou.(R%24%20118.3%20bilh%C3%B5es).). Acesso realizado em 6 de agosto de 2024.

A despeito do nascimento apenas na década de 70, a figura de um representante que pudesse ser nomeado para fazer frente aos interesses da coletividade dos portadores de debêntures, já existia. No âmbito do Decreto 781/1938 (“Decreto”), as debêntures, que eram popularmente conhecidas como meras obrigações de mútuo assumidas, usualmente traziam com si a figura de um representante designado.

Esse representante, por sua vez, tinha a função de, em conjunto com as Assembleias Gerais, tomar “os atos relativos ao exercício dos direitos fundados nos contratos desses empréstimos ou nos títulos emitidos em virtude deles e cujos efeitos se estendam à coletividade dos seus portadores” (conforme art. 2º do Decreto).

De forma mais robusta e atualizada, o agente fiduciário foi inserido na LSA como um importante e exigido agente na emissão das debêntures, tendo para si, reservado diversos dispositivos de lei que buscam delimitar o seu escopo de atuação, mas que não parecem resolver nuances, especialmente processuais, a respeito da sua função de representação.

De acordo com a LSA, há obrigatoriedade de nomeação e intervenção de um agente fiduciário dos debenturistas nas escrituras de emissão de debêntures, sejam elas públicas ou particulares, segundo dispõe o art. 61, §1º, o que é reforçado nas resoluções emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) (vide, p.e. CVM 160/2022).

O papel do agente fiduciário, por sua vez, segundo os “Deveres e Atribuições” da própria LSA, é de *representação da comunhão de debenturistas perante a companhia emissora*, reservando para si os deveres de, dentre outros pontos, proteger os direitos e interesses dos debenturistas, elaborar relatórios periódicos a serem encaminhados aos titulares do crédito a respeito do cumprimento das obrigações assumidas pela emissora, notificação dos debenturistas, dentre outros pontos (vide art. 68 da LSA).

Os deveres são reforçados em diversas resoluções e avaliações feitas pela Comissão de Valores Mobiliários. A título exemplificativo, veja o disposto na Nota Explicativa CVM nº 27/1983, segundo a qual “a presença do agente fiduciário nas emissões públicas deve ser contínua [...] visando à proteção continuada dos direitos daqueles que representa”.

Se o papel do agente fiduciário, delimitado pela LSA, é, como reforçado, representar a comunhão, nada mais lógico que concluir que não se trata de uma transferência dos direitos dos debenturistas, esses sim, titulares do crédito, mas, apenas, um *compartilhamento* da legitimidade para se fazer representar e tomar determinadas medidas em defesa dos direitos e interesses dos debenturistas.

Dispõe o art. 18 do Código de Processo Civil (“CPC”) que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo

ordenamento jurídico”. Nesse sentido, há quem defenda que a LSA ressalva a legitimidade do agente fiduciário, permitindo, portanto, que nasça a *legitimidade extraordinária* do agente para representação processual dos interesses e direitos dos debenturistas como uma comunhão.

Fato é que a legitimidade, enquanto extraordinária, não reduz e não permite que sejam reduzidos, em nenhuma medida, os direitos daqueles que são titulares do direito e, portanto, titulares da legitimação ordinária.

Tanto é verdade que, conforme estabelecido no artigo 71 da LSA, os debenturistas têm o direito expresso de se reunir em assembleia a qualquer tempo para tomar medidas que interessem ao coletivo. Nesse mesmo sentido, os debenturistas também têm o direito de ceder seus títulos a terceiros sem a necessidade de notificação prévia ao agente fiduciário.

Ou seja, embora se trate de legitimidade extraordinária, que não reduz a legitimação ordinária, fato é que, ainda assim e como será abordado ao longo deste artigo é preciso uma segurança jurídica no que diz respeito, especialmente, ao direito de representação processuais dos debenturistas não dissidentes, ou seja aqueles que não optaram pela autorrepresentação, enquanto comunhão ou indivíduos singulares.

Por muitas vezes, em processos de recuperação judicial e falências, por exemplo, ante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, as representações processuais e materiais para fins de assembleia geral de credores, tem se dado por meio da figura do agente fiduciário.

Ocorre que, muitas vezes essa representação pode não estar alinhada com os interesses de um dos debenturistas isoladamente e/ou pode não significar o impacto do voto a que teriam direito os debenturistas se pudessem se fazer representar separadamente. É sob esse aspecto que surgem as discussões do computo do voto dos debenturistas, em especial daqueles que não optaram pela autorrepresentação.

Tem-se visto pedidos formulados pelo próprio agente fiduciário ao juízo da recuperação judicial para que seu voto seja computado pelos valores totais das debêntures que compõe a comunhão por ele representada e, simultaneamente, pelo número de debenturistas que integram a comunhão por ele representada.

Embora a LSA confira ao agente fiduciário deveres e atribuições centrados nos interesses dos debenturistas—como a administração do crédito e das garantias, bem como a proteção pecuniária frente à companhia emissora e ao mercado—, ela não detalha disposições específicas sobre a representação processual. Esta lacuna se torna especialmente relevante em processos de recuperação judicial, que exigem a colheita de votos para verificar o interesse individual de cada credor numa coletividade de crédito concursal.

O papel do agente fiduciário em tais circunstâncias destaca a complexidade da representação dos debenturistas, particularmente na determinação de como seus votos são contabilizados. Conforme estipulado pelo Enunciado 76 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, os debenturistas que optarem pela autorrepresentação terão seus direitos de voto respeitados individualmente. No entanto, a representação dos debenturistas não dissidentes, que se mantêm sob a égide do agente fiduciário conforme os termos da escritura de debênture, suscita debates significativos.

A controvérsia se acentua ao se discutir se o voto exercido pelo agente fiduciário deve ser considerado como uma única cabeça representativa do grupo ou como várias cabeças votando individualmente. Esta questão é de suma importância, pois pode alterar drasticamente o controle do quórum necessário para a aprovação do plano de recuperação judicial. O entendimento adotado pode impactar tanto a segurança da devedora, que pode perder o controle das negociações para aprovar o plano, quanto a dos próprios debenturistas. Apesar de representarem um volume significativo de crédito e alinharem diversos atores do mercado, como instituições financeiras e fundos, a forma como os votos são contabilizados pode reduzir sua influência na aprovação do plano.

Este artigo utilizará o caso da recuperação judicial da Americanas S.A. como ponto de partida para uma análise breve, porém significativa, sobre o cômputo do voto do agente fiduciário de debêntures. A discussão central neste incidente gira em torno da maneira como os votos são contabilizados em assembleias de credores, refletindo questões mais amplas sobre a representação dos debenturistas. Embora a análise não esgote o tema, ela oferece uma base sólida para entender as nuances relacionadas à representação dos debenturistas em contextos de recuperação judicial, explorando a interação entre direitos individuais e coletivos e os desafios práticos que emergem.

3. O DIREITO DE VOTO DOS DEBENTURISTAS FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES DA LREF | O CASO AMERICANAS

No contexto da recuperação judicial, o voto representa a confiança depositada nos credores pela Lei 11.101/05 (“LREF”) para decidir sobre o destino da empresa em dificuldade. Segundo Eduardo Munhoz²¹⁵, o voto, juridicamente, é sempre uma manifestação de vontade individual de um sujeito específico,

215 MUNHOZ, Eduardo Secchi; PATELLA, Laura Amaral. Parecer Jurídico. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recuperação Judicial n. 5046520-86.2021.8.13.0024. Órgão Julgador: 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Data do Julgamento: jun. 2022.

que contribui para uma deliberação coletiva, cujo resultado pode, ou não, ser imputado a um grupo maior.

A previsão legal desse direito está estabelecida no artigo 39 da LREF, que pode ser entendido como um direito concedido ao credor para, através de uma declaração de vontade unilateral, autônoma e independente, deliberar sobre as questões submetidas à assembleia geral de credores, conforme estabelecido no artigo 35 da mesma lei.

O artigo 39 da LREF estipula que todos os credores constantes do quadro geral de credores têm direito a voto, com indicação da natureza e classificação de seus créditos, bem como dos valores, conforme a relação apresentada pelo administrador judicial ou, na sua ausência, pelo próprio devedor.

Esse direito de voto é conferido a todos os credores com interesse econômico em satisfazer seus créditos, desde que não estejam impedidos de votar. O exercício do voto é facultativo e proporcional ao valor do crédito que o credor possui em relação ao devedor, conforme a regra estabelecida pelo artigo 38 da LREF.

Por meio do voto, o credor com interesse econômico — e elegível para exercê-lo — pode expressar sua posição na busca pela satisfação de seu crédito, promovendo alterações nas condições originais de pagamento sugeridas, o que resulta na novação da dívida. Entre esses credores, encontram-se os debenturistas, que, apesar de representados por um agente fiduciário, são os efetivos credores e, portanto, possuem o poder processual do direito de voto.

O legislador, com o intuito de prevenir abusos potenciais por parte de grandes grupos financeiros que poderiam, devido à relevância de seus créditos, exercer uma influência desproporcional nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, adotou uma abordagem específica na contagem dos votos (LREF, art. 45, §§1º e 2º).

O quórum ordinário para aprovação do plano de recuperação exige que cada uma das classes de credores na assembleia geral de credores aprove o plano por maioria dos presentes. No entanto, essa maioria é calculada de forma distinta conforme a classe de credores.

Na classe I, que abrange os titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, e na classe IV, que inclui microempresários e empresários de pequeno porte, a maioria exigida corresponde a mais da metade dos credores presentes, independentemente do valor do crédito. Nesses casos, o voto é contabilizado “por cabeça”, ou seja, considera-se apenas o número de credores presentes, sem levar em conta o valor dos créditos que representam.

Já nas classes II e III, que incluem credores com garantia real e credores quirografários, com privilégio especial, geral e subordinados, a contagem dos votos é feita de maneira mais complexa. Para que o plano seja aprovado, é necessário que se cumpram dois critérios simultâneos: votos favoráveis de mais da metade

dos credores presentes em cada uma dessas classes e, ao mesmo tempo, votos que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes de cada classe na assembleia. Assim, a aprovação exige uma dupla maioria: tanto “por cabeça” quanto “por valor de crédito”, garantindo um equilíbrio entre a representatividade numérica e financeira dos credores²¹⁶.

Essa dupla contagem reflete a intenção do legislador de assegurar uma representação mais equitativa dos diversos interesses envolvidos no processo de recuperação judicial. Ao prever a contagem “por cabeça” para os trabalhadores, que possuem uma posição mais vulnerável, e, de forma similar, para os credores quirografários, o legislador buscou equilibrar o poder de voto entre os diferentes tipos de credores, mitigando o risco de que grandes credores financeiros monopolizem as decisões.

Essa medida visa proteger os interesses coletivos e garantir que as decisões tomadas na assembleia geral de credores reflitam não apenas o peso financeiro dos créditos, mas também a pluralidade das vozes que compõem a massa credora. Dessa forma, a contagem “por cabeça” se torna um mecanismo essencial para promover a justiça e a transparência no processo deliberativo, evitando que a vontade de poucos prevaleça sobre o interesse da maioria.

Nesse contexto, surge uma discussão relevante sobre como deve ser feita a contagem dos votos dos debenturistas não dissidentes que são representados por um agente fiduciário. A controvérsia está em definir se esses votos devem ser contabilizados individualmente, permitindo que cada debenturista exerça seu voto “por cabeça”, ou se devem ser considerados de forma unificada, com o agente fiduciário representando coletivamente os interesses dessa classe de credores.

Essa questão é particularmente importante porque a escolha do método de cômputo dos votos pode influenciar significativamente o resultado das deliberações da assembleia.

O cômputo “por cabeça” poderia conferir maior poder de decisão aos debenturistas individualmente e, por conseguinte, traria dificuldades ao devedor para controle do quórum de aprovação, enquanto a votação unificada pelo agente fiduciário tende a garantir ao devedor uma maior previsibilidade com relação ao direcionamento do voto da comunhão de debenturistas.

O tema ganha relevância à medida que afeta diretamente a forma como os interesses dos credores são protegidos e expressos em um processo de recuperação judicial, e como a viabilidade do plano de recuperação pode ser decidida.

216 Marcelo Barbosa Sacramone. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência (Portuguese Edition) (p. 445). Saraiva-Jur. Edição do Kindle.

Na recuperação judicial da Americanas S.A., houve incidente processual específico instaurado pela Vórtx Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.²¹⁷, na qualidade de agente fiduciário dos debenturistas não dissidentes da 18ª emissão de debêntures da empresa, totalizando R\$ 1 bilhão (“Agente Fiduciário”). Apesar de ser instaurado pela Vórtx, este incidente também envolveu questões processuais pertinentes a outros agentes fiduciários associados a diferentes emissões da Americanas, como a Pentágono S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e a Oliveira Trust Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

A questão central do incidente girava em torno de como os votos desses debenturistas deveriam ser computados na assembleia geral de credores: se deveriam ser contabilizados individualmente (“por cabeça”) ou se deveriam ser considerados como um único voto, representado pelo agente fiduciário.

A decisão do juízo de primeira instância rejeitou o pedido do Agente Fiduciário para que os votos dos debenturistas fossem contabilizados tanto pelo valor do crédito quanto “por cabeça”, conforme previsto no artigo 45 da LREF. O juiz entendeu que, devido à representação unitária pelo agente fiduciário, os debenturistas não teriam seus votos contados individualmente, mas sim como um único voto correspondente ao agente fiduciário.

O Agente Fiduciário, ao recorrer da decisão, baseou sua posição em diversos fundamentos jurídicos e legais. Primeiramente, o Agente Fiduciário argumentou que cada debenturista é, por direito, um credor individual da empresa em recuperação, e, portanto, deve ter seu voto contabilizado “por cabeça”. Este direito está garantido nos artigos 41 e 45 da LREF, que estabelecem que as deliberações sobre o plano de recuperação judicial devem ser aprovadas por uma dupla maioria: tanto “por valor de crédito” quanto “por cabeça”.

O Agente Fiduciário enfatizou a irrenunciabilidade do direito ao voto “por cabeça”, conforme disposto na LREF. Mesmo quando os credores são representados por um agente fiduciário, este direito não pode ser suprimido. Essa interpretação foi reforçada pelo parecer do Professor Doutor Manoel Justino Bezerra Filho, que sublinhou que o direito ao voto “por cabeça” é inerente ao credor e é uma proteção essencial contra o possível abuso de poder por parte de grandes grupos financeiros.

Outro ponto destacado pelo Agente Fiduciário foi que a representação pela figura do agente fiduciário é de natureza processual e não elimina os direitos individuais dos credores. A LSA, juntamente com a LREF, estabelece que o agente fiduciário atua em nome dos debenturistas, mas isso não deve resultar na perda do direito ao voto individualizado “por cabeça”.

217 Processo nº 0913506-10.2023.8.19.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital/RJ.

O Agente Fiduciário também fez referência a um precedente relevante da recuperação judicial da Concessionária Rodovias do Tietê²¹⁸. Nesse caso, segundo ele, teria sido reconhecido o direito dos debenturistas de terem seus votos contabilizados tanto “por valor” quanto “por cabeça”, independentemente da representação fiduciária, reforçando a importância de garantir esses direitos aos debenturistas.

Nesse sentido, o Agente Fiduciário argumentou que a supressão do direito ao voto “por cabeça” poderia ter consequências negativas para o mercado de capitais, desestimulando investidores a adquirir debêntures e minando a confiança no sistema financeiro. Isso contraria o objetivo da legislação, que visa equilibrar o poder de voto entre credores com diferentes valores de crédito e proteger os interesses dos pequenos credores.

Os pareceres dos Professores Manoel Justino Bezerra Filho²¹⁹ e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo²²⁰, apresentados pelo Agente Fiduciário, oferecem uma defesa sólida do direito ao voto “por cabeça” dos debenturistas na assembleia geral de credores.

No parecer do Professor Manoel Justino, ele argumenta que, embora os debenturistas sejam representados pelo agente fiduciário, este agente não é o credor propriamente dito, e sim um representante cuja função é proteger os direitos e interesses dos debenturistas, sem que haja supressão de seus direitos. Manoel Justino enfatiza que os debenturistas conservam seu direito ao voto, exceto nos casos de debenturistas dissidentes ou conflitados. Ele defende que essa representação é de natureza extraordinária, meramente processual, e não orgânica ou mandatária. O agente fiduciário cumpre seu dever legal ao votar em nome dos debenturistas não dissidentes, mas isso não o transforma em credor; o voto é do credor, exercido por meio de seu representante, e não do representante em si.

Manoel Justino traça um paralelo com a representação de credores trabalhistas por sindicatos, argumentando que, mesmo em uma situação de comunhão, não se pode pretender que os votos dos trabalhadores representados sejam contados como um único voto “por cabeça”. Da mesma forma, os credores debenturistas, representados extraordinariamente pelo agente fiduciário na assembleia, devem ter seus votos contados individualmente e não como um único voto do representante. Ele menciona uma discussão similar no incidente instaurado pela Pentágono, onde se argumentou que o poder de voto dos debenturistas e sua representatividade no quórum das deliberações sobre o plano de recuperação judicial só seriam adequa-

218 Processo nº 1005820 93.2019.8.26.0526, em trâmite perante a 1ª Vara Cível do Foro de Salto/SP.

219 Fls. 266/285, Agravo de Instrumento nº 0102768-96.2023.8.19.0000.

220 Fls. 229/265, Agravo de Instrumento nº 0102768-96.2023.8.19.0000.

damente refletidos a partir do processamento do incidente. Manoel Justino conclui que a representação dos debenturistas é extraordinária e de natureza processual, o que significa que nenhum direito dos debenturistas deve ser suprimido.

Complementando essa análise, o Professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo segue a mesma linha de raciocínio, destacando que a “homogeneidade” entre os debenturistas não se confunde com “unicidade”. Ele esclarece que não existe uma unicidade de relação jurídica entre os debenturistas e a companhia emissora, mas sim uma comunhão que não forma uma nova entidade jurídica. Essa comunhão é, na verdade, um consórcio sem personalidade jurídica ou patrimônio próprio, criado para facilitar a gestão coletiva dos interesses dos debenturistas. Paulo Campos Salles também aponta que, ao contrário dos condôminos que possuem frações ideais de um bem, as debêntures não são frações ideais de um crédito, mas unidades autônomas que podem ser livremente negociadas no mercado secundário, caso não houvesse inadimplemento.

Paulo Campos Salles reforça que o papel do agente fiduciário é o de intermediário entre a comunhão de debenturistas e a companhia emissora, agindo em nome da comunhão, mas com direitos que não lhe pertencem. Ele destaca que essa legitimação é extraordinária, conforme o art. 18 do Código de Processo Civil. O Professor também menciona que o art. 37, §4º da LREF, estipula que o credor “poderá” ser representado na assembleia, mas também tem a opção de recusar essa representação e exercer seu direito de voto e voz de maneira direta, bastando comunicar ao administrador judicial. Assim, Paulo Campos Salles argumenta que os debenturistas são os verdadeiros titulares dos créditos, não a comunhão ou o agente fiduciário.

A recuperanda Americanas se opôs ao pedido do Agente Fiduciário, que pleiteava que os votos dos debenturistas fossem contabilizados tanto “por valor” quanto “por cabeça”. A Americanas argumentou que esse pleito carece de fundamentação legal, jurisprudencial e doutrinária, e que sua adoção criaria distorções no processo de votação.

A base central da oposição da Americanas é a premissa de que os debenturistas, de acordo com a LSA e as Escrituras de Emissão de Debêntures, formam uma comunhão de interesses, cuja representação é exercida de forma unitária pelo agente fiduciário. Defende que o agente fiduciário atua como o único porta-voz da comunhão na assembleia geral de credores, expressando uma vontade coletiva única, o que implica que o voto deve ser computado de forma agregada, e não de maneira fracionada por cada debenturista.

A Americanas também sustentou que a proposta de contagem “por cabeça” contraria a lógica estabelecida pela LREF e LSA. O pedido do Agente Fiduciário, segundo a Americanas, desconsidera a natureza coletiva e unitária

da operação debenturista, transformando o que é essencialmente um crédito único, ainda que pulverizado, em múltiplos créditos individuais. Essa interpretação, conforme argumentado, seria incompatível com a sistemática das deliberações na recuperação judicial, cujo objetivo é garantir que as votações sejam equilibradas e representativas.

Nesse sentido, a Americanas defendeu que a sugestão dos Agentes Fiduciários de contar os votos “por cabeça” dos debenturistas se baseava em uma interpretação equivocada de um precedente na recuperação judicial da Concessionária Rodovias do Tietê. Segundo a Americanas, o agente teria se equivocado na medida em que no caso da Concessionária Rodovias do Tietê, embora a contagem dos votos dos debenturistas tenha sido realizada “por cabeça”, conforme o art. 45 da LREF, essa referência era aplicável apenas aos debenturistas dissidentes, que escolheram se representar individualmente, e não aos debenturistas representados coletivamente pelo agente fiduciário. A Americanas argumentou que os Agentes Fiduciários buscavam aplicar indevidamente esse entendimento para incluir todos os debenturistas em uma contagem de votos “por cabeça”, o que distorcia a intenção original e a prática estabelecida de representação dos debenturistas como uma comunidade unificada, não como indivíduos separados.

Além disso, a Americanas se valeu de precedentes relevantes, como as recuperações judiciais da Odebrecht²²¹, PDG S.A.²²², e Urbplan Desenvolvimento Urbano S.A.²²³, em que os votos dos agentes fiduciários dos debenturistas foram computados de forma unitária. Esse entendimento, segundo a Americanas, alinha-se com a lógica do sistema jurídico brasileiro e deve ser preservado para garantir a coerência e a segurança jurídica no processo de recuperação judicial.

A Americanas apresentou pareceres de renomados juristas para defender sua posição. O parecer do Professor Francisco Satiro de Souza Junior²²⁴ rebate a posição do Agente Fiduciário ao argumentar que os debenturistas, ao formarem uma comunhão de interesses, não possuem individualmente o direito de voto “por cabeça” na assembleia geral de credores. Francisco Satiro destaca que a emissão de debêntures representa uma operação unitária, onde os debenturistas, apesar de pulverizados em termos de titularidade, agem como uma entidade coletiva.

Segundo Francisco Satiro, a LSA prevê que o agente fiduciário exerce o voto em nome da comunhão dos debenturistas, representando o interesse coleti-

221 Processo nº 1057756 77.2019.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP.

222 Processo nº 1016422-34.2017.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP.

223 Processo nº 1041383-05.2018.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP.

224 ID. 83861210, do Processo nº 0913506-10.2023.8.19.0001.

vo, e não as vontades individuais dos debenturistas. Ele argumenta que permitir a contagem de votos “por cabeça” na assembleia de credores seria incoerente com a lógica estabelecida pela LSA e pela LREF, pois criaria uma distorção na representação dos interesses dos credores.

Francisco Satiro também aponta que, ao criar a assembleia de debenturistas e o papel do agente fiduciário, a LSA estruturou um mecanismo de representação que busca consolidar a vontade coletiva dos debenturistas, reforçando que essa vontade deve ser expressa de forma unitária na assembleia geral de credores. Ele alerta que considerar os votos “por cabeça” dos debenturistas poderia dar um poder desproporcional a um crédito pulverizado, desequilibrando a deliberação coletiva e potencialmente inviabilizando soluções de recuperação judicial que seriam aceitáveis para a maioria dos credores.

O parecer do Professor José Alexandre Tavares Guerreiro²²⁵ apresenta argumentos que reforçam a posição contrária à defendida pelo Agente Fiduciário, no que tange ao cômputo dos votos dos debenturistas na assembleia geral de credores. Ele sustenta que o agente fiduciário, ao representar a comunhão dos debenturistas, deve ser considerado como um único credor presente, e não como uma multiplicidade de credores individuais, mesmo que o agente fiduciário represente uma pluralidade de debenturistas.

José Tavares Guerreiro argumenta que a representação exercida pelo agente fiduciário é de natureza orgânica e processual, o que significa que o agente fiduciário não atua como mandatário individual de cada debenturista, mas sim em nome da comunhão de interesses entre os debenturistas. Isso implica que, para o cálculo do quórum de maioria simples exigido para a aprovação do plano de recuperação judicial, o voto do agente fiduciário deve ser contabilizado como um único voto, representando a totalidade dos créditos da comunhão.

Ele também ressalta que essa abordagem está em conformidade com a finalidade da exigência de maioria simples, que visa proteger os credores de menor porte e evitar que a decisão sobre o plano de recuperação seja dominada por poucos credores com grandes créditos. Segundo ele, permitir o cômputo de votos “por cabeça” para cada debenturista representado pelo agente fiduciário poderia distorcer o equilíbrio de poder nas deliberações da assembleia, prejudicando a justiça do processo.

Ligando este entendimento ao parecer do Professor Francisco Satiro, ambos convergem na defesa de que a comunhão dos debenturistas deve ser vista como uma unidade representada pelo agente fiduciário, sendo incompatível com

225 ID. 83861211, Processo nº 0913506-10.2023.8.19.0001.

a natureza coletiva da emissão de debêntures permitir a fragmentação dos votos “por cabeça”. Ambos os pareceristas reforçam que o voto exercido pelo agente fiduciário deve refletir a unidade da comunhão e, por isso, ser contabilizado de forma unitária na assembleia geral de credores.

A Americanas conclui que o pedido do Agente Fiduciário deveria ser indeferido, pois a manutenção da contagem unitária dos votos dos agentes fiduciários seria essencial para preservar a ordem e a equidade no processo de recuperação judicial, garantindo que os interesses coletivos sejam devidamente representados e protegidos.

O recurso interposto pelo Agente Fiduciário não foi julgado a tempo da realização da assembleia geral de credores, e, conforme a decisão do juízo, os votos dos debenturistas foram considerados como uma única cabeça para fins de quórum de instalação e deliberação. Esse entendimento prevaleceu durante a assembleia geral de credores, refletindo a tese de que a representação pelo agente fiduciário é unitária, conforme sustentado pela Americanas.

Posteriormente, o recurso não foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois as partes solicitaram a desistência do recurso. Esse desfecho ocorreu após os debenturistas aderirem ao plano de recuperação judicial, que incluía uma cláusula de não litigar, assegurando a manutenção do plano sem contestações adicionais. Com a adesão dos debenturistas e a desistência do recurso, a questão da contagem dos votos “por cabeça” versus “por valor” foi encerrada, sem que houvesse a necessidade de uma decisão definitiva pelo tribunal.

No caso da recuperação judicial da Americanas S.A., a discussão se concentrou intensamente na natureza da representação pelo agente fiduciário e nos limites dessa representação, questionando se ela revogava os poderes intrínsecos de crédito do próprio debenturista. No entanto, este enfoque talvez tenha obscurecido outros aspectos relevantes, como a legitimidade do agente fiduciário para pleitear processualmente direitos em nome do debenturista. Como de praxe, nos termos da escritura de emissão de debêntures, que define as atribuições e deveres do agente fiduciário, caberia ao debenturista dissidente com a representação tomar a iniciativa de buscar seu direito à autorrepresentação seja judicialmente, seja extrajudicialmente perante o agente fiduciário e a comunidade de debenturistas, o que não ocorreu efetivamente no caso da Americanas.

Curiosamente, o próprio agente, pouco antes da instalação da assembleia e provavelmente com o intuito de obter maior poder de negociação em benefício da comunhão dos debenturistas, buscou pulverizar o quórum da classe quirográria para que a recuperanda perdesse o controle do quórum de aprovação do plano de recuperação judicial. Esse esforço visava complicar a aprovação do plano de recuperação pelo cômputo “por cabeça”, tentando negociar vantagens a partir da

quantidade de debenturistas de cada comunhão representada. Importante mencionar que já existia no processo de recuperação um procedimento próprio para o Desmembramento de Credores Investidores (Bondholders, Debenturistas), que permitia a individualização dos créditos dos investidores que optassem por se representar, o que leva a crer que, caso houvesse legítimo interesse dos debenturistas em exercer o seu direito de voto individualmente teriam se manifestado nos autos do incidente ou nos próprios autos da recuperação judicial para fazer valer seu particular e, não via o próprio agente fiduciário.

4. A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO AGENTE FIDUCIÁRIO E O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DOS DEBENTURISTAS

Para além dos embates relacionados ao direito de voto, igualmente relevante é a questão relacionada à legitimidade processual do agente fiduciário e o direito de representação dos debenturistas.

O agente fiduciário é nomeado para representar os interesses dos debenturistas, conforme disposto no art. 66 da LSA. Sua principal função é assegurar que os debenturistas sejam protegidos bem como sejam devidamente cumpridas as obrigações da sociedade emissora das debêntures. Veja-se, pois, que a legitimidade processual do agente fiduciário é de suma importância para a efetiva defesa desses interesses.

Como regra, a legitimidade para representação processual da comunhão dos debenturistas seria do agente fiduciário, conforme disposto no art. 68, § 3º da LSA.

Para Nelzon Eizirik²²⁶ e Modesto Carvalhosa²²⁷, a legitimidade seria exclusiva, de modo que aos debenturistas não seria possível adotar medidas processuais de maneira individual e sem a representação do agente fiduciário.

Os debenturistas, enquanto credores da sociedade emissora que venha a ajuizar o pedido de recuperação judicial, possuem direitos específicos de modo que, enquanto não realizada a individualização, permanecem representados pelo agente fiduciário.

Apesar da lacuna legislativa, discute-se a possibilidade de “desmembramento” ou “individualização” dos créditos dos debenturistas, para que os credos-

226 “O debenturista não tem individualmente legitimidade para ajuizar ação contra a companhia emissora na hipótese de descumprimento das obrigações por ela assumidas na escritura de emissão, a qual é exclusiva do agente fiduciária”. (EIZIRIKI, Nelson. A lei das S/A Comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v.1, p.425).

227 “O agente fiduciário representa em juízo a comunhão de debenturistas, sendo o único legitimado a promover a execução das garantias reais dadas pela companhia inadimplente. Essa legitimação é ordinária e exclusiva, não sendo concorrente com a dos debenturistas individualmente. Assim, não podem estes promover a execução da dívida debenturística, seja no seu total, seja na fração de mútuo por eles tomada”. (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de sociedades anônimas. 6 e. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 912-913).

res ajam direta e individualmente, por meio de sua própria representação, sem a intervenção de agente fiduciário.

De um lado, o agente fiduciário representa a comunhão dos interesses dos investidores, de modo que, em princípio, a representação desses investidores no âmbito de recuperação judicial e extrajudicial lhe incumbiria.

Por outro lado, a possibilidade de desmembramento também foi aceita pela jurisprudência e ensejou o já mencionado Enunciado 76 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal²²⁸, o qual prevê a faculdade de o credor individualizar a sua representação e exercer, especificamente, o voto próprio no âmbito de assembleia geral de credores, mediante autorização judicial.

Verifica-se, nesse contexto, que no âmbito de recuperação judicial, inexistiria impedimento legal para que ocorra a individualização/desmembramento dos créditos, desde que haja autorização judicial. Do mesmo modo, os credores que optarem pela não individualização, poderão manter a representação a cargo do agente fiduciário.

Conforme exposto no art. 71 da LSA, os debenturistas, reunidos em assembleia, poderiam deliberar pela defesa de seus próprios interesses.

Embora haja previsão na LSA a respeito da possibilidade de o agente fiduciário usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, a legitimação exclusiva para tanto poderia ser questionada, uma vez que não há disposição que exclui a legitimação dos debenturistas, para, em nome próprio, cobrar judicialmente os valores representados por suas debêntures não adimplidos nas datas aprazadas.

A LSA, nesse ponto, deixou de restringir o direito de ação individual. Desse modo, seria possível interpretar que, ainda que os titulares de debêntures sejam representados pelo agente fiduciário, não se retira sua legitimidade de agir pessoalmente contra a companhia emissora e, muito menos, significa renúncia a direito próprio garantido na Carta Constitucional (art. 5º, II) e no art. 17 do Código de Processo Civil.

Afinal, se a LSA não excluiu o direito de ação individual do debenturista e se ele pode fazer tudo aquilo que a lei expressamente não o proíbe, não se pode sustentar que o debenturista não tenha direito de ação.

228 Enunciado 76 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal. Nos casos de emissão de títulos de dívida pela companhia recuperanda, na qual exista agente fiduciário ou figura similar representando uma coletividade de credores, caberá ao agente fiduciário o exercício do voto em assembleia-geral de credores, nos termos e mediante as autorizações previstas no documento de emissão, ressalvada a faculdade de qualquer investidor final pleitear ao juízo da recuperação o desmembramento do direito de voz e voto em assembleia para exercê-los individualmente, unicamente mediante autorização judicial.

Ao que parece, portanto, a solução para o embate a respeito da legitimidade processual e o direito de representação envolvem, novamente, a sólida construção jurisprudencial a respeito do tema, a qual apresentará elementos para efetiva verificação da melhor interpretação a respeito de um importante tema para o exercício das prerrogativas legais inerentes aos debenturistas e agente fiduciário.

CONCLUSÃO

É evidente que a discussão sobre o direito de voto dos debenturistas na recuperação judicial, especialmente em relação à forma de cômputo dos votos, é complexa e multifacetada. As posições conflitantes são apoiadas por fundamentos jurídicos sólidos, evidenciando a importância e a profundidade do debate.

Por um lado, há quem defenda que os debenturistas, mesmo quando representados por um agente fiduciário, devem ter seus votos contabilizados “por cabeça”, preservando assim o direito individual de cada credor. Essa visão é sustentada por pareceres como o do Professor Manoel Justino, que argumenta que o agente fiduciário não pode suprimir os direitos individuais dos debenturistas, atuando apenas como um representante extraordinário e processual.

Por outro lado, existe a posição de que o voto dos debenturistas deve ser contado de forma unitária, através do agente fiduciário, para refletir a natureza coletiva e integrada da emissão de debêntures. Juristas como Francisco Satiro e José Tavares Guerreiro sustentam que permitir a contagem “por cabeça” poderia distorcer o equilíbrio de poder nas assembleias e comprometer a equidade do processo de recuperação.

O tema ainda é relativamente novo no cenário jurídico brasileiro, especialmente devido ao recente ingresso de empresas emissoras de debêntures pulverizadas, negociadas em mercados abertos e adquiridas por um grande número de investidores. Por essa razão, não há uma posição majoritária estabelecida.

Essa discussão, além de ser relevante para o desenvolvimento de uma jurisprudência sólida, também aponta para a necessidade de uma regulamentação mais clara que possa dirimir os conflitos e oferecer maior segurança jurídica a todos os envolvidos. A ausência de um consenso demonstra que a questão do cômputo dos votos dos debenturistas em recuperação judicial é uma área fértil para futuras pesquisas e debates acadêmicos, com o potencial de influenciar significativamente a prática do direito empresarial e de insolvência no Brasil.

CONSTITUIÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL POR INSTRUMENTO PARTICULAR

ARTHUR LONGO FERREIRA²²⁹

PAULEANDRO MIRANDA DUARTE²³⁰

INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária de imóveis, ou transferência da propriedade resolúvel de coisa imóvel, contratada com o intuito de garantir obrigação própria ou de terceiro e disciplinada, atualmente, pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, representou um avanço significativo no sistema de garantias reais no Brasil, oferecendo um mecanismo célere e seguro para a concessão de crédito imobiliário, fomentando, sobremaneira, vários setores da economia. Contudo, a formalização desse negócio jurídico por intermédio de instrumentos particulares tem gerado debates acirrados quanto à sua validade e segurança jurídica. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar as implicações dessa prática à luz da legislação vigente e dos recentes Provimentos de n.º 172 e 175 de 2024 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Dispensado o histórico relativo ao instituto da alienação fiduciária no Brasil²³¹, delimita-se a presente análise às disposições relacionadas, conforme exposto acima, da transferência da propriedade resolúvel de coisa imóvel ao credor e, nesse sentido, ao quanto exposto na Lei nº 9.514/1997. Aqui, o devedor é mantido na posse direta do bem até a quitação total da dívida. Em caso de inadimplemento, a propriedade plena é consolidada em favor do credor, que pode então vender o imóvel para satisfazer o débito. Este procedimento extrajudicial é mais rápido e menos oneroso que a execução hipotecária, conferindo vantagens significativas para o mercado de crédito imobiliário e para o mercado de crédito em geral.

229 Advogado. L.L.M em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Insper – São Paulo. MBA em Gestão Estratégica e Econômica de Negócios pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV/SP. Sócio do Henneberg, Ferreira e Linard Advogados.

230 Mestre em Direito Comercial pela PUCSP. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado.

231 Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965. Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei nº. 14.711, de 30 de outubro de 2023.

No entanto, em razão de uma suposta contradição entre a regra geral do Código Civil em seu art. 108²³² e a autorização expressa de constituição da alienação fiduciária por intermédio de instrumento particular em legislações específicas, dentre as quais a Lei nº 10.931/2004 (Cédula de Crédito Bancário); a Lei nº 11.076/2004 (Cédula de Produto Rural) e a Lei nº 13.476/2017 (Instrumento de Abertura de Limite de Crédito), surgiu uma aparente insegurança jurídica que motivou a Corregedoria de poucos Tribunais de Justiça do País a adotarem entendimento diverso do quanto estabelecido em Lei. Não menos importante, vale relembrar que a Lei nº 9.514/1997, em seu artigo 38, também permite a formalização por instrumento particular no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), ampliando essa possibilidade.

Os Provimentos nº 172 e 175 de 2024 do CNJ surgem neste contexto, buscando regular e esclarecer a utilização de instrumentos particulares na constituição da alienação fiduciária. O Provimento nº 172 estabelece diretrizes para a formalização da alienação fiduciária por instrumento particular, limitando as entidades beneficiadas com tal medida, enquanto o Provimento nº 175 modula os efeitos do primeiro, em consonância com os artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Ambos os provimentos, entretanto, têm sido alvo de duras críticas e interpretações controversas, que apontam para um cenário de insegurança jurídica, aumento de custos, desincentivo ao crédito e necessidade de maior clareza e consistência na interpretação das normas aplicáveis.

Este artigo pretende explorar essas questões, analisando os fundamentos legais, as práticas adotadas e as implicações jurídicas dos Provimentos nº 172 e 175 de 2024. A discussão abrange a compatibilidade dessas normas com o ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia das garantias constituídas por instrumentos particulares e os desafios para a segurança jurídica e a estabilidade do mercado imobiliário e de crédito em geral. A revisão crítica dessas normas e a busca por um consenso na comunidade jurídica são essenciais para assegurar que as inovações propostas não comprometam os direitos de credores e devedores e mantenham a confiança do mercado.

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS EM GARANTIA

A alienação fiduciária de imóveis em garantia²³³ no Brasil é regulada pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Esta lei trouxe uma importante ino-

232 Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

233 A discussão acerca da natureza jurídica da Alienação Fiduciária, se direito real de garantia; direito real de aquisição em garantia de obrigação ou ainda de mera transferência de propriedade (resolúvel) será tratada em outra oportunidade.

vação ao proporcionar um mecanismo mais célere e seguro para a concessão de crédito imobiliário, beneficiando tanto credores quanto devedores.

A alienação fiduciária de bens imóveis ocorre quando o devedor (fiducian- te) transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel do bem, como garantia de uma dívida. A propriedade plena só é restituída ao devedor após a quitação total do débito. A constituição da alienação fiduciária se dá mediante contrato, que deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Na alienação fiduciária, a posse direta do imóvel permanece com o devedor, que pode utilizar o bem normalmente. Entretanto, a propriedade resolúvel do credor permite-lhe consolidar a propriedade plena em seu nome em caso de inadimplemento, sem necessidade de ação judicial. A Lei nº 9.514/1997 prevê um procedimento extrajudicial específico para essa finalidade, tornando o processo menos custoso, mais rápido e eficiente em comparação às tradicionais hipotecas.

Em caso de inadimplemento, o devedor é notificado para purgar a mora no prazo de 15 dias. Não sendo efetuado o pagamento, o credor poderá consolidar a propriedade do imóvel em seu nome. Esse procedimento é realizado extrajudicialmente e envolve a lavratura de um auto de consolidação pelo Cartório de Registro de Imóveis, que transfere a propriedade plena do bem ao credor fiduciário. Posteriormente, o credor deve providenciar a venda do imóvel em leilão público, conforme as etapas e requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.514/1997, utilizando o valor obtido para a quitação da dívida e devolvendo ao devedor eventual saldo remanescente²³⁴.

Além disso, é assegurado ao devedor direito de preferência, previsto no artigo 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/1997, que garante ao devedor a possibilidade de adquirir o imóvel por preço igual ao maior lance oferecido no primeiro leilão.

A alienação fiduciária também deve respeitar os princípios da função social da propriedade e da boa-fé objetiva, elementos fundamentais do direito civil brasileiro.

A alienação fiduciária de imóveis tem se mostrado uma ferramenta eficaz para a redução do risco de crédito, o que se reflete em melhores condições de custo e volume no financiamento imobiliário e na concessão de crédito em geral. A celeridade e a segurança jurídica proporcionadas por esse instituto jurídico têm atraído tanto instituições financeiras quanto consumidores, promovendo um ambiente mais estável e previsível para os negócios imobiliários.

234 Aplicável apenas à propriedade fiduciária e leilão decorrentes de financiamentos para aquisição ou construção de imóvel residencial. Para os demais, legislação especial deve ser observada, à exemplo do quanto exposto no art.9º da Lei 13.476/17 que assim determina: "Art. 9º Se, após a excussão das garantias constituídas no instrumento de abertura de limite de crédito, o produto resultante não bastar para a quitação da dívida decorrente das operações financeiras derivadas, acrescida das despesas de cobrança, judicial e extrajudicial, o tomador e os prestadores de garantia pessoal continuarão obrigados pelo saldo devedor remanescente, exceto se houver disposição em sentido contrário na legislação especial aplicável."

Além disso, a alienação fiduciária pode ser utilizada não apenas em operações de financiamento imobiliário, mas também como garantia em diversas operações de crédito, ampliando seu campo de aplicação e sua importância no mercado financeiro. O caráter extrajudicial do procedimento de execução é um dos principais atrativos, pois minimiza os custos e a morosidade associada aos processos judiciais.

Portanto, a alienação fiduciária de imóveis, instituída pela Lei nº 9.514/1997, representa um marco significativo no direito brasileiro, oferecendo uma alternativa eficaz e segura para garantias reais. Sua correta aplicação e interpretação são fundamentais para garantir a segurança jurídica e o equilíbrio nas relações contratuais, contribuindo para o desenvolvimento do mercado imobiliário e de crédito em geral no Brasil.

DA FORMA ORDINÁRIA DE CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS REAIS NO BRASIL – REGRA GERAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No Brasil, a forma ordinária de constituição de direitos reais sobre imóveis acima de determinado valor é por meio de escritura pública, conforme estabelecido pelo Código Civil. A escritura pública é um instrumento jurídico formalizado por um tabelião de notas, que confere autenticidade, segurança e publicidade aos atos jurídicos derivados da manifestação de vontade das partes. Esta exigência visa proteger as partes envolvidas e terceiros, garantindo a transparência e a validade jurídica das transações imobiliárias.

Conforme o artigo 108 do Código Civil Brasileiro²³⁵, a escritura pública é essencial à constituição de direitos reais no Brasil. Este dispositivo legal reforça a necessidade de que certos atos de disposição de direitos reais sobre imóveis, como a hipoteca ou a própria alienação fiduciária, sejam realizados mediante escritura pública quando o valor do imóvel ultrapassar o limite estipulado.

A escritura pública deve ser lavrada perante o competente Tabelionato de Notas, onde o tabelião, um agente delegado do poder público, realiza a verificação da legalidade do ato, a capacidade das partes e a concordância das cláusulas contratuais. Após a lavratura da escritura, o próximo passo é o registro do ato no Cartório de Registro de Imóveis competente. Esse registro é fundamental, em alguns casos, para a validade do próprio ato bem como para conferir eficácia erga omnes acerca da constituição do direito real.

235 Art. 108: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

AS FORMAS ESPECÍFICAS DE ALIENÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS POR INSTRUMENTO PARTICULAR

Não obstante a regra geral supra mencionada, existem no arcabouço legal brasileiro legislações específicas (e por serem específicas prevalecem sobre a regra geral nas situações por ela reguladas) que permitem expressamente a constituição de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia de obrigação assumida por intermédio de instrumento particular. Referida autorização se aplica a diversos instrumentos e títulos de crédito típicos e, dentre os mesmos, podemos elencar a Cédula de Crédito Bancário (CCB); a Cédula de Produto Rural (CPR); o Instrumento de Abertura de Limite de Crédito instituído pela Lei nº 13.476/2017 (IALC) e os instrumentos de financiamento imobiliário previstos na Lei 9.514/1997.

A Cédula de Crédito Bancário (CCB) foi instituída pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, como um título de crédito representativo de uma promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade. Este instrumento tem como objetivo facilitar e garantir a formalização de créditos bancários, já que a “instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.” Nesse último caso, é permitida que a CCB seja emitida em moeda estrangeira.

Referida cédula oferece, nesses termos, uma alternativa mais ágil, segura e eficaz tanto para instituições financeiras quanto para os tomadores de crédito, eis que proporciona maior flexibilidade na pactuação das condições de crédito.

Nos interessa, para o presente estudo, uma característica importante da Cédula de Crédito Bancário: a possibilidade da constituição de garantias reais e pessoais de forma cedular, conforme determina o artigo 27 da Lei nº 10.931/2004²³⁶.

Em suma, a própria cédula, um instrumento particular (um título de crédito) pode servir de instrumento para constituição de uma alienação fiduciária de coisa imóvel, dispensando a necessidade de instrumentos separados para a constituição da garantia, especialmente os públicos (como no caso da regra geral do Código Civil Brasileiro mencionada alhures). A autorização legal simplifica o processo, reduz custos relacionados e confere maior segurança jurídica, uma

236 Art. 27. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições deste Capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável.

vez que a cédula se transforma em documento único com todas as condições e garantias pactuadas entre as partes relacionadas ao negócio.

Na mesma esteira tem-se a Cédula de Produto Rural (CPR) e a Cédula de Produto Rural Financeira (CPRF), criada pela Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, de emissão restrita ao produtor rural, pessoa natural ou jurídica, inclusive com objeto social que compreenda em caráter não exclusivo a produção rural; à cooperativa agropecuária e à associação de produtores rurais que tenha por objeto a produção, a comercialização e a industrialização dos produtos rurais de que trata a Lei bem como às pessoas naturais ou jurídicas que beneficiam ou promovem a primeira industrialização dos produtos rurais referidos no mesmo diploma legal.

Trata-se de título de crédito que representa a promessa de entrega futura de produtos rurais, sejam eles agrícolas, pecuários, florestais dentre outros. A CPR e a CPRF são amplamente utilizadas no agronegócio brasileiro como uma forma de financiar a produção rural, oferecendo aos produtores um meio eficaz na obtenção e antecipação de recursos financeiros para investimento e custeio de suas atividades, lastreada na segurança da entrega futura de sua produção para liquidação (física ou financeira) de suas obrigações assumidas.

Em seu bojo, a Lei permite, de forma expressa, a constituição da alienação fiduciária de forma cedular²³⁷, dispensando assim o requisito de instrumento público para constituição de garantias reais, independentemente do valor, flexibilizando, desse modo, a regra geral do código civil brasileiro.

Não obstante, o registro da garantia junto ao competente Cartório de Registro de Imóveis permanece como requisito essencial, nos termos do §1º do artigo 12 da Lei²³⁸.

Por sua vez, o Instrumento de Abertura de Limite de Crédito (IALC), criado pela Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, veio ao mundo jurídico como uma forma de facilitar a formalização da concessão de crédito no âmbito do sistema financeiro nacional. O IALC permite que as instituições financeiras ofereçam uma linha de crédito aos seus clientes, que pode ser utilizada de maneira fracionada, conforme a necessidade, até o limite estabelecido no contrato.

Este instrumento, portanto, visa proporcionar maior flexibilidade e agilidade na tomada de recursos ao mesmo tempo que reduz custos relacionados à

237 Art. 5º A CPR admite a constituição de quaisquer dos tipos de garantia previstos na legislação, devendo ser observado o disposto nas normas que as disciplinam, salvo na hipótese de conflito, quando prevalecerá esta Lei. (...) § 2º As garantias cedulares poderão, a critério das partes, ser constituídas por instrumento público ou particular, independentemente do seu valor ou do valor do título garantido. (grifo nosso)

238 § 1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, a hipoteca, o penhor rural e a alienação fiduciária sobre bem imóvel garantidores da CPR serão levados a registro no cartório de registro de imóveis em que estiverem localizados os bens dados em garantia.

constituição e registro de garantias reais, na medida em que as garantias constituídas por intermédio de referido instrumento servirão para assegurar todas as operações financeiras derivadas, independentemente de qualquer novo registro e/ou averbação adicional, nos termos de seu artigo 6º.

A Lei nº 13.476/2017 também flexibiliza a regra geral do código civil brasileiro na medida em que permite expressamente a constituição de garantias reais, como a alienação fiduciária de imóveis, diretamente no Instrumento de Abertura de Limite de Crédito, conforme determinado no artigo 4º e seguintes²³⁹.

Por fim, dentre os exemplos escolhidos para o estudo em tela se encontram os casos do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), fundamentais mecanismos de financiamento imobiliário no Brasil, sendo o primeiro instituído pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, com o objetivo de promover a construção e aquisição da casa própria, especialmente para as classes de menor renda e o segundo, criado pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, visando atrair capital privado para fomento do setor imobiliário, proporcionando maior flexibilidade e segurança jurídica nas operações do tipo.

Nos dois casos, a legislação especial permite a constituição de alienação fiduciária de imóveis como forma de garantia das operações de crédito por intermédio de instrumento particular: para financiamentos no âmbito do SFI, a Lei nº 9.514/1997 expressamente autoriza tal expediente em seu artigo 38²⁴⁰ e, no âmbito do SFH, a Lei 4.380/64 o faz, de igual modo, em seu §5º do artigo 61²⁴¹. Desta forma, a constituição da transferência da propriedade resolúvel em garantia de obrigação assumida por intermédio de instrumento particular é autorizada tanto no SFH quanto no SFI, reduzindo os custos relacionados e proporcionando maior segurança, eficiência nas operações de financiamento imobiliário.

Em suma, como se nota, o legislador tem se preocupado, historicamente, em fomentar os mais diversos setores da economia Brasileira, criando e disponibilizando ao mercado e aos particulares ferramentas e instrumentos capazes de

239 Art. 4º A abertura de limite de crédito, no âmbito desta Lei, será celebrada por instrumento público ou particular, com pessoa física ou pessoa jurídica, e tratará das condições para celebração das operações financeiras derivadas, pelas quais o credor fará os desembolsos do crédito ao tomador, observados o valor máximo previsto no contrato principal e seu prazo de vigência.

Parágrafo único. O instrumento de abertura de limite de crédito referido neste artigo deverá conter os seguintes requisitos essenciais: (...) V- a descrição das garantias, reais e pessoais, com a previsão expressa de que as garantias constituídas abrangerão todas as operações financeiras derivadas nos termos da abertura de limite de crédito, inclusive as dívidas futuras;

240 Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

241 § 5º Os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente Lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil, atribuindo-se o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, aos contratos particulares firmados pelas entidades acima citados até a data da publicação desta Lei.

proporcionar maior segurança jurídica na formalização dos negócios jurídicos, mais agilidade e redução de custos.

A constituição de alienação fiduciária de imóveis por instrumento particular prevista nos casos da Cédula de Crédito Bancário (CCB), da Cédula de Produto Rural (CPR) e Cédula de Produto Rural Financeira (CPRF), no Instrumento de Abertura de Limite de Crédito (IALC) e nos instrumentos de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) e do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) são bons exemplos onde tanto os financiadores quanto os tomadores de crédito são beneficiados: garantia de que os recursos emprestados serão recuperados e consequente redução das taxas de juros; acesso facilitado ao crédito; centralização das informações e garantias em um único documento dentre outras vantagens.

PROVIMENTO Nº 172 DE 05/06/2024 E PROVIMENTO 175 DE 15/07/2024, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nos autos do Pedido de Providências de número 0008242-69.2023.2.00.0000, foi requerido análise de referido órgão acerca do julgamento, por unanimidade, do Procedimento de Controle Administrativo nº 0000145-56.2018.2.00.0000, para reconhecer a validade do Provimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 93/2020, cujo artigo 954 determina que “os atos e contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, desde que, neste último caso, seja celebrado por entidade integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, por Cooperativas de Crédito ou por Administradora de Consórcio de Imóveis.”

O pedido de providências aduzia ser possível ingressar, no Registro de Imóveis, instrumentos e contratos particulares firmados por quaisquer pessoas, ainda que não integrante do Sistema Financeiro de Habilitação ou do Sistema Financeiro Imobiliário, desde que garantido por alienação fiduciária de bem imóvel.

Discordando do quanto exposto, o CNJ decidiu que ficaria vedada, em consequência, a celebração de ato particular, com os efeitos de escritura pública, por qualquer outro agente não integrante do SFI e, para tanto, resolveu acrescentar o Capítulo VI ao Título Único do Livro III da Parte Especial do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, bem como determinar às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal que adequem seus normativos à decisão em questão.

Surgiu, então, o Provimento 172 de 05/06/24, que criou o artigo 440-NA, o qual, por sua vez, restringindo a formalização, por instrumento particular, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis a entidades autorizadas a operar no âmbito do SFI²⁴².

Mais adiante, em sede de recurso administrativo (recebido como simples petição), foi requerida reconsideração do CNJ acerca do quanto decidido outrora, o que motivou uma segunda análise do tema e culminou com um segundo Provimento, o de n.º 175 de 15/07/24. Dessa vez, o CNJ confirmou sua competência para as determinações do tipo, porém, resolveu modular os efeitos de sua decisão em consonância com os artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro bem como esclareceu o alcance dos sujeitos envolvidos em operações de securitização de recebíveis imobiliários na permissão de lavratura de instrumento particular na formalização dos negócios translativos de créditos reais²⁴³.

Ocorre que, ao contrário do pretendido, referidos Provimentos (172 e 175) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) têm gerado interpretações controversas e possivelmente equivocadas sobre a possibilidade de formalização dessa modalidade de garantia por intermédio de instrumento particular e, em casos específicos, causado ainda mais insegurança jurídica e a despeito do intuito inicial ser o da proteção de terceiros de boa-fé e garantir segurança às operações passadas.

Primeiro, eis que a regularização “retroativa” de instrumentos particulares firmados antes de 11 de junho de 2024 acaba por validar práticas que não estavam claramente respaldadas pelas leis específicas que as autorizavam, à exemplo dos casos de formalização por instrumento particular de alienação fiduciária de imóveis em garantia tratados nos exemplos acima e, conseqüentemente, deveriam se enquadrar na regra geral do código civil brasileiro, que exige escritura pú-

242 Art. 440-AN. A permissão de que trata o art. 38 da 9.514/1997 para a formalização, por instrumento particular, com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e de atos conexos, é restrita a entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI (art. 2º da Lei n. 9.514/1997), incluindo as cooperativas de crédito.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui outras exceções legais à exigência de escritura pública previstas no art. 108 do Código Civil, como os atos envolvendo: I - Administradoras de Consórcio de Imóveis (art. 45 da Lei n. 11.795, de 8 de outubro de 2008); II - Entidades integrantes do Sistema Financeira de Habitação (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964.”

243 Art. 1º. O art. 440-AO do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

Art. 440-AO. A permissão de que trata o art. 38 da 9.514/1997 para a formalização, por instrumento particular, com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e de atos conexos, é restrita a entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI (art. 2º da Lei n. 9.514/1997), incluindo: I - as cooperativas de crédito; II - as companhias securitizadoras, os agentes fiduciários e outros entes sujeitos a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central do Brasil relativamente a atos de transmissão dos recebíveis imobiliários lastreados em operações de crédito no âmbito do SFI.
(...)

§ 2º São considerados regulares os instrumentos particulares envolvendo alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e os atos conexos celebrados por sujeitos de direito não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, desde que tenham sido lavrados antes de 11 de junho de 2024 (data da entrada em vigor do Provimento CN n. 172).

blica para tais operações. Nenhuma das Leis especiais que autorizam o expediente restringido pelo CNJ foi objeto de análise ou manifestação.

Ademais, outras situações deixaram de ser investigadas, como se exemplifica nos casos de aditamentos contratuais e instrumentos híbridos (públicos e particulares, digitais e físicos).

Em suma, a revisão de normas e procedimentos que causam tamanho impacto merecem uma discussão mais ampla com a comunidade jurídica, garantindo assim que as inovações não comprometam a proteção dos direitos de credores e devedores e a segurança do mercado de crédito brasileiro.

CONCLUSÃO

Da análise dos capítulos anteriores depreende-se que a decisão do CNJ se debruçou única e exclusivamente no quanto exposto no artigo 38 da Lei 9.514/1997, deixando, portanto, de analisar inúmeras outras situações em que Lei especial, de igual modo, autoriza a transferência da propriedade resolúvel de coisa imóvel, ou alienação fiduciária de imóvel, em garantia de obrigação assumida, por intermédio de instrumento particular em detrimento da regra geral do artigo 108 do Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, para todos os demais casos, resta evidenciado que os Cartórios espalhados pelo País continuariam obrigados a aceitar, como documento hábil para constituição e registro, um instrumento particular firmado pelas partes interessadas (respeitados os sujeitos autorizados, obviamente, em cada legislação especial).

Por fim, restou evidenciado, de igual modo, que as decisões que motivaram a instituição dos Provimentos 172 e 175 deixaram de analisar relevantes e intransponíveis argumentos contrários (i) à competência do CNJ para regular a matéria e interpretar Lei Federal (art.38 da Lei 9.514/97); (ii) ao fato de que, em referidos procedimentos de providências, não se garante o princípio do contraditório e ampla defesa aos atingidos pela decisão; (iii) comprovação das razões que levaram à revisão das normas, como os casos de fraude perpetrados com uso de instrumentos particulares; (iv) aumento de custos para os interessados; (v) o fato de que a grande maioria das Corregedorias dos Tribunais Estaduais de Justiça possuem entendimento diverso dentre outros tantos.

EXECUÇÃO EFETIVA - ESTRATÉGIAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

FABRÍCIO BARRETO COSTA²⁴⁴

VITOR DIAS BRACCI²⁴⁵

No cenário atual, a recuperação de crédito é um desafio constante para as instituições financeiras ou qualquer credor em geral, especialmente quando a ocultação de ativos é cada vez mais sofisticada. Existem ocasiões em que o devedor desenvolve ou até contrata empresas que possuem expertise na criação de artifícios e manobras complexas para a blindagem patrimonial²⁴⁶.

Nesse sentido, a recuperação de crédito exige mais do que abordagens tradicionais, ela demanda um entendimento aprofundado das ferramentas disponíveis e de um conjunto de medidas estratégicas. Portanto, entender como garantir a recuperação de crédito é essencial para qualquer detentor de direitos creditórios.

Para mitigar os riscos de inadimplência e maximizar a satisfação do crédito, é essencial que os credores adotem métodos eficazes, como a utilização de sistemas de rastreamento de ativos, a criação de áreas de reestruturação e a contratação de escritórios especializados, para realização de uma execução mais efetiva.

Nesse contexto, a investigação patrimonial detalhada para mapear os ativos de um devedor, alinhado com um direcionamento coordenado e processual, sem dúvida, é a chave para tracionar, significativamente, as chances de uma recuperação mais célere e efetiva.

Com base nisso, antes mesmo da concessão de crédito e da formalização de uma operação, é primordial a realização de um dossiê completo do cliente envolvido, contendo o relatório da pesquisa, declarações de imposto de renda, organograma empresarial e familiar, balanços patrimoniais, atos societários atualizados, bem como o mapeamento de eventuais processos judiciais, protestos e dívidas ativas existentes.

Para tanto, a contratação de um prestador de serviço especializado em investigações ou, até mesmo a internalização de sistemas de rastreamento de ativos é altamente recomendada para que se possa realizar *(i)* o mapeamento prévio,

244 Advogado, formado em Direito na Universidade São Francisco, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito e MBA em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas.

245 Advogado, formado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP e em Direito Corporativo pelo IBMEC.

246 Associação Comercial de São Paulo. 3 Estratégias de recuperação de crédito em tempos de crise Disponível: <https://acsp.com.br/publicacao/s/3-estrategias-de-recuperacao-de-credito-em-tempos-de-crise>.

(ii) o monitoramento do crédito após contratação, bem como (iii) uma pesquisa mais robusta nos casos já inadimplidos e judicializados, em busca de indícios de fraudes, desvios e existência de grupos econômicos.

Não obstante, mesmo após a concessão do crédito, é crucial monitorar continuamente a situação financeira dos clientes e a evolução das suas dívidas. O uso de sistemas de gestão de crédito pode ajudar a identificar sinais de alerta e tomar medidas preventivas para evitar a inadimplência. A implementação de políticas de crédito bem definidas, com prazos e condições de pagamento claros, também contribui para a redução do risco de não pagamento.

Adicionalmente, a comunicação proativa e eficiente com os clientes também é uma das estratégias mais eficazes na recuperação de crédito. Lembretes sobre datas de vencimento, monitoramento e reforço de garantia podem ajudar a manter a proximidade com a reestruturação do crédito e reduzir o risco.

Assim, em casos de inadimplência, a negociação direta com o devedor pode ser uma alternativa eficaz. A oferta de opções de pagamento flexíveis e a reestruturação da dívida, com inclusão de novas garantias, refazendo o fluxo de parcelas, são medidas preventivas que podem regularizar o vencido.

Porém, caso as medidas extrajudiciais de reestruturação não surtam efeito, outra alternativa não resta, a não ser avançar com as medidas judiciais cabíveis.

Dito isso, não buscando exauri-las, abaixo estão algumas, das diversas medidas existentes, que podem ser adotadas no curso de uma ação que visa a satisfação de um crédito inadimplido.

MEDIDAS URGENTES

Nos termos do art. 799, inciso VIII cumulado com o art. 301, ambos do Código de Processo Civil, o arresto é uma medida cautelar que busca, antes mesmo da citação do devedor, a constrição de bens para evitar a sua dilapidação e assegurar a consequente satisfação do crédito.

Para o deferimento do arresto, é necessário comprovar a probabilidade do direito, que pode ser demonstrada pela própria existência do título executivo judicial ou extrajudicial, e ainda, demonstrar o risco de dano grave, como exemplo, a existência de protestos elevados, ação revisional ajuizada pelo devedor, ação de falência ou pedidos de tutela cautelar (pré-recuperação judicial) que buscam a suspensão de execuções e de constrições de bens do devedor. Ou seja, uma medida que mostre o risco ao resultado útil do processo, caso não ocorra a rápida intervenção do Poder Judiciário.

Evidentemente, nem sempre os requisitos do arresto cautelar são preenchidos, todavia, como adoção de medida paliativa, poderá ser requerido ao cartório

judicial a expedição de uma certidão premonitória sobre bens móveis e imóveis (art. 828 do CPC), de modo que com o registro nos respectivos órgãos, poderão resguardar o direito do credor para discutir futura fraude à execução, em caso de alienação de bens pelo executado, contudo, vale ressaltar que tal certidão não garante preferência concursal perante os demais credores.

Outra alternativa, seria o registro de uma hipoteca judiciária - ou seja, “*a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária*” (art. 495 do CPC), pois de igual modo, gera presunção absoluta de fraude, não admitindo a alegação de boa-fé do adquirente, conforme o art. 792, III, c/c art. 844 do CPC.

CONSTRIÇÃO DE FINTECHS E ATIVOS DIGITAIS

De acordo com o site do Banco Central do Brasil²⁴⁷ e Manual do *Sisbajud*²⁴⁸, tal ferramenta não atinge contas globais e moeda estrangeira, e consequentemente, tal ferramenta não alcança o bloqueio de fintechs e corretoras de criptomoedas, de modo que os devedores têm se valido desta lacuna para ocultar seu patrimônio nessas instituições.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴⁹ tem admitido a expedição de ofícios para as fintechs e corretoras de criptomoedas para elas informem, liquidem e depositem em juízo eventuais valores existentes em favor do devedor como medida de bloquear as moedas digitais e estrangeiras²⁵⁰. Logo, tal medida a ser adotada pelo credor se trata de uma forma inteligente de atingir ativos não alcançáveis pela referida ferramenta do Poder Judiciário.

CONSTRIÇÃO DE DIREITOS AQUISITIVOS, RECEBÍVEIS E DE AÇÕES

O direito aquisitivo o qual aqui se refere, trata-se do montante que o devedor fiduciante possui direito, em razão dos pagamentos das parcelas de um financiamento de um bem móvel ou imóvel. Segundo a doutrina recente, esse direito creditório pode ser constrito - não diretamente sobre o imóvel ou móvel alienado fiduciariamente, eis que a propriedade ainda é do credor fiduciário - mas sim, ao que sobejar.

247 <https://www.bcb.gov.br/meubc/faqs/p/instituicoes-participantes-do-sisbajud>

248 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/SISTEMA-DE-BUSCA-DE-ATIVOS.pdf>

249 TJSP, Agravo de Instrumento 2006562-25.2022.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/04/2022; TJSP, Agravo de Instrumento 2104145-39.2024.8.26.0000; Relator (a): Márcio Teixeira Laranjo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/07/2024.

250 TJSP, Agravo de Instrumento nº 2083807-15.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Sá Duarte, Julgamento em 30/08/2022; TJSP, Agravo de Instrumento 2067053-61.2023.8.26.0000; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/04/2023.

Em outras palavras, isto significa que o credor poderá requerer a constrição desses direitos (art. 854 do CPC), e por consequência, aliená-los, cabendo ao arrematante desses direitos a substituição do devedor fiduciante no contrato de financiamento, desde que o praxeamento seja equivalente ao valor efetivo do objeto da constrição²⁵¹.

Quanto aos recebíveis, a constrição deles poderá recair sobre o crédito que o devedor detém perante um terceiro, no caso, uma empresa na qual ele prestou serviço, como exemplo. Consequentemente, tal medida, é similar a um *Sisbajud*, com a diferença que a empresa que contratou os serviços depositará o montante em juízo, o que, por si, traz celeridade na execução.

O potencial desta medida é evitar, como numa penhora de faturamento, o tempo para se conseguir os documentos contábeis da empresa devedora – que muitas das vezes se nega a entregar para evitar a apuração do faturamento e, ainda, o custo com um perito contábil nomeado para administrar referida penhora.

No tocante à ação que o devedor é o autor e busca um direito sobre determinado ativo ou direito, poderá o credor pleitear a constrição sobre tais bens e direitos de seu executado (art. 857 do CPC). No caso, o credor pode se sub-rogar nos direitos do devedor, o que significa que ele assume a posição do executado e pode exercer esses direitos para satisfazer seu crédito. Se o credor optar por não seguir a sub-rogação, ele pode, em vez disso, solicitar a alienação judicial do direito penhorado, proporcionando uma recuperação mais direta e eficiente.

CONSTRIÇÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E FUTUROS

A constrição de direitos hereditários e futuros pode ser uma ferramenta eficaz quando o devedor está em processo judicial ou extrajudicial quanto ao recebimento de uma herança ou ainda, quando se há expectativas de aquisição de bens futuros (art. 616, VI, do CPC).

Essa medida assegura que a dívida seja paga antes da distribuição da herança ou da aquisição dos bens, o que evita a dilapidação ou blindagem do patrimônio a ser recebido pelo herdeiro.

251 TJSP; Agravo de Instrumento 2067053-61.2023.8.26.0000; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/04/2023; TJSP; Agravo de Instrumento 2150998-77.2022.8.26.0000; Relator (a): Morais Pucci; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de São José dos Campos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2022.

DECISÃO COMO OFÍCIO/MANDADO PARA CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS

Utilizar decisões judiciais como ofício ou mandado é uma abordagem eficaz para garantir maior celeridade ao cumprimento de ordens judiciais (art. 772, inciso III, do CPC). Essas decisões atuam como instrumentos formais que ordenam ao terceiro ou a parte do processo, a realização de medidas específicas de constrição, garantindo a efetiva intervenção e execução das ordens, às quais poderão ser enviadas por correios, desde que se comprove no processo o recebimento por aviso de recebimento (art. 269, § 1º).

Adicionalmente, em caso de descumprimento de ordem, pode-se também requerer a aplicação de multa diária (arts 77 inciso IV ou ainda 80, inciso IV c/c art. 81 todos do CPC) e ainda a expedição de ofício ao Ministério Público para a apuração de eventual crime (art. 330 do Código Penal).

OBTENÇÃO DE EXTRATO DE CONTAS BANCÁRIAS DO DEVEDOR

A obtenção dos extratos bancários do devedor é essencial para rastrear ativos financeiros, e visa identificar movimentações atípicas, ou seja, desvio para outras contas às quais o devedor se valeu para blindar valores.

A disponibilização destes extratos é feita pela ferramenta *Sisbajud*, o qual prevê em seu manual básico, no Capítulo III – Operações do Sistema, bem como em seu Regulamento, no inciso III do art. 17 do Regulamento do *Bacenjud 2.0.*, a possibilidade na entrega de tais informações.

Apesar de ter previsão legal conforme inciso VIII, do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001 cumulado com art. 845 e inciso IV do art. 139, ambos do CPC, verifica-se que na prática são poucos os casos que o Poder Judiciário tem deferido²⁵² tal medida.

MEDIDAS PENAIIS CONTRA O DEVEDOR

Em casos em que o devedor realiza a alienação de bens dados em garantia ou utiliza documentos fraudulentos, é possível a instauração de inquérito policial para se apurar a eventual ocorrência de medidas penais. Essa medida visa a responsabilização criminal do devedor, bem como, serve como um meio de coerção, aumentando a expectativa de um acordo ou o pagamento da dívida.

252 TJSP; Agravo de Instrumento 2027315-71.2020.8.26.0000; Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 12/05/2020; TJSP; Agravo de Instrumento 2150430-32.2020.8.26.0000; Relator (a): Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/08/2020.

SISTEMA SNIPER

Ademais, outro sistema, bastante utilizado atualmente nas execuções é o *SNIPER* (Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos), uma solução tecnológica que agiliza e facilita a investigação patrimonial.

A partir do cruzamento de dados e informações de diferentes fontes, o *SNIPER*, quando solicitado em juízo, destaca os vínculos entre pessoas físicas e jurídicas de forma visual, permitindo identificar relações de interesse para processos judiciais de forma mais ágil e eficiente. A maior vantagem desse sistema é a investigação centralizada e unificada, com acesso a diversas bases de dados abertas e fechadas²⁵³.

MEDIDAS ATÍPICAS

Ocorre que apesar dos esforços na tentativa de encontrar bens do inadimplente, nem sempre se obtém êxito pelas vias ordinárias. E é a partir desse momento, conforme permitido pelo Art. 139, IV, do Código de Processo Civil, que se extrai a possibilidade de que sejam utilizados os chamados meios atípicos de execução, ou seja, medidas consideradas de coerção indireta e psicológica para obrigar o devedor a cumprir determinada obrigação²⁵⁴.

Entre as medidas que a Justiça vem adotando com essa finalidade estão a apreensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte, o bloqueio de cartões de crédito, a proibição de participar de concursos e licitações e, em alguns casos, a quebra de sigilo bancário.

Contudo, os meios atípicos têm caráter subsidiário e acessório em relação aos meios típicos e, desta forma, o juízo deve observar alguns pressupostos para autorizá-los, como, por exemplo, indícios de que o devedor tem recursos blindados e a comprovação de que foram esgotados os meios típicos para a satisfação do crédito.

MEDIDAS INCIDENTAIS OU AUTÔNOMAS

Por fim, a recuperação ou responsabilização de patrimônio eventualmente desviado ou ocultado é determinante para efetiva recuperação de crédito. Não raro, devedores utilizam métodos para desviar os seus créditos de forma que não sejam penhorados por seus credores.

O abuso da personalidade jurídica, comprovado mediante desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, permite desconsiderar a personalidade

253 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos (Sniper). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/sniper/>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

254 Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses-requisitos-e-limites-segundo-o-STJ.aspx>.

jurídica de uma sociedade, de modo a responsabilizá-la, incluindo ainda o seu respectivo sócio ou administrador, os quais que tenham sido beneficiados, direta ou indiretamente, com ativos do devedor, o qual se valeu de uma blindagem patrimonial para se esquivar de suas obrigações.

Dependendo do método utilizado pelo devedor e a fraude usada para frustrar o pagamento, é possível valer-se de algumas medidas incidentais ou autônomas, tais como: (i) Fraude à Execução, com pedido nos próprios autos; (ii) Fraude contra credores, via Ação Pauliana, autônoma; (iii) Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica direta ou inversa e a (iv) Ação Declaratória de Simulação, também autônoma. Todas essas medidas são utilizadas para desconstituir os desvios de patrimônio do devedor, responsabilizá-lo e recuperar o crédito devido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a importância de uma pesquisa patrimonial prévia e de um alinhamento estratégico na atuação para a recuperação de crédito não pode ser subestimada, mesmo que tal movimento dependa de despesas para a reunião de informações, que a bem verdade, poderão definir a expectativa na satisfação do crédito.

Em um cenário econômico complexo e dinâmico, onde os devedores frequentemente empregam manobras sofisticadas para ocultar ativos, é essencial que o credor esteja bem preparado para enfrentar esses desafios com eficácia e celeridade, pois é sabido que a recuperação de crédito é uma corrida de credores para quem identifica e chega primeiro, a fim de garantir sua preferência concursal.

Nesse sentido, um bom dossiê de crédito e patrimonial é o alicerce sobre o qual se constrói uma estratégia de recuperação bem-sucedida, já que ela permite identificar caminhos e ativos do devedor, possibilitando a definição de um caso, muitas vezes tido como irrecuperável, ou ainda, antecipar e mitigar riscos. Uma abordagem proativa e baseada num mapeamento de informações é crucial para a recuperação de crédito eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 8ª Edição. 2024. Editora Foco.
- ASSIS, Araken. **Processo de Execução e Cumprimento de Sentença**. Volume 4. 1ª Edição. 2023. Editora Revista dos Tribunais.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Recuperação de Crédito – Prática e Estratégia**. 3ª Edição 2021. Editora Revista dos Tribunais.
- Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado Federal.
- PONTES TEODORO, Giovani. **Execução Efetiva – Teoria e Prática**. Edição 2023. Editora Revista dos Tribunais.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro. Forense. 2020

FUTURO DO MERCADO FINANCEIRO TRADICIONAL: O PAPEL DAS DIRETRIZES REGULATÓRIAS DA BASILEIA E IOSCO NA INTEGRAÇÃO DE ATIVOS DIGITAIS

JULIANA FUKUSIMA SATO²⁵⁵

O mercado bancário global está passando por uma transformação significativa com o advento dos ativos digitais²⁵⁶, que incluem criptomoedas, stablecoins, tokens e outros ativos baseados em blockchain. Esses avanços oferecem novas oportunidades, mas também apresentam desafios significativos para a integração com o mercado tradicional. A abordagem regulatória desempenha um papel crucial na harmonização desses sistemas, buscando equilibrar inovação com estabilidade e proteção.

De acordo com a publicação de 2023 da Anbima²⁵⁷ aproximadamente 5,2% da população mundial, ou seja, aproximadamente 425 milhões de pessoas fazem parte desse mercado de ativos digitais que movimentam mais de 1 trilhão de dólares. “Em comparação com o mercado tradicional essa volumetria é ainda pequena, representando aproximadamente 1%, no entanto, considerando que esse mercado tem 16 anos, desde a publicação do White Paper do Bitcoin por Satoshi Nakamoto²⁵⁸ sua adoção vem crescendo exponencialmente nos últimos 5 anos. Os ativos digitais têm ganhado espaço nas grandes mesas de discussão ao redor do mundo, em especial no Brasil, em que cerca de 12% da população (ou aproximadamente 26 milhões de brasileiros) possuem ativos digitais, colocando o país em 9º lugar do ranking de países de adoção dos ativos digitais.

255 Juliana Fukusima Sato é advogada e possui formação em Gestão de Tecnologia da Informação. Pós Graduada em Direito Empresarial pela FGV e em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Possui extensões executivas em direito falimentar pelas Universidades de Oxford e Columbia e em Blockchain and Digital Currency pela Universidade de Nicosia.

256 Ativos Digitais: para fins desse artigo a definição de ativos digitais será tratado como gênero, isto é, englobando tanto as criptomoedas, tokens, NFT, stablecoins etc. Ao mencionar “ativos digitais” entender-se-á por representações digitais em valor que podem ser usadas para fins de pagamento ou investimento ou para acessar um bem ou serviço baseado em uma blockchain ou DLT. Havendo a necessidade de tratar sobre determinada espécie/tipo de ativos digitais será especificamente colocado no presente artigo.

257 ANBIMA. Na geografia da criptoeconomia, mercados emergentes dominam. 2023. Acessado em 30/07/2024: https://www.anbima.com.br/pt_br/institucional/publicacoes/na-geografia-da-criptoeconomia-a-mercados-emergentes-dominam.htm#:~:text=Das%20pouco%20mais%20de%208mais%20de%20US%24%201%20trilh%C3%A3o.

258 NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. Acessado em 30/07/2024: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Os principais desafios regulatórios enfrentados pelos reguladores são: (i) natureza jurídica dos ativos digitais; (ii) jurisdição que são submetidos; (iii) segurança tecnológica, e (iv) “tangibilidade” dos ativos digitais. Apesar da ampla adoção que esses ativos têm tido nos últimos anos, há uma resistência natural do mercado tradicional devido a esses desafios.

O mercado financeiro tradicional com sua infraestrutura consolidada, regulamentações robustas e limitadas a soberania de cada jurisdição enfrenta dificuldades para a integração desses ativos digitais que operam com características tecnológicas e operacionais distintas. Vale dizer, a falta de padronização de um entendimento geral sobre esses ativos no mercado e a complexidade dos sistemas descentralizados contrastam com os sistemas financeiros centralizados e regulamentados.

A natureza jurídica dos ativos digitais é complexa e multifacetada, variando conforme o tipo do ativo. O Marco Regulatório das Criptos no Brasil²⁵⁹, buscou trazer clareza jurídica e regulamentação específica aos diversos tipos de ativos digitais, conforme suas características, alinhando-se com as tendências e práticas internacionais. “Isto porque, nota-se que as evoluções regulatórias dos ativos digitais no Brasil e no mundo refletem a evolução de uma abordagem inicial de “esperar para ver” para uma estrutura cada vez mais harmonizada globalmente, respondendo aos desenvolvimentos tecnológicos, crescimento e adoção do mercado.

O período marcado entre 2013 e 2015 no mercado global dos ativos digitais desencadeou no Brasil e em outros países respostas e entendimentos preliminares dos reguladores e legisladores sobre esse tema, como uma reação imediata dos eventos. O mercado das criptomoedas nessa época passou por importantes eventos, tais como: (i) o escândalo da Silk Road, um mercado eletrônico que atuava na darkweb e a forma de pagamento se dava através de criptomoedas, (ii) a criação no Estado de Nova York da “Bit License”, uma licença comercial para que os prestadores de serviços que operem naquele estado são obrigados a ter para realizar transações, (iii) decretação de falência de uma das principais *exchanges* de criptomoedas²⁶⁰ em razão de roubo de Bitcoins por falta de segurança, (iv) lançamento do Ethereum, um blockchain que trazia a possibilidade de criação de “*smart contracts*”, (v) o aumento nas transações e (v) aumento do preço do

259 Trata-se da Lei 14.478/2022, decorrente do PL 2303/2015, posteriormente tramitado como PL 44401/2021. O mercado brasileiro considerou a Lei 14.478/2022 como o Marco Legal das Criptomoedas, que estabeleceu no ordenamento jurídico conceitos das criptomoedas, diretrizes regulatórias e parâmetros do funcionamento do mercado brasileiro.

260 Trata-se do primeiro pedido de falência e reestruturação do mercado cripto. A exchange Mt. Gox em abril de 2014 suspendeu suas atividades em razão de uma falha de segurança no seu sistema que foi hackeado e teve mais de 900.000 Bitcoins roubados, incluindo os proprietários da exchange como dos seus clientes. A autora abordou esse caso nos eventos (i) online realizado pela TMA em 2021, (ii) reunião do IBR em 2022 e (iii) Congresso do CMR-Empresarial em 2023.

Bitcoin despertando interesse do mercado em geral, marcando um período importante de desenvolvimento desse mercado.

No Brasil, o Banco Central comunicou ao mercado que as criptomoedas não eram reconhecidas como moeda oficial e que as instituições financeiras não estavam autorizadas a oferecer serviços com base nelas, através do Ofício-Circular 3.746/2013. Os legisladores brasileiros, por sua vez apresentaram o PL 2303/2015, posteriormente unificada para o PL 4401/2021 justificando que os ativos digitais estavam ganhando destaque nas operações financeiras e, mesmo não havendo regulamentação interna ou internacional havia preocupação sobre os efeitos das transações realizadas por esses novos instrumentos. À época da apresentação do PL, o objetivo era que as moedas virtuais e os programas de milhagem fossem incluídos na definição de arranjos de pagamento para supervisão do Banco Central, bem como para prever mais um tipo penal nos crimes contra o sistema financeiro envolvendo a utilização de ativos virtuais. Por fim, a CVM por meio do Ofício-Circular CVM/SIN 1/2018, deixou claro que as criptomoedas não eram consideradas valores mobiliários, portanto, não estavam sob a jurisdição dela.

Portanto, observa que as ações dos reguladores e legisladores brasileiros eram conferir respostas rápidas a fim de manter a estabilidade e organização do mercado, demonstrando que esses ativos digitais não estavam no arcabouço regulatório, logo não legitimadas no sistema financeiro brasileiro. Buscou o desincentivo e criminalização da adoção e utilização, dada a ausência de entendimento claro e conhecimento sobre essa nova forma de transacionar valores.

Os avanços tecnológicos que é inerente à essa classe de ativos são muito rápidos e em 2017 dois eventos muito importante impactaram o mercado global, sendo (i) a alta histórica do preço do Bitcoin, tornando muitos “milionários da noite pro dia”; (ii) o surgimento das ICOs (*Initial Coin Offerings*), que corresponderia às IPOs (*Initial Public Offerings*) do mercado tradicional, porém diferentemente do mercado tradicional em que a captação em um IPO se dá em empresas com *track record* reconhecido, governança e robustez, as ICO eram de projetos baseados em blockchain e pela imaturidade do mercado em entender essa tecnologia surgiram muitos projetos fraudulentos, que levaram milhões de dólares de milhares de pessoas ao redor do mundo.

Nos anos subsequentes, o preço do Bitcoin passa por diversas volatilidades, escândalos de esquemas Ponzi envolvendo criptomoedas, criação de *altcoins* (moedas alternativas) e *memecoins* (moedas meme) por meio de projetos altamente especulativos.

Paralelamente e desvinculando desse mercado volátil, o mundo corporativo passa a olhar a tecnologia blockchain como alternativa para eficiências operacionais e outras infraestruturas de validação e governança para desenvolvimento.

A alta volatilidade, sua natureza transfronteiriça e descentralizada evidenciam os principais desafios regulatórios desses ativos quanto a proteção dos investidores e estabilidade dos mercados, oportunidade em que os reguladores locais passam a criar regras próprias de controle e rigidez. No Brasil, a Receita Federal publica a Instrução Normativa 1888/2019 reconhecendo a legalidade das criptomoedas para fins de tributação, além de permitir que o governo consiga ter conhecimento das transações e volumetrias de criptoativos que ocorrem em território nacional.

Novos avanços tecnológicos ocorrem e, as respostas regulatórias se mostram insuficientes. Isto porque, as operações financeiras descentralizadas (DeFi) passam a ter maior adoção, principalmente em razão da possibilidade de gerar renda passiva com criptomoedas²⁶¹. Fica evidente que a cooperação internacional é fundamental para a implementação de controles e diretrizes padronizadas para tratamento desses ativos.

A crescente maturidade e entendimento das tecnologias subjacentes aos ativos digitais impulsionou os principais reguladores mundiais²⁶² a estabelecer diretrizes mais uniformes buscando garantir a ordem e hígidez aos sistemas e possibilitando a integração desses ativos (marginalizados) ao mercado tradicional. No Brasil, o Marco Regulatório das Criptomoedas foi aprovada em 2022 trazendo um conjunto de conceitos, diretrizes, padrões e práticas recomendadas como governança, segurança, privacidade e a regulamentação para o tratamento dos ativos digitais.

O principal regulador do mercado bancário é o Comitê da Basileia, fundado pelos principais Bancos Centrais²⁶³ fomenta a cooperação entre autoridades de supervisão bancária de diversos países e é responsável por desenvolver e promover a implementação de padrões regulatórios e de supervisão sólidos e uniformes no setor bancário global através dos Acordos de Basileia I, II e III.

261 As principais operações de renda passiva em DeFi são: (i) staking, (ii) yield farming, (iii) lending and borrowing, (iv) pools de liquidez. As operações de renda passiva têm sido constantemente inovadas e melhoradas para oferecer transparência aos participantes do mercado. Importante mencionar que as operações em DeFi na sua grande maioria deve ser garantia, isto é, existem mecanismos nessas operações para que na hipótese de volatilidade do ativo, ou inadimplemento ou descumprimento de alguma das obrigações definidas no protocolo, o smart contract automaticamente execute as garantias e os participantes recebam novamente as suas criptomoedas ou seus ganhos.

262 O Comitê da Basileia (Basel Committee on Banking Supervision - BCBS), sediado no Banco de Compensações Internacionais (Bank for International Settlements - BIS) e a Organização Internacional de Valores Mobiliários (International Organization of Securities Commissions - IOSCO)

263 Trata-se dos Bancos Centrais do Grupo dos Dez (G10), isto é, o grupo que reúne os representantes dos Bancos Centrais das principais economias globais.

O Comitê da Basilea publicou em 2021 documento consultivo contendo as Diretrizes preliminares para um prudente tratamento dos ativos digitais (*“Prudential Treatment of Cryptoassets Exposure”*²⁶⁴), no qual trouxe os princípios gerais de risco que os bancos devem adotar quando expostos em ativos digitais. Em linhas gerais, destacou que essas diretrizes levarão em consideração as funções que os ativos digitais desempenham para classificação dos riscos de exposição, sugerindo que seja também ponderado os riscos adicionais inerentes à tecnologia subjacente.

A publicação final das Diretrizes²⁶⁵ classificou os ativos digitais em dois grupos. São parte do Grupo 1, os ativos digitais que atendem a critérios rigorosos e podem ser tratados de forma semelhante aos ativos tradicionais, portanto, as exigências de capital são semelhantes às dos ativos tradicionais, desde que cumpram critérios específicos de equivalência em termos de direitos legais e riscos de crédito e mercado seguindo o estabelecido no Acordo de Basileia vigente, podendo ter um acréscimo de risco por conta da tecnologia blockchain.

O Grupo 2, inclui criptoativos mais especulativos e voláteis que não atendem a esses critérios, razão pela qual o tratamento de capital é conservador, refletindo os riscos adicionais em comparação ao Grupo 1, com peso de risco de 1250% e sua exposição não deverá exceder 2% do capital Nível 1 das instituições financeiras e geralmente devem ser inferiores a 1%. Importante destacar que os recém aprovados ETF e Bitcoin são considerados ativos digitais do Grupo 2.

A implementação pelos bancos ainda enfrenta resistência e desafios, pois o tratamento punitivo de capital, principalmente aos que compõem o Grupo 2 tem se mostrado muito conservador, em especial pela evolução tecnológica que tem apresentado alternativas e soluções de mitigação ou redução dos riscos associados a esses ativos digitais.

Recentemente, o Comitê da Basilea publicou o Aditivo à Padronização do Tratamento aos Criptoativos (*Cryptoasset Standard Amendments*²⁶⁶). O documento foi objeto de consulta ao mercado para revisão do tratamento padrão estabelecido pelo Comitê e resultou na revisão de determinadas diretrizes, destacando a necessidade contínua de cooperação internacional e adaptação regulatória. Essa padronização entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2026.

As principais alterações foram: (i) Segregação patrimonial dos lastros dos ativos digitais em caso de falências, garantido que em caso de quebra ou insolvência do emissor do ativo digital, os lastros fiquem separados e isolados para

264 BCBS. Consultative Document. Prudential Treatment of Cryptoassets Exposure. 2021. BIS. Acessado em 30/07/2024: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d519.pdf>

265 BCBS. Prudential Treatment of Cryptoassets Exposure. 2022. BIS. Acessado em 30/07/2024: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d545.pdf>

266 BCBS. Cryptoasset Standard Amendments. 2024. BIS. Acessado em 30/07/2024: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d579.pdf>

garantir e proteger os credores do emissor, (ii) Inclusão de transações de financiamentos na classificação do Grupo 1, permitindo que os valores transacionados sob determinadas operações sejam incluídos como reservas de stablecoin, (iii) Estabelecimento de requisitos de compensação claros para as entidades expostas aos índices negociados em bolsa (ETFs) e notas negociadas em bolsa (ETNs), para garantir que esses instrumentos sejam tratados de forma adequada e consistente, (iv) Diligência, permitindo que a frequência dos requisitos de diligência será definida pelos supervisores nacionais, permitindo maior flexibilidade e adaptação às condições locais.

As alterações e inclusões nas diretrizes do Comitê da Basileia refletem um esforço para equilibrar a inovação e os riscos associados aos ativos digitais. Ao fornecer uma estrutura mais detalhada e adaptável, o Comitê busca garantir menos resistência à implementação das diretrizes a partir de 2026, visando a segurança e a estabilidade do sistema financeiro global, ao mesmo tempo em que permite que os bancos se beneficiem das oportunidades oferecidas pelos ativos digitais.

Para o mercado de valores mobiliários, o principal regulador é a Comissão Internacional dos Valores Mobiliários (IOSCO), órgão internacional, responsável por garantir a integridade do mercado de valores mobiliários em âmbito global, através da coordenação das atividades dos reguladores do mercado de capitais por meio do desenvolvimento, implementação e adesão de padrões globais.

Em 2019 a IOSCO apresentou as Considerações preliminares sobre os riscos, desafios relacionados aos ativos digitais e os prestadores de serviços desse mercado (*Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms*²⁶⁷), destacando os 5 principais riscos associados identificados, quais sejam: (i) Risco de Mercado, a alta volatilidade dos preços pode levar a perdas significativas aos investidores e afetar a estabilidade financeira dos prestadores e plataformas de serviços de ativos digitais, (ii) Risco de Liquidez, (iii) Risco de Tecnologia e Operacional, foram considerados os problemas técnicos e falhas de segurança dos prestadores e plataformas de serviços de ativos digitais que podem comprometer o mercado e a proteção dos usuários, (iv) Risco de Fraude e Manipulação de Mercado, ante a ausência de supervisão e mecanismos de proteção de manipulação de preço a prática é facilitada, (v) Risco de Custódia. Merece destaque que nesse momento, os prestadores de serviços eram considerados como *Crypto Asset Trading Platforms* (CTPs), não havendo a percepção do regulador do acúmulo de funções que essas plataformas desenvolvem no mercado. Foram apresentadas considerações regulatórias pela IOSCO e submetida à consulta pú-

267 IOSCO. *Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms*. Consultation Report. 2019. IOSCO. Acessado em 30/07/2024: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD627.pdf>

blica do mercado, tendo seu Relatório Final publicado em 2020²⁶⁸, oportunidade em que as principais orientações regulatórias foram direcionadas aos prestadores de serviços para garantir que esses agentes do mercado tenham robustez na segurança cibernética, transparência na gestão dos ativos, governança e compliance a fim de proteger os investidores criando um framework regulatório que assegure a integridade e a segurança das plataformas de negociação de criptoativos.

Em razão da evolução do mercado e das tecnologias, a IOSCO fez uma nova consulta em 2023 a fim de trazer as Recomendações Finais para o mercado, que foi publicado no final de 2023 nomeado de Relatório Final das Recomendações para Cripto e ao Mercado de Ativos Digitais (*Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets*²⁶⁹) com o objetivo de promover maior consistência e integridade ao mercado, bem como proteção aos investidores, definindo critérios mínimos que os prestadores de serviços de ativos digitais deverão seguir. Ainda dada a natureza transfronteiriça a IOSCO buscou nessas recomendações oferecer um panorama em que ambos os mercados (tradicional e o digital) consigam atuar de forma equilibrada, em razão de ter sido observado que determinados ativos digitais tem as mesmas funções, princípios e riscos dos ativos tradicionais, alterando apenas sua forma pelo uso da blockchain.

O documento contém 18 Recomendações que são direcionadas para cobrir 6 riscos identificados, garantindo que estejam em consonância com os padrões estabelecidos pela IOSCO, quais sejam: (i) Conflito de interesses em razão dos prestadores de serviços de ativos digitais acumularem funções; (ii) Manipulação de preços, fraude e informações privilegiadas; (iii) Regulação e operações transfronteiriças; (iv) Custódia e proteção aos investidores; (v) Riscos operacionais relacionados à tecnologia; (vi) Distribuição e Conformidade dos produtos e investidores.

A IOSCO considerou todo o ciclo de vida dos ativos digitais, analisando cada fase individualmente e apresentando suas considerações regulatórias, isto é, desde a oferta, custódia, negociação e liquidação, incluindo a propaganda e distribuição aos investidores sejam eles qualificados ou não. Nota-se também a evolução desses documentos com a ampliação e entendimento das funções que os prestadores de serviços de ativos digitais têm, passando a serem classificados como *Crypto Assets Service Providers* (CASPs).

Paralelamente e pelos desafios legais associados aos protocolos DeFi, a IOSCO lançou a Política de Recomendações para as Finanças Descentralizadas

268 IOSCO. Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms. Final Report. 2020. IOSCO. Acessado em 30/07/2024: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD649.pdf>

269 IOSCO. Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets. Final Report. 2023. IOSCO. Acessado em 30/07/2024: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD747.pdf>

para consulta, publicando o relatório final também em 2023²⁷⁰. Nele é feito a análise 5W2H²⁷¹ para auxiliar os reguladores locais nesses esclarecimentos e com base nas boas práticas recomendadas pela IOSCO possam desenvolver seus próprios frameworks e marcos regulatórios locais com base nas devidas necessidades e características do mercado.

A resposta da pergunta “*What?*” descreve que os ativos digitais oferecidos em DeFi são materialmente iguais aos ativos tradicionais, apresentando os mesmos riscos, incluindo os àqueles na forma como são oferecidos e fornecidos. Assim, ao apresentar esse quadro de respostas espera-se que sejam mantidas as consistências na regulamentação DeFi, evitando arbitragens regulatórias entre jurisdições em razão da natureza transfronteiriça dos produtos.

O movimento desses reguladores internacionais e os consequentes desdobramentos locais com base no entendimento e padronização deles ratifica que os ativos digitais são uma classe de ativos em expansão e sua integração ao mercado tradicional é importante e urgente. Manter os mercados separados pode levar a desestabilização do sistema financeiro tradicional dado o potencial de crescimento não estruturado dos ativos digitais.

A cooperação internacional e a adaptação regulatória contínua são fundamentais para garantir uma integração segura desses ativos no mercado.

O elemento central nas diretrizes desses reguladores é o reconhecimento da existência de ativos digitais que possuem as mesmas funções, riscos e, portanto, devem ter o mesmo tratamento²⁷². Um dos principais ativos digitais nesse contexto são conhecidos como “Real World Assets” (RWAs). Trata-se de ativos digitais lastreados em ativos tangíveis e físicos, como imóveis, commodities e/ou ativos tradicionais financeiros na forma tokenizada em uma tecnologia blockchain.

Em razão da complexidade da natureza jurídica desses ativos digitais sua operacionalização apresenta desafios significativos entre as jurisdições locais, tais como a validação da propriedade e dos direitos físicos vinculados ao ativo digital, conformidade legal, executabilidade, mecanismos de transferência e proteção aos investidores em caso de inadimplência e fraudes. Isto porque a natureza jurídica deles dependerá dos ativos subjacentes que os lastreiam. RWA lastreados em títulos de crédito, como os Tesouros Americanos, são títulos de crédito e sua execução se dá através do recebimento do fluxo determinado da garantia, no entanto,

270 IOSCO. Policy Recommendations for Decentralized Finance (DeFi). Final Report. 2023. IOSCO. Acessado em 30/07/2024 <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD754.pdf>

271 A ferramenta 5W2H (Why, What, Who, When, Where and How, How Much) é um conjunto de perguntas feitas para compor um plano de ação de maneira rápida e eficiente. Seu principal propósito é a definição de orientações claras para acompanhamento e monitoramento.

272 Princípio “same risk, same activity, same treatment/regulatory outcomes”

aqueles lastreados em imóveis ou commodities serão títulos de propriedades e sua execução poderá se dar na forma física. A execução e transferência ainda tem sido objeto de discussão para dar transparência e proteção aos investidores que estiverem expostos a esse tipo de ativo.

A inclusão dos RWA no mercado financeiro tradicional, mesmo tímida, já têm transformado a forma como os ativos tradicionais podem ser acessados, negociados e tem atraído maior liquidez frente ao ambiente global e ininterrupto que se encontram. Assim, a padronização no tratamento desses ativos a fim de abordar e precificar os riscos relacionados são importantes para que a sua adoção e utilização sejam experimentadas e ofereça liquidez e acesso aos participantes dos mercados.

Uma das principais soluções do mercado de ativos digitais é facilitar o acesso ao capital e oferecer liquidez para aqueles que precisam. A tecnologia descentralizada proporciona uma alternativa mais eficiente em relação ao modelo tradicional, frequentemente marcado pela lentidão, complexidade e altos custos no intercâmbio de capital. Ao tornar esse processo mais ágil e acessível, os ativos digitais e a tecnologia blockchain têm o potencial de acelerar o desenvolvimento econômico e social, especialmente em comunidades e países emergentes. Eles oferecem uma nova forma de conectar investidores e empresas de maneira mais fluida e dinâmica.

Essa inovação é particularmente relevante em face dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU para 2030. A integração dos ativos digitais no mercado tradicional e o desenvolvimento de diretrizes padronizadas são passos fundamentais para apoiar os pilares do desenvolvimento econômico, inovação, e a redução das desigualdades e da pobreza. O aprimoramento no intercâmbio de capital proporcionado por esses ativos pode desempenhar um papel crucial na realização desses objetivos, promovendo um crescimento mais inclusivo e sustentável em nível global.

A integração dos ativos digitais ao mercado tradicional apresenta desafios complexos e multifacetados que exigem uma abordagem regulatória equilibrada e adaptativa. A natureza inovadora e disruptiva dos ativos digitais demanda regulamentações que garantam a proteção dos investidores e a estabilidade financeira, enquanto permitem o avanço tecnológico. As diretrizes estabelecidas por órgãos como o Comitê da Basileia e a IOSCO refletem uma tentativa global de harmonizar a regulamentação e promover uma integração segura dos ativos digitais.

No Brasil, a adequação regulatória tem avançado para enfrentar esses desafios, destacando-se com o pioneirismo do Marco Regulatório das Cripto, que posiciona o país na vanguarda do mercado global. Além disso, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil têm desenvolvido e aju-

tado suas normas para abranger os novos produtos e serviços digitais. A abordagem regulatória brasileira busca equilibrar inovação com proteção, alinhando-se às práticas internacionais enquanto adapta a regulamentação às especificidades do mercado local.

O sucesso dessa integração dependerá da capacidade dos reguladores em manter um equilíbrio entre inovação e controle, e da cooperação internacional contínua para enfrentar os desafios emergentes nesse espaço dinâmico e em evolução, em especial quanto aos desafios legais e aplicação das atuais normas que regem os ordenamentos jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

ANBIMA. **Na geografia da criptoeconomia, mercados emergentes dominam**. ANBIMA. 2023. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/institucional/publicacoes/na-geografia-da-criptoeconomia-mercados-emergentes-dominam.htm#:~:text=Das%20pouco%20mais%20de%208mais%20de%20. Acesso em: 05/08/2024

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Prudential treatment of cryptoasset exposures**. 2022. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d545.pdf>. Acesso em: 05/08/2024

_____. **Cryptoasset Standard Amendments**. 2024. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d579.pdf>. Acesso em: 05/08/2024

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4401/2021 (Nº Anterior: PL 2303/2015)**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 05/08/2024

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 05/08/2024

THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. **Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets**. 2023. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD747.pdf>. Acesso em: 05/08/2024

_____. **Policy Recommendations for Decentralized Finance (DeFi)**. 2023. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD754.pdf>. Acesso em 05/08/2024

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL E O PROVIMENTO 172 DE 05/06/2024 DO CNJ

ERNESTO ANTUNES DE CARVALHO

RENATA MARIA SANTOS

ANDERSON MIRAGLIA SOUZA

1. O Provimento. 2. Histórico da Constituição da Alienação Fiduciária de Imóvel.

3. Opiniões favoráveis e desfavoráveis ao Provimento. 4. Cédula de Crédito Bancário e Nota Comercial. 5. Conclusão

1. No dia 05 de junho de 2024 foi expedido pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CN-CNJ) o Provimento 172 que trata sobre a forma para contratação da garantia de alienação fiduciária de imóveis.

Confira-se:

“PROVIMENTO N. 172, DE 05 DE JUNHO DE 2024.”

Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para dispor sobre a forma para contratação da garantia de alienação fiduciária de bens imóveis.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais e,

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal); CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO a obrigação de os notários e registradores cumprirem as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário (arts. 30, XIV, e 38 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994);

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento

das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO os princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade, da lealdade, da boa-fé, da continuidade do serviço público e da segurança jurídica;

CONSIDERANDO a decisão do Conselho Nacional de Justiça no PCA nº 0000145-56.2018.2.00.0000, que reconheceu a validade do artigo 954 do Provimento nº 93/2020 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais;

CONSIDERANDO a necessidade de padronizar o entendimento sobre a forma exigida para contratação da garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, que necessariamente deverá ser adotada por todos os setores e entidades públicas ou privadas, em especial, pelos Registro de Imóveis, que assentam os referidos negócios jurídicos para lastrear operações que têm impacto no crédito brasileiro;

CONSIDERANDO que a utilização de instrumento particular, relativo à alienação fiduciária, com efeitos de escritura pública tão somente pelos integrantes do Sistema Financeiro Imobiliário propiciará mais segurança jurídica, influenciando diretamente questões sociais e econômicas, fortalecendo os direitos dos cidadãos, sobretudo dos hipossuficientes, e funcionando como incentivo à política de desjudicialização, em alinhamento aos objetivos estratégicos deste Conselho Nacional de Justiça,

RESOLVE:

Art. 1º O Título Único do Livro III da Parte Especial do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo VII:

“PARTE ESPECIAL - LIVRO III - TÍTULO ÚNICO - CAPÍTULO VII DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE IMÓVEIS

Seção I Do Título

Art. 440-A. A permissão de que trata o art. 38 da Lei 9.514/1997 para a formalização, por instrumento particular, com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e de atos conexos, é restrita a entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI (art. 2º da Lei n. 9.514/1997), incluindo as cooperativas de crédito.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui outras exceções legais à exigência de escritura pública previstas no art. 108 do Código Civil, como os atos envolvendo:

I - Administradoras de Consórcio de Imóveis (art. 45 da Lei n. 11.795, de 8 de outubro de 2008); II - entidades integrantes do Sistema Financeiro de Habitação (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964.”

Art. 2º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO”

Conforme menciona expressamente o texto do Provimento, houve um prestígio ao disposto no artigo 108 do Código Civil em cotejo ao que trata o artigo 38 da Lei 9.514/1997.

Nesse diapasão, é interessante lembrar o que preconizam os dispositivos sobreditos:

Artigo 108 do Código Civil:

“Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

Artigo 38 da Lei 9.514/1997:

“Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública”.

Não obstante, a clareza dos dispositivos, a autorização para a celebração dos negócios jurídicos através de instrumento particular, independentemente do vínculo ao sistema financeiro de habitação, também, está presente em expresso dispositivo da Lei 9.514/1997, especificamente no artigo 22, parágrafo 1º. Vejamos:

Artigo 22

“A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiro, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Parágrafo 1º

“A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:”.

Isso posto, desde já verificamos uma contradição no que dispõe o Provimento 172 e a Lei 9.514 que, no seu bojo, não impõe qualquer restrição ao instrumento particular, pois a contratação por pessoa jurídica ou física é totalmente

livre e na forma que dispõe a legislação que estendeu o instituto da alienação fiduciária aos bens imóveis, independentemente se opera ou não no SFI.

2. HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

O conceito de Alienação fiduciária de bem imóvel está inserido no mencionado artigo 22 da Lei 9.514/97.

Importante trazer aqui os ensinamentos de dois juristas que são os maiores expoentes no trato da questão:

Marcelo Terra: [...] “negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”, O contrato, agora típico ou nominado, se chama “alienação fiduciária”, ao passo que a garantia é a “propriedade fiduciária”. (TERRA, 1998, p.19)

e

Melhin Namem Chalhub “Na dinâmica delineada pela lei, o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia; a propriedade assim adquirida tem caráter resolúvel, no sentido de propriedade condicional, vinculada ao pagamento da dívida, pelo que, uma vez verificado o pagamento, opera-se a automática revogação da fidúcia, com a consequente consolidação da propriedade plena em nome do devedor-fiduciante, enquanto que, ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual do devedor-fiduciante, opera-se a consolidação da propriedade plena em nome do credor-fiduciário. (CHALHUB, 2000, p. 201)”.

A alienação fiduciária de imóvel foi positivada no ordenamento jurídico pátrio, após a extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH). Naquela época inexistiam mecanismos que pudessem dar ao credor/investidor a garantia, dentro de um prazo razoável e fora do litígio forense, o retorno do capital desembolsado.

Foi exatamente isso que o legislador visou com o ingresso da Lei 9514 este propósito, ou seja, com o retorno mais rápido do capital investido, haveria um impulso na geração de novos negócios, e por conseguinte, assegurando um acesso a moradia a todos.

Não obstante a Lei seja de novembro de 1977, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da execução extrajudicial através do **RE 86063** de 26/10/2023, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA:” RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 982. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL

CIVIL. LEI 9.514/1997. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.

ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMA A VALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, INCISOS XXIII, XXV, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROCEDIMENTO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE “Relator MIN. LUIZ FUX.

Em princípio a Lei 9.514 destinava-se ao Sistema Financeiro da Habitação, exatamente para o cobrir o déficit habitacional que havia naquela época (muito maior do que os dias atuais).

Houve, contudo, uma alteração importante, com a inclusão pela Lei 11.481 de 2007, ao mencionado parágrafo 1º do artigo 22 da Lei 9514/1997, não colocando restrições ao mercado para utilizar o poderoso instrumento que é alienação fiduciária de imóvel, com a finalidade de garantia dos mais diversos negócios.

Isso foi de uma relevância inegável para o fomento do crédito em geral que somente possuía como garantia real a hipoteca, cuja morosidade no procedimento judicial de excussão era por demais criticada por todos.

É bem verdade que com o advento da 14.711/2023, em seu artigo 9º, restou criada a execução extrajudicial da hipoteca em regime similar ao da alienação fiduciária. A nosso ver, haverá o ressurgimento da hipoteca como instrumento de garantia no mercado financeiro e afins.

3. OPINIÕES FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO PROVIMENTO

O mercado foi surpreendido com a exigência da escritura pública. Notadamente quanto ao tempo de constituição da garantia, posto que, certamente será muito maior do que a elaboração de um simples instrumento particular. O Cartório de Notas, mesmo com a atual utilização de tecnologia para colheita de assinaturas, não consegue competir com o rito anterior.

Outro ponto e aí mais preocupante é o custo da escritura. Podemos citar, como exemplo, a tabela prevista para o Estado de São Paulo, que dependendo do valor da obrigação garantida, poderá custar ao devedor mais de sessenta mil reais, independente do valor a ser despendido para o registro da alienação fiduciária no Cartório de Registro de Imóveis.

O debate está na ordem do dia.

Vejam os:

“A própria criação da alienação fiduciária é um bom exemplo de política pública contrária ao formalismo desmedido; características como seu comportamento perante os processos de insolvência, o rito extrajudicial facilitado de excussão e a própria possibilidade (até então) de formalização por instrumento particular estão entre as responsáveis pela ultrapassagem da hipoteca como modalidade de garantia preferida pelos agentes de mercado, fazendo com que a garantia seja utilizada desde ao correio financiamento de imóveis até às operações estruturadas complexas de mercado de capitais. Nesses casos vai bem o Direito, ao gerar alternativas eficientes que facilitam operações econômicas.

São criticáveis, por outro lado, decisões como a de acarretar relevantes e desnecessários custos ao obrigar agentes que não integrem o Sistema de Financiamento Imobiliário a formalizar a constituição da garantia de alienação fiduciária por escritura pública, visto que depõe contra a ampla utilização da garantia como um instrumento facilitador de negócios e, haja vista os avanços tecnológicos que permeiam nossa sociedade – e por consequência o sistema jurídico – representa anacronismo que deve ser evitado caso desejemos um dia integrar um hub de negócios eficiente e confiável”. (O PROVIMENTO Nº 172/2024, UM CONVITE AO ANACRONISMO Por José Afonso Leirião Filho, sócio de Agronegócio do VBSO Advogados).

Em sentido totalmente ao contrário, segue a posição **de Sérgio Lima Dias Junior e Osny da Silva Lima, no artigo O ACERTADO PROVIMENTO 172 do CNJ – Site Migalhas 03/07/2024:**

“Além de ser meramente retórica, não se baseando em nenhum estudo, a afirmação não parece levar em conta, para cálculos de eficiência, variáveis como a qualidade e a confiabilidade dos serviços notariais, que, por meio do controle feito sobre contratos, evitam diferentes tipos de vícios e os custos a eles atrelados.⁶ É por meio da colaboração notarial que se assegura a formação de consenso juridicamente relevante.⁷ Nos termos do art. 1º da lei 8.935/94, a lei dos serviços notariais e de registros, a notarização serve a “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” Muito longe de gerar “insegurança jurídica”, como a retórica vazia tenta fazer crer, a notarização contribui, ao invés, para a elevação de segurança jurídica.

Além disso, abrir mão de atributos típicos e historicamente consolidados do notariado latino – como a autenticidade, a segurança e a fé pública – simplesmente em benefício de uma suposta redução de custos de transação pode trazer sérias consequências indesejadas⁸: A experiência comparada mostra que “exigências de forma aplicáveis a equivalentes funcionais” dos “refinanciamentos hipotecários ofertados a devedores pré-insolventes” nos Estados Unidos “teriam obstado sua disseminação – e, com ela, a eclosão de bolhas imobiliárias – na Europa e na América Latina.”⁹ A atuação de notários enquanto terceiros imparciais altamente qualificados, capazes

de promover, na redação da escritura, o interesse de ambas as partes, não pode ser negligenciada” (Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo)..

Cumpre lembrar que no Estado de São Paulo, os dizeres do Provimento 172 do CNJ já foram adotados pelo Provimento CGJ nº 21/2024, modulando a questão para reconhecer a validade dos contratos de alienação fiduciária firmados antes de 11/06/2024, estabelecendo como principal meio de verificação da autenticidade da data da celebração, o reconhecimento de firma.

Com o devido respeito as opiniões emitidas, a comunidade jurídica esperava com a publicação e a entrada em vigor da Lei 14.711 de 30/10/2023, chamada de “Novo Marco Legal das Garantias” uma direção ao contrário do que consta no Provimento 172 do CNJ, no sentido da desburocratização ou uma maior flexibilização para a formalização das garantias fiduciárias de bens imóveis, mormente no mercado financeiro.

Durante todo o período de utilização do instrumento particular, a segurança jurídica dos negócios garantidos por alienação fiduciária de imóvel, sempre contou com o devido controle pelos Cartórios de Registro de Imóveis.

Até onde sabemos e temos conhecimento, todo o rigor formal na constituição da garantia foi obedecido e revisado, a um custo infinitamente menor para o consumidor final, que é, no fim das contas quem irá suportar o pagamento pela elaboração da escritura pública.

4. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO E NOTA COMERCIAL

O mercado financeiro e os bancos em geral possuem dois instrumentos poderosos para a constituição da garantia de alienação fiduciária de imóvel, quais sejam: a cédula de crédito bancário e a nota comercial.

Consoante legislação especial que regula os dois títulos crédito, há previsão legal para a constituição da garantia que pode ser inserida no bojo deles.

Nesse caso, aplica-se o princípio da especialidade que determina o afastamento da lei geral (Código Civil).

Vejamos:

A Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004 no seu artigo 26 traz o conceito da Cédula de Crédito Bancário, qual seja, *“é um título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade”*.

Nesse passo, no artigo 27 da citada Lei diz que a cédula de crédito bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

A Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2.004, que dispõe sobre as Cédulas de Crédito Bancário, estabelece no seu artigo 31 que “a garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal”.

E mais: estabelece nos artigos 32 e 33 que a constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, devendo o bem constitutivo da garantia ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação. O artigo 35 explicita que “os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula do constituto possessório (...).

O Superior Tribunal de Justiça, conforme **Recurso Especial 1542275/MS** de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe de 02/12/2015, enfrentando exatamente a questão posta, já pontuou:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DESVIO DE FINALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COISA IMÓVEL. OBRIGAÇÕES EM GERAL. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao Sistema Financeiro Imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros. Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do

texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.
5. Recurso especial provido (grifo nosso).

Consta do acórdão as seguintes lições:

.....Logo, da leitura dos artigos em destaque, sem maior esforço hermenêutico, é possível afirmar que a lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio imóvel. Ao contrário, é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel. Resta indubitável, portanto, que a finalidade do instituto é o de fomentar o sistema de garantias do direito brasileiro, dotando o ordenamento jurídico de instrumento que permite sejam as situações de mora, tanto nos financiamentos imobiliários, como nas operações de créditos com garantia imobiliária, recompostas em prazos compatíveis com as necessidades da economia moderna”.

É cristalino que a regra contida no Provimento 172 do CNJ não se aplica quando a garantia de alienação fiduciária de imóvel é constituída cedularmente, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, a regra deve ser aplicada também na hipótese da garantia ser constituída através de Nota Comercial, disciplinada pela Lei 14.195 de 27 de agosto de 2021, disciplinada nos artigos 45 e seguintes, cuja previsão de constituição de garantias está prevista no artigo 47, VII.

5. CONCLUSÃO

A nosso ver, o argumento da corrente conservadora, ou seja, de que o Provimento 172 do CNJ traz à sociedade segurança jurídica no âmbito dos negócios, restringindo a formalização da alienação fiduciária de imóvel ao âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, comungamos com a opinião daqueles que ele representa um verdadeiro retrocesso e irá causar um impacto negativo na realização de novas operações, mormente nas estruturadas.

A LGPD E A APLICAÇÃO DA BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE NA ATIVIDADE BANCÁRIA

YASMIN DA SILVA BITENCOURT²⁷³

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) aplicáveis à atividade bancária, em especial a base legal do legítimo interesse. Inicialmente trataremos do alcance da lei e definiremos conceitos importante para a compreensão do tema. Em seguida, analisaremos a base legal do legítimo interesse enquanto conceito jurídico indeterminado. Por fim, trataremos da hipótese de tratamento objeto do estudo, qual seja, o legítimo interesse, na atividade bancária trazendo situações práticas que geram impacto para as instituições financeiras, de modo a construir argumentos que validam e garantem a adequação do processamento dos dados.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. CONTEXTO E OBJETIVO DA LGPD

A Lei nº 13.709 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é um marco regulatório fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil que tem como objetivo proteger a liberdade, a privacidade, a intimidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A lei foi inspirada em legislações internacionais que tratam do tema da proteção de dados como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (*General Data Protection Regulation* - GDPR).

A LGPD estabelece um conjunto abrangente de regras e princípios de modo que as pessoas tenham controle sobre seus dados pessoais e que tais dados sejam tratados de maneira segura e ética, não se limitando apenas a uma questão de segurança, mas também como um direito fundamental dos indivíduos.

²⁷³ Advogada com atuação generalista no setor financeiro, atuando majoritariamente em instituições estrangeiras. Membro da Comissão Especial de Direito Bancário da OAB-SP. E-mail: yasmin_bittencourt@hotmail.com.

Nas palavras de Patricia Peck Garrido:

O espírito da LGPD é proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis.²⁷⁴

A LGPD, que entrou em vigor em setembro de 2020, surgiu em um contexto de crescimento exponencial da digitalização e coleta de dados pessoais a nível global. Assim, a LGPD estabelece diretrizes claras sobre como os dados devem ser coletados, armazenados, processados e compartilhados, de modo a garantir o adequado fluxo de dados, o direito à informação, à liberdade de expressão, bem como a plenitude e a saúde da economia digital.

1.2. ALCANCE E DEFINIÇÕES DA LGPD

1.2.1. Alcance

A LGPD aplica-se as operações de tratamento de quaisquer dados pessoais realizado em território nacional ou a partir de coleta de dados feita no país por empresas brasileiras ou estrangeiras.

Em contrapartida, a lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais (i) realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, (ii) para fins exclusivamente acadêmicos, jornalísticos e artísticos, (iii) para fins exclusivos de segurança pública, do Estado, de defesa nacional e de investigação e repressão de crimes. A lei também não é aplicável a dados provenientes de fora do Brasil e que não sejam objeto de transferência internacional desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD²⁷⁵.

1.2.2. Definições importantes para compreensão do tema

A LGPD surgiu em um contexto de crescente digitalização de dados pessoais em várias esferas, como marketing, serviços financeiros e saúde. A seguir, trataremos conceitos e definições importantes que embasam o tema deste artigo.

1.2.2.1. Dados pessoais e dados pessoais sensíveis

274 Garrido, Patricia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2023. p. 9.

275 O artigo 4º LGPD trata das situações em que a LGPD não é aplicável.

Dado pessoal é qualquer informação relacionada a uma pessoa natural (titular do dado) identificada ou identificável, como por exemplo nome, e-mail, e dados de localização. Patricia Peck Garrido define o dado pessoal nos seguintes termos:

"Toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros. Sempre relacionados a pessoa natural viva²⁷⁶".

O dado pessoal sensível é aquele que revela aspectos íntimos do seu titular, como origem racial ou étnica, convicções religiosas, opiniões políticas e de saúde. São dados pessoais que, se expostos ou compartilhados, podem causar danos ao titular do dado. Trazemos também a definição de dado pessoal sensível de Patricia Peck Garrido:

"São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.²⁷⁷"

Cumpre-nos destacar que o não cumprimento às normas estabelecidas pela LGPD pode resultar em sanções significativas, que incluem bloqueio e eliminação dos dados pessoais relacionados à infração, advertências e até aplicação de multas que podem chegar a 2% do faturamento da empresa, limitadas a R\$ 50 milhões por infração.²⁷⁸

1.2.2.2. *Agentes de tratamento*

O tratamento de dados pessoais abrange um amplo conjunto de operações que são efetuadas sobre com dados, incluindo a coleta, o registro, a organização, a alteração, a consulta, a utilização, a divulgação, o bloqueio, a destruição de dados pessoais, dentre outras ações.

Conforme estabelece a LGPD, são agentes de tratamento de dados o controlador e o operador. O controlador é a pessoa natural ou jurídica que recebe os dados pessoais dos titulares através do consentimento ou pelas hipóteses de exceção do consentimento, sendo responsável pela tomada de decisões relacionadas ao tratamento dos dados, devendo garantir que o tratamento seja realizado de acordo com a lei, além de informar aos titulares sobre a coleta e o uso de seus

276 Garrido, Patricia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). 4ª edição. Grupo GEN, 2023. p. 17.

277 Garrido, Patricia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). 4ª edição. Grupo GEN, 2023. p. 17.

278 O artigo 52 da LGPD trata das sanções administrativas aplicáveis pela Autoridade Nacional aos agentes de tratamento em razão de infrações cometidas às normas previstas na lei. A Resolução CD/ANPD nº 4, DE 24/02/2023 estabeleceu o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, permitindo que a ANPD exerça o poder sancionador para aplicação das penalidades previstas na LGPD. As sanções são aplicadas após a conclusão de procedimento administrativo que garanta a ampla defesa e o contraditório.

dados, garantindo a conformidade com a lei e assegurando que os direitos dos titulares sejam protegidos e respeitados.

O controlador é também responsável por adotar medidas adequadas para proteger os dados pessoais dos quais tem acesso, bem como por obter o consentimento do titular do dado nos casos em que o consentimento for a base legal que autoriza o tratamento, sendo que o controlador deve garantir que ele seja obtido de forma clara e inequívoca e para finalidade específica.

Já o operador é aquele que realiza o tratamento do dado pessoal em nome do controlador, devendo seguir as instruções fornecidas por este além de implementar medidas de segurança adequadas para a proteção do dado.

1.3. PRINCÍPIOS DA LGPD

A LGPD elenca princípios gerais que devem orientar a coleta e o tratamento de dados pessoais no território nacional. Estes princípios são fundamentais para garantir que os dados sejam tratados de forma responsável e ética.

Conforme estabelece a LGPD²⁷⁹, a relação entre o titular do dado e o agente de tratamento deve pautar-se em princípios fundamentais, quais sejam: (i) *livre acesso e transparência*, garantido ao titular do dado a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento e à integralidade de seus dados pessoais; (ii) *finalidade e adequação*, de modo que os dados sejam coletados para finalidades legítimas e específicas informadas ao titular dos dados; (iii) *necessidade e qualidade de dados*, para que apenas os dados pessoais estritamente necessários para a realização das finalidades a que se destina e que tais dados sejam precisos e atualizados; (iv) *segurança e prevenção*, para que o controlador implemente medidas técnicas e organizacionais para garantir a proteção dos dados contra acesso não autorizado e vazamentos; (v) *responsabilização e prestação de contas*; e (vi) *não discriminação*, para que os dados não sejam utilizados para práticas discriminatórias, ilícitas ou prejudiciais aos seus titulares.

2. LEGÍTIMO INTERESSE

A LGPD estabelece que os agentes de tratamento podem realizar o tratamento dos dados pessoais somente em determinadas hipóteses que estão elencadas no art. 7º da LGPD sendo certo que a escolha pelo controlador por uma determinada base legal depende, exclusivamente, das circunstâncias fáticas e da finalidade do tratamento.

²⁷⁹ O artigo 6º da LGPD determina que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os princípios que a lei descreve em seus incisos I a X, descritos a seguir neste tópico.

As bases legais previstas na LGPD que autorizam o tratamento de dados pessoais são: mediante consentimento para finalidade específica, para cumprimento de obrigação legal ou regulatória, para execução de políticas públicas, realização de estudos por órgãos de pesquisa, execução de contrato, exercício regular de direitos, proteção da vida, tutela da saúde, para atender o legítimo interesse do controlador ou de terceiro e para a proteção ao crédito. Não há hierarquia ou maior grau de importância entre as bases legais de tratamento de dados pessoais.

As hipóteses de tratamento para os dados pessoais sensíveis são mais restritas que as de dados pessoais, sendo excluídas as hipóteses de execução de contrato, interesse legítimo e proteção ao crédito. A autoridade nacional²⁸⁰ inclusive já se manifestou sobre a não aplicabilidade do legítimo interesse para o tratamento de dados pessoais sensíveis²⁸¹.

A base legal do legítimo interesse está prevista no § 1º do artigo 7º da LGPD que determina que o tratamento poderá ocorrer nas hipóteses em que for necessário para atender a interesses legítimos do controlador ou de terceiros, desde que esses interesses não se sobreponham aos direitos e liberdades fundamentais do titular do dado.

Trata-se de base legal que abarca uma amplitude maior de situações por possui maior flexibilidade se comparada as demais bases, como o consentimento ou cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Entretanto, cumpre destacar que esta flexibilidade não pode servir como um cheque em branco. Inclusive, o legítimo interesse é tratado em artigo específico na LGPD (artigo 10), que estabelece os parâmetros para a sua aplicação. O uso da base legal do legítimo interesse pressupõe que o controlador faça uma avaliação para identificar se os riscos relacionados aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares, incluindo os potenciais impactos causados, são proporcionais e adequados para a mitigação dos riscos envolvidos.

2.1. REQUISITOS PARA O LEGÍTIMO INTERESSE

Para que o tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse seja considerado válido, ele deve atender a certos requisitos, a saber: (i) necessida-

280 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD é o órgão responsável por regulamentar, fiscalizar e assegurar a conformidade com a LGPD, conforme prescreve o artigo 55-J, da LGPD.

O artigo 41, LGPD determina que o controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento dos dados pessoais.

281 “A fim de avaliar se a hipótese legal do legítimo interesse é aplicável ao caso concreto, o controlador deve, inicialmente, verificar a natureza dos dados pessoais que serão objeto de tratamento. Essa avaliação preliminar é necessária porque se trata de uma hipótese legal não aplicável ao tratamento de dados pessoais sensíveis, haja vista a sua previsão apenas no art. 7º da LGPD, não tendo sido reproduzida no art. 11. Assim, caso o tratamento envolva dados pessoais sensíveis, o controlador deve verificar se existe outra hipótese legal que ampare a realização do tratamento, entre as previstas no art. 11 da LGPD”. Guia orientativo: Hipóteses legais de tratamento de dados pessoais - Legítimo interesse. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Brasília, DF 2024. p. 7-8.

de, o tratamento deve ser necessário para atingir a finalidade legítima almejada; (ii) legitimidade, o interesse que fundamenta o tratamento deve ser legítimo, ou seja, deve estar alinhado com a legislação e com os princípios da LGPD; (iii) equilíbrio, deve haver equilíbrio entre o interesse legítimo do controlador e os direitos e liberdades do titular do dado, de modo a não gerar impacto negativo significativo para o titular.

Bruno Bioni esclarece a necessidade de haver equilíbrio entre os interesses do agente de tratamento e do titular do dado na hipótese do legítimo interesse:

"O fio condutor é 'balancear' os direitos em jogo. De um lado, do titular dos dados e, de outro lado, de quem faz uso das suas informações. Tão importante quanto aferir se há um interesse legítimo é verificar se as legítimas expectativas e os direitos e liberdades fundamentais do cidadão serão respeitados."²⁸²

Ainda de acordo com o artigo 10 da LGPD, a ANPD poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais. Deste modo é recomendável que o controlador tenha a documentação que embasa a hipótese do legítimo interesse, uma vez que o teste do legítimo interesse possui aspecto valorativo, além de tratar-se de boa prática na governança de dados.

Os titulares dos dados têm o direito de se opor ao tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses que dispensa o consentimento, também conhecido como *opt-out* (art. 18, §2º), desde que haja descumprimento ao disposto na lei. Nesse caso, deve haver um sopesamento entre os interesses da organização e os direitos do titular e, se este prevalecer, deve-se cessar o tratamento.

2.2. LEGÍTIMO INTERESSE: UM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Com o advento da sociedade moderna, que trouxe consigo relações sociais cada vez mais complexas e com alta velocidade de mutabilidade das suas necessidades, o sistema normativo fechado, fundado na positivação, tornou-se incapaz de regular todas as relações em sociedade. Fez-se então necessário buscar novos modelos normativos que disciplinassem o direito privado de maneira mais flexível e permeada por princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Este modelo mais aberto busca equilibrar a segurança jurídica e aproximação entre os comandos legais e a realidade e diversidade de ocorrências, tudo por meio da adoção de valores que integram o sistema jurídico, proporcionando, em última instância, soluções apropriadas e que atendam aos reclames do caso concreto. Nessa busca, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados surgem como mecanismos que tem a função de trazer maior flexibilização para

282 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 252.

o sistema jurídico vigente, permitindo ajustes e correções necessários as novas realidades.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são tipo de técnica legislativa que busca estabelecer uma intersecção entre o Código Civil, outros microsistemas e a própria Constituição Federal, viabilizando a recepção dinâmica de valores sociais pelo ordenamento jurídico.

2.2.1. Cláusulas gerais

Nos ensinamentos de Fredie Didier Jr., a função das cláusulas gerais é “estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas”²⁸³. As cláusulas gerais são normas que não estabelecem, *a priori*, o significado do termo – o pressuposto, tampouco estabelece as consequências jurídicas desta norma – o seu consequente. Tratam-se, pois, de normas com diretrizes indeterminadas que não possuem uma solução jurídica estabelecida. Sobre o tema, Judith Martins-Costa esclarece que:

“Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, standing points ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”²⁸⁴.

As cláusulas gerais são, portanto, normas que não prescrevem a obrigatoriedade de determinada conduta mas definem valores e parâmetros hermenêuticos para o intérprete. É justamente o conteúdo vago das cláusulas gerais que viabiliza a integração concretizadora do ordenamento uma vez que as cláusulas gerais incorporam os princípios, dando a eles a concreção necessária e possibilitando sua inserção nos casos concretos que são postos à apreciação. Pode-se mencionar como exemplo de cláusula geral a função social do contrato e da boa-fé objetiva, disciplinadas, respectivamente pelos artigos 421 e 422 do Código Civil. Estes dispositivos restringem a liberdade contratual das partes contratantes, impondo-lhes ainda deveres secundários.

Ao analisar demanda judicial que invoque tais dispositivos, o magistrado terá um duplo papel: a partir das diretrizes trazidas pelos dispositivos mencionados, definir o pressuposto e o consequente da norma para aquele caso concreto em análise.

283 Fredie Didier Jr, Curso de Direito Processual Civil, Salvador. Editora Jus Podivm, V1, 2013, p.67.

284 Judith Martins-Costa, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992, p. 50.

2.2.2. Conceitos jurídicos indeterminados

Os termos indeterminados caracterizam-se pela ausência de limites precisos na medida em que não possuem uma delimitação clara em relação a realidade a qual se referem. Neste sentido, são conceitos que não são claros quanto ao seu conteúdo.

Na seara jurídica, por sua vez, são conceitos em que o legislador não conferiu a norma definição legal expressamente delimitada sendo que as expressões e significados presentes na norma são vagos e imprecisos de modo que a dúvida encontra-se no significado do termo e não nas consequências jurídicas decorrentes do seu não cumprimento.

Exemplo ilustrativo é o art. 581 do Código Civil que assevera que o comandante pode pedir a coisa de volta caso haja “necessidade imprevista e urgente”, reconhecida pelo juiz. Os termos “necessidade”, “imprevista” e “urgente” possuem caráter indeterminado uma vez que dão margem a diferentes interpretações. Raquel de Moraes Laudanna traz interessante explicação sobre o tema que merece destaque:

Com efeito, os conceitos, via de regra, possuem uma estrutura interna: (i) um círculo de certeza de tamanho pequeno; (ii) um círculo maior que este, que seria a zona de “penumbra”; e (iii) um outro círculo, ainda maior, que seria uma zona de certeza, mas negativa. Nesse passo, esta imagem com três círculos concêntricos admitiria uma área central, em que a certeza seria positiva (como núcleo do conceito, algo que “é”) e, no último círculo do conceito, haveria uma certeza negativa (“não é”, com certeza)²⁸⁵.

Cumprido destacar que é o juiz quem diferencia os conceitos indeterminados das cláusulas gerais uma vez que tal constatação é realizada frente ao caso concreto na própria norma: se há solução para o caso concreto trata-se de conceito indeterminado; já nas situações em que o juiz exerce o poder de criar uma solução, trata-se de cláusula geral. Deste modo, entendemos que o legítimo interesse previsto na LGPD é um conceito jurídico indeterminado.

3. O LEGÍTIMO INTERESSE E A ATIVIDADE BANCÁRIA

No contexto bancário, a LGPD impõe requisitos rigorosos para a coleta, o tratamento e o armazenamento de dados dos pessoais necessários à realização de análises imprescindíveis ao negócio como por exemplo para a precificação de produtos, para a dosagem de seu apetite de riscos e prevenção e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro. Como já mencionamos, entre as bases legais para o tratamento de dados previstas na LGPD, o conceito de “legítimo interesse”

285 Raquel de Moraes Laudanne, Cláusulas Gerais e Conceitos Vagos no Direito Contratual: Implicações com a utilização de valores constitucionais, Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012 p. 56.

desempenha papel de relevância. Neste último capítulo examinaremos como o legítimo interesse é aplicado no setor bancário, suas implicações e os cuidados necessários para garantir conformidade com a LGPD.

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO

As instituições financeiras estão sujeitas desde 2001 a regramento específico para o tratamento de dados de seus clientes, que versa sobre o dever de manter o sigilo sobre as relações financeiras estabelecidas entre os Bancos e seus respectivos clientes - trata-se da Lei Complementar 105 de 10/01/2001, mais conhecida como Lei do Sigilo Bancário, norma de suma importância no tema da privacidade para os Bancos e demais empresas elencadas na lei. A referida lei transformou o sistema financeiro nacional ao ocasionar mudanças relevantes no que tange à segurança da informação. A Lei do Sigilo Bancário trouxe vantagem para os Bancos no contexto da LGPD pois esta também estabeleceu requisitos de segurança mínimos dos quais os Bancos já estão em conformidade, não só em razão da Lei do Sigilo Bancário como também pelas regulamentações do Banco Central do Brasil, como por exemplo a Resolução 4.658 de 26/04/2018, que trata de questões de segurança cibernética que devem ser observadas pelas instituições financeiras.

3.2. SITUAÇÕES PRÁTICAS NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

As instituições financeiras podem tratar dados pessoais para detectar e prevenir fraudes financeiras desde que a privacidade dos indivíduos seja respeitada. Nestas hipóteses o legítimo interesse é justificável uma vez que visa garantir tanto a integridade do sistema financeiro quanto a segurança dos seus clientes.

Outra aplicação possível da base legal do legítimo interesse pelas casas bancárias é na gestão do risco de crédito pois o tratamento de dados pessoais para avaliar a capacidade de crédito e gerir riscos financeiros é uma prática comum no setor bancário. Nesta hipótese há legítimo interesse em assegurar a viabilidade econômica e a proteger a saúde financeira das instituições.

As instituições podem ainda usar dados pessoais para oferecer produtos e serviços personalizados, baseados no histórico e nas necessidades dos clientes, desde que seja dada a opção aos clientes de não receber comunicações de marketing direto e ofertas personalizadas. O legítimo interesse aplica-se a esta hipótese desde que o marketing seja relevante e o cliente tenha a opção de se opor ao tratamento dos dados para esse fim.

Assim, de modo a assegurar a conformidade com a LGPD, ao aplicar o legítimo interesse, os bancos devem seguir boas práticas tais como manter documentação detalhada sobre a aplicação da base legal e das medidas de segurança

implementadas. Também é importante que os clientes sejam informados de forma transparente sobre como seus dados são utilizados, incluindo a base legal do tratamento e as possíveis implicações.

Devido à natureza sensível dos dados que os bancos tratam, a segurança deve ser prioridade. Algumas medidas essenciais que podem ser tomadas são a utilização de criptografia para proteger dados pessoais armazenados e em trânsito, garantindo que apenas pessoas autorizadas tenham acesso às informações além realização de auditorias regulares e monitoramento contínuo para identificar e mitigar vulnerabilidades e ameaças à segurança dos dados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD representa um avanço significativo na proteção de dados pessoais no Brasil ao adotar abordagem centrada nos direitos dos titulares de modo a garantir a segurança e a transparência no tratamento dos dados, garantindo que haja um ambiente digital mais seguro e confiável. Assim, a conformidade com a LGPD é, portanto, não apenas uma obrigação legal, mas uma prática essencial para o sucesso e a sustentabilidade no ambiente digital contemporâneo.

Aplicar o legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais no setor bancário pode apresentar desafios, como encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessidade do tratamento do dado com a proteção dos direitos dos clientes titulares dos dados. No entanto, com uma abordagem cuidadosa e bem fundamentada, as instituições financeiras podem utilizar a base legal do legítimo interesse para atender às suas necessidades operacionais e comerciais em conformidade com o que determina a LGPD.

A conformidade com a LGPD é essencial não apenas para evitar penalidades como também para construir e manter o relacionamento com os clientes. Tendo em vista que o legítimo interesse é um conceito jurídico indeterminado é de suma importância que ao ser utilizado sejam adotadas práticas transparentes, bem como que sejam realizadas avaliações de impacto que visem assegurar que os direitos dos titulares estão sendo respeitados e que somente dados pessoais estritamente necessários são tratados.

Pelo exposto, resta evidente a necessidade de mudança de *mindset* que deve acontecer em todas as estruturas que trabalham com o processamento de dados pessoais, tendo em vista, principalmente, a obrigatoriedade de observância imposta pela lei aos princípios da necessidade e da transparência. Assim, as instituições financeiras devem ter uma governança de dados multidisciplinar para que se tenha a visão completa do risco envolvido no tratamento de dados pessoais para que o ambiente de negócios se desenvolva com os cuidados necessários e de forma sustentável. Ao adotar práticas transparentes, realizar as avaliações de impacto

necessárias e manter todo o histórico da documentação que fundamenta o tratamento do dado, as instituições financeiras podem utilizar o legítimo interesse de forma eficaz e em conformidade com a LGPD.

A (IN)COMPATIBILIDADE DA TEORIA DO “DUTY TO MITIGATE THE LOSS” COM O DIREITO BRASILEIRO E O RISCO AO DIREITO DOS CREDORES

LEANDRO FERREIRA MAIOLI

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, sempre houve interação entre jurisdições das tradições de *civil law* e de *common law*. Segundo René David, há uma tendência natural a essa aproximação²⁸⁶.

Porém, com a globalização, esse movimento vem se acelerando. Miguel Reale é cirúrgico ao identificar traços palpáveis e atuais desse intercâmbio, ao afirmar que “enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística”²⁸⁷.

O Brasil não está alheio a esse movimento. No âmbito legislativo, as codificações brasileiras carregam forte e histórica influência do direito europeu. Para além da forma, o conteúdo normativo também carrega inspirações em normas concebidas por outras jurisdições.

Menciona-se, a título de exemplo, a Lei de Recuperação Judicial e de Falência (Lei 11.101/2005), altamente influenciada pelo direito norte-americano; o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) que carrega claros traços da legislação francesa e outras europeias; a recente Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709/2018), que toma como fonte de inspiração lei similar recentemente promulgada pela União Europeia (GDPR).

286 Países de direito romano germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romanos germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra do direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito”. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 20.

287 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

Mesmo no campo da aplicação do direito, institutos jurídicos provenientes de outros países acabam sendo importados e aplicados pelos nossos juristas. A teoria da verossimilhança preponderante, a aplicação da *mootness doctrine* no direito falimentar e a utilização de cláusulas *earn-out*, *MAC/MAE* e de *sandbagging* em contratos de *M&A* são exemplos claros dessa influência.

Isso não significa que essa influência seja sempre positiva e necessária. Em muitos casos a importação indevida traz consequências desfavoráveis. Não resolve em definitivo o problema que se pretende tratar, e ainda gera novas arestas, diante da incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto é que se pretende analisar um desses institutos, bem estabelecido em jurisdições adeptas ao *common law*, cuja aplicação ao direito brasileiro vem sendo sugerida e já admitida por alguns julgados. Trata-se do instituto denominado *duty to mitigate the loss*, ou o dever de mitigação do prejuízo.

Após a conceituação e a explicação de como é ele aplicado na *common law* por meio da análise de um famoso precedente britânico, será debatida a forma com que o instituto vem sendo aplicado no direito brasileiro e os potenciais riscos que sua importação pode trazer ao nosso ordenamento, em especial ao crédito cobrado em juízo.

2. O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E SUA APLICAÇÃO NA *COMMON LAW*

O *duty to mitigate* tem origem no direito anglo-saxão. Pode ser conceituado como um dever atribuído àquele que sofre dano (em âmbito contratual ou extracontratual), de fazer o que estiver ao seu alcance para conter suas perdas.

Um dos precedentes mais emblemáticos e relevantes para a consolidação da teoria no direito britânico é o *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London*²⁸⁸, julgado pela *House of Lords* em 1.912.

Em apertada síntese, a *British Westinghouse* vendeu à *Underground* (operadora de linhas de trem em Londres) oito turbinas a vapor, que apresentaram problemas de desempenho, performando abaixo do que prometia o contrato. Depois de diversas tentativas de corrigir o problema, a *Underground* optou por substituir os aparelhos por outros mais modernos, fabricados por outro fornecedor. Eis que a troca se mostrou tão acertada que o ganho de desempenho e a redução dos custos geraram receitas suficientes para reverter todas as perdas financeiras da *Underground* decorrentes do mal funcionamento das turbinas da *British*.

²⁸⁸ *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*. (<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c860d03c7f57ecd56e>).

No julgamento do caso, a *House of Lords* reconheceu que aquele que é prejudicado por uma quebra de contrato (ou mesmo por qualquer conduta ilícita) deve ser integralmente indenizado²⁸⁹.

Porém, após reconhecer esse primeiro princípio, o julgado aponta para um segundo princípio a ele vinculado, que orienta ser dever do prejudicado tomar todas as medidas disponíveis e razoáveis para mitigar a perda resultante da violação. Aí se apresenta, então, o que vem a ser o *duty to mitigate the loss*.

Por conta desse dever de mitigação do prejuízo, este não fará jus à indenização da parcela do dano que poderia ter sido evitada com tais condutas. Indo além, sequer receberá indenização se as condutas adotadas para a mitigação se mostrarem exitosas a ponto de reverter o prejuízo experimentado.

Por certo, o prejudicado não está obrigado a adotar toda e qualquer medida, como as mais complexas e custosas. O dever de mitigação alcança apenas aquelas medidas razoáveis, que seriam esperadas de um homem prudente na condução de seus negócios²⁹⁰.

Anne Michaud destaca que os julgados recentes costumam analisar simplesmente se o prejudicado poderia ter evitado alguma parcela do dano sofrido, aplicando, se for o caso, eventual redução no valor a ser indenizado, pouco importando se tais medidas foram efetivamente adotadas ou não²⁹¹.

Também vale pontuar que para muitos juristas provenientes dos sistemas da *common law*, não há um teste seguro e minimamente confiável a ser aplicado para essa quantificação do dano evitável, o que gera certa insegurança jurídica²⁹². Mesmo nos países em que o instituto foi formado, portanto, sua aplicação ainda gera debate e não está livre de críticas. Independentemente disso, preservam e respeitam com rigor seus precedentes (*stare decisis*), de modo que o *duty to mitigate the loss* continua a ser aplicado sempre que cabível.

289 Ao analisar precedentes que enfrentam danos decorrentes de quebras contratuais ou de circunstâncias extracontratuais (tort), Andrew Dyson conceitua esse primeiro princípio, chamado de princípio da compensação, da seguinte maneira: “damages aim to put the claimant in the same position as if the breach had not occurred.” (DYSON, Andrew. Mitigation in the Law of Damages. University of Oxford. 2016, p.43 (<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:b5ab9de2-f228-4424-b732-c3365a779dbf>)).

290 No precedente em apreço, o juiz Viscount Haldane afirma o que segue sobre o segundo princípio (o próprio dever de mitigação): “this second principle does not impose on the plaintiff an obligation to take any step which a reasonable and prudent man would not ordinarily take in the course of his business”.

291 “The positive aspect is concerned with cases where an aggrieved party has reacted to a wrong in such a way that his loss has been reduced; the issue is whether this actual reduction of damage ought to be taken into account. The negative aspect of mitigation provides that a plaintiff’s failure to act when he could have avoided some loss must be taken into account in measuring what damage counts for compensation. Since the eighteenth century this negative aspect of mitigation has gradually taken the lead over the positive aspect; it now constitutes the basic principle of the modern doctrine of mitigation in common law. Thus, the rule on avoidable losses is primary, that on losses avoided is subsidiary”. M MICHAUD, Anne. Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract, 1984, p. 296 (<https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1900-v1-n1-rgd04555/1059553ar.pdf>).

292 “Rather than attempting to abstract rules from the body of precedents, the leading texts advocate a ‘case-by-case’ approach, relying on a catalogue of examples. This does not qualify as a description of the law; it is merely a roughly sorted description of legal sources. In practical terms, the orthodox account fails to provide guidance to parties or judges”. DYSON, Andrew. Idem, p. 78.

Expostos os limites e contornos do instituto nos países da *common law* (em especial no Reino Unido), é possível debater sua aderência ou não à jurisdição brasileira, o que será feito adiante.

3. O DEVER DE MITIGAÇÃO DE PREJUÍZO E SUA NÃO ADERÊNCIA AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado, a importação de institutos estrangeiros pelo direito brasileiro não tem nada de ineditismo. Mas isso não significa que tal aplicação seja sempre útil e necessária.

Antes de ser absorvidos, devem ser colocados à prova, comparados com institutos similares já aplicáveis, ter seus efeitos desfavoráveis previstos e, de preferência, passar por um longo período de maturação.

A apropriação de um instituto forasteiro pode ser um caminho para que se supra lacunas legislativas, visto o que dispõe o artigo 140 do Código de Processo Civil²⁹³. Mas isso deve ocorrer somente quando há efetivamente uma lacuna em nosso ordenamento.

No mundo ideal, a importação partiria inicialmente de sugestão doutrinária consistente e reiterada, seguido de um extensivo período de “testes” nas instâncias de origem e tribunais locais, e só então, depois de um grande número de amostras e uma percepção positiva dos operadores do direito, ter sua aplicação referendada e pacificada pelos tribunais superiores.

Esse período de amadurecimento mostra-se ainda mais relevante quando se está diante de institutos concebidos por jurisdições que enxergam o direito de modo distinto, como aqueles pautados em precedentes.

Em relação ao *duty to mitigate the loss*, o que se tem visto é o oposto. Os tribunais superiores já admitem a sua aplicação mesmo quando boa parte dos advogados, promotores e juízes de instâncias inferiores sequer tiveram contato com o conceito. Há poucas obras sobre o tema e pouco se fala a respeito no ambiente acadêmico.

Mas não é só.

A despeito de já admitido em alguns julgados, a aplicação do dever de mitigação do prejuízo no direito brasileiro parece trazer mais complicações do que soluções. E há pelo menos duas razões a justificar tal constatação.

²⁹³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

A primeira delas é que nosso ordenamento jurídico já dispõe de ferramentas suficientes para disciplinar a conduta do prejudicado após a ocorrência do dano. O regramento posto tem se mostrado apto a impedir abusos ao direito de indenização, e possibilitar seu exercício de modo equilibrado.

Assim, ao se aplicar o dever de mitigação a determinado caso, é muito provável que estará ele substituindo, mitigando ou mesmo potencializando outro instituto já sedimentada no direito brasileiro. Haverá, então, uma sobreposição de institutos jurídicos, passível de gerar tumulto.

A segunda justificativa pela qual a aplicação do dever de mitigação do prejuízo não parece necessária (ou mesmo útil) diz respeito ao uso já admitido e consolidado de tutelas específicas e de urgência no cenário nacional, que permitem uma rápida intervenção judicial no conflito, fazendo com que a contenção de prejuízos já se dê em ambiente e sob acompanhamento judicial.

Nos países da *common law*, a aplicação de tutelas dessa natureza é muito mais restrita, fazendo com que, em regra, o prejudicado atue por conta própria na contenção dos prejuízos para que em um segundo momento, se houver necessidade, busque na justiça a indenização devida.

Vale aprofundar um pouco mais sobre cada uma dessas justificativas.

3.1. A TUTELA ESPECÍFICA E A TUTELA DE URGÊNCIA

Depois de uma série de reformas para adaptar a legislação processual aos anseios da sociedade moderna e em constante transformação, ganhou força no ordenamento jurídico pátrio a tutela específica das obrigações, atrelada às tutelas de urgência.

Resulta disso que, diante de um ato danoso, ou mesmo de sua iminência, a parte prejudicada pode imediatamente socorrer-se do Poder Judiciário para obter em seu favor uma tutela que exigirá de imediato a adoção das condutas necessárias à contenção do prejuízo pela parte infratora.

O “perigo de dano” é justamente um dos requisitos necessários para a concessão das tutelas de urgência, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Essa possibilidade de rápido acesso ao Poder Judiciário e a disponibilidade de medidas para assegurar o adimplemento das obrigações e a rápida remediação de prejuízos é uma característica do direito brasileiro.

Em países fundados na doutrina do *stare decisis*, a despeito de estarem paulatinamente admitindo tutelas específicas e tutelas de urgência, costuma-se constatar e mensurar as perdas e danos após a conclusão do episódio danoso. O

Judiciário atua com menor intensidade no calor dos acontecimentos e costuma ser provocado *a posteriori*, cabendo-lhe, então, avaliar as condutas adotadas pelas partes e apurar a correta medida da indenização devida.

Outrossim, nos países de cultura consuetudinária o acesso ao Judiciário costuma ser mais caro e restrito. Nos Estados Unidos, a título de exemplo, não é reconhecido de modo pacífico o direito universal à justiça, não havendo, na grande maioria dos casos, gratuidade aos mais necessitados (ao menos na esfera civil).

Por essas peculiaridades é que a mitigação do prejuízo em países da *common law* se mostra tão relevante. Tal dever conduz as partes a agirem em prol de uma rápida solução, sob pena de responderem por eventual inércia injustificada.

O diferente modo de ver e de aplicar o direito no Brasil faz com que o dever de mitigação do prejuízo perca muito de sua relevância, na medida em que o Judiciário pode intervir no conflito de forma mais rápida e interromper, reduzir ou atenuar os prejuízos por meio de decisões provisórias.

3.2. INSTITUTOS JURÍDICOS VIGENTES NO BRASIL APTOS A REGULAR A CONDUTA DA PARTE PREJUDICADA

Um segundo obstáculo à importação do dever de mitigação do prejuízo pelo direito brasileiro é a prévia existência de institutos já consagrados por aqui, que bem preenchem o espaço que seria por ele ocupado.

Lista-se, adiante, quais são tais institutos que, em boa parte, atendem aos mesmos propósitos do dever de mitigação do prejuízo nos países que o adotam:

i. Culpa concorrente

O Código Civil Brasileiro traz de forma expressa um limitador importantíssimo ao direito de indenização. Nos termos do artigo 945, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso “a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

É palpável o paralelo que se pode traçar entre a culpa concorrente e o dever de mitigação do prejuízo.

Carlos Roberto Gonçalves não aborda nenhum dever atribuído ao prejudicado para conter danos, mas suas palavras podem ser aplicadas à hipótese:

“Em muitos casos o dano não decorre de uma só causa, mas da concorrência da atividade culposa da vítima e do autor (...) e, na hipótese, a culpa de um não extingue a do outro, mas a conduta será valorada para se estabelecer a proporção do dano que cada um deverá suportar”.²⁹⁴

294 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – vol. 4 – Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, p. 129.

Se o dano causado pelo infrator foi majorado por responsabilidade do prejudicado, é factível o reconhecimento da culpa concorrente para limitar o valor a ser indenizado.

Há semelhanças gritantes entre os institutos.

É interessante que, recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou caso²⁹⁵ onde a parte que causou o suposto dano apresentou em sua defesa parecer técnico elaborado pelos ilustres Doutores Cruz e Tucci e Heitor Sica. Tal parecer, entre outros fundamentos, suscitou a incidência do duty to mitigate the loss para a redução do valor da indenização.

Ao julgar o caso, o juiz reconheceu que o dano deveria ser partilhado, mas acertadamente fundamentou sua decisão na culpa concorrente,²⁹⁶ cuja aplicação também foi ventilada e defendida no parecer técnico apresentado.

Encontrou-se solução razoável ao conflito utilizando-se instituto jurídico já vigente e de plena aplicação no direito nacional.

A culpa concorrente, portanto, traz semelhanças com o dever de mitigação do prejuízo.

ii. Abuso de direito

O abuso de direito nada mais é que o uso irregular de um direito subjetivo legítimo. Como bem coloca Paulo Nader, “o ato ilícito pode caracterizar-se quando o agente, ao exercer seu direito, visa precipuamente a causar danos a outrem, constituindo estes o grande móvel de sua conduta”²⁹⁷.

O direito de indenização também pode ser objeto de abuso. Sob a ótica da doutrina transcrita, na hipótese do prejudicado contribuir de modo deliberado para a majoração dos danos, ainda que seja por meio de sua intencional omissão, incorrerá em abuso de direito, merecendo ver restringido seu direito à indenização.

iii. Boa-fé objetiva e figuras adjacentes:

A boa-fé objetiva é norma de conduta. Nas felizes palavras de Leonardo Garcia, é “*um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases de existência da rela-*

295 Processo nº 0001624-06.2021.8.26.0566, TJSP.

296 “Como bem apontou o ilustre jurista em seu parecer jurídico, a demandante (...) sonegou fatos da apreciação judicial por quase dois anos e meio, os quais, se tivessem sido apresentados no momento processual oportuno, teriam provocado a revogação do embargo liminar da obra muito mais rapidamente. (...) Pelo exposto, entendo presente a hipótese de culpa concorrente” (trecho da decisão proferida no processo).

297 NADER, Paulo. Curso de direito civil, vol. 7: responsabilidade civil – 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016, p. 174.

ção contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após sua extinção”²⁹⁸.

Pelo princípio da boa-fé objetiva, amplamente admitido no ordenamento jurídico brasileiro, em qualquer relação as partes envolvidas devem atuar com ética e transparência, de modo que qualquer desvirtuamento de tais padrões estará passível de reprimenda.

A violação à boa-fé, a propósito, é uma das hipóteses de caracterização do abuso de direito, como indica o artigo 187 do Código Civil.

Pois aquele que sofre determinado prejuízo que vai aumentando no decorrer do tempo e nada faz para contê-lo quando seria possível agir de modo eficiente e sem esforço excessivo, viola o princípio da boa-fé objetiva.

O dever de mitigação do prejuízo pode, portanto, corresponder em determinadas circunstâncias à mera inobservância do princípio da boa-fé objetiva.

Indo além, o princípio da boa-fé objetiva atrai consigo uma série de outros institutos jurídicos igualmente reconhecidos em nosso ordenamento jurídico, que também cobrem parte do espectro de aplicação do dever de mitigação do prejuízo.

A *supressio* e a *surrectio*, por exemplo, exprimem o princípio da responsabilidade pela confiança, e decorrem diretamente da boa-fé objetiva.

A *supressio*, nos dizeres da Ministra Nancy Andrighi “*implica a redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes ao longo da execução do contrato, em exercer determinado direito ou faculdade, criando para a outra a percepção válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa*”²⁹⁹.

Se, portanto, uma das partes não exerce determinado direito ou não exige da outra parte determinada obrigação prevista em contrato de modo prolongado e reiterado, tacitamente renuncia a esse direito, não podendo reivindicá-lo posteriormente.

Na *surrectio* aplica-se a lógica inversa. Deveres e obrigações nascem pela prática prolongada e reiterada de determinada conduta, ainda que não disposta em Lei ou em contrato. A aceitação tácita e dessa nova mas reincidente conduta impede que contra ela se apresente posterior resistência.

Ambos os institutos impedem ou limitam em muitos casos o direito de indenização por eventual inadimplemento ou conduta faltosa. De maneira indireta também acabam impondo limites ao direito de indenização.

298 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p.61.

299 REsp 1.879.503, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, STJ, j. 18/09/2020.

Há outro par de institutos jurídicos bem arraigados no direito pátrio, também decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que caminha geralmente junto, e pode regulamentar a conduta da parte que sofre dano. Trata-se do *tu quoque* e do *venire contra factum proprium*.

Pelo *tu quoque*, “aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira”³⁰⁰. Traz à tona a busca pela lealdade nas relações, de modo que aquele que infringe determinada norma não pode exigir de outrem o cumprimento do preceito. O filtro que o faltoso aplica a si mesmo não pode ser menos rigoroso ao que aplica a outros.

No *venire contra factum proprium*, aplicação semelhante se dá, porém sem essa marcante contradição entre as condutas. Para Fredie Didier Júnior, a censura ao *venire* é uma “proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência.”³⁰¹

A vedação de condutas contraditórias ou incompatíveis, revelada pelos institutos aqui expostos em alguma medida pode limitar o direito à indenização.

iv. Excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Finalmente, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil traz importante exceção ao princípio da reparação integral. O dispositivo orienta a redução equitativa da indenização, pelo juízo, quando for desproporcional a gravidade da culpa em relação ao dano causado.

A norma coloca em confronto um elemento subjetivo (gravidade da culpa) com um elemento objetivo (a extensão do dano), o que dificulta em alguma medida sua aplicação prática. Porém, o que busca o legislador é limitar a responsabilidade daquele que comete um pequeno deslize ou participa de maneira tímida no evento danoso, do qual decorre perdas elevadíssimas.

A despeito de não ter relação direta com o dever de mitigação, a exceção prevista no parágrafo único do artigo 944 é mais uma ferramenta para liminar o dever de indenizar daquele que causou dano.

Há, certamente, outras figuras legais que tutelam a reparação de danos. A prescrição, a decadência, o ônus probatório, entre tantos outros, servem ao

300 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 249.

301 DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional” in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 70, out/dez 2018, p. 185 (https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf).

sistema para que se possibilite encontrar o ponto de equilíbrio entre a conduta delitiva, a extensão do dano e a indenização aplicável.

Assim, não parece haver espaço suficiente para a importação e livre aplicação de um novo instituto que sirva à mesma finalidade.

4. O RISCO DO USO EQUIVOCADO DO DEVER DE MITIGAÇÃO DE PREJUÍZO PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E O IMPACTO NEGATIVO A CREDORES

Como já salientado, o instituto proveniente da common law já vem sendo aplicado no Brasil, mas de forma inapropriada.

Se minimamente fosse utilizado em mera substituição a outros institutos aqui presentes, ainda que não recomendável, os prejuízos seriam menores. O bem jurídico estaria tutelado, seja sob o manto dos institutos brasileiros, seja sob o manto do intruso *duty to mitigate the loss*.

Há um risco, porém, diante da prévia ocupação no sistema jurídico brasileiro de institutos já consagrados, que se busque um novo e indevido espaço para aplicação do dever de mitigação, que pode impactar em especial o direito de credores.

Exemplo do que se pretende demonstrar é o julgamento do REsp nº 758.518/PR, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se o caso de uma ação de reintegração de posse ajuizada tardiamente pelo proprietário do imóvel, mas antes do transcurso do prazo prescricional. No julgamento, o STJ referendou a tese estabelecida pelo Tribunal de Justiça do Paraná sob a égide do *duty to mitigate the loss*, nos seguintes termos:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. **BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO.** INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. **Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.**

3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.**

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao

contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido. (grifos próprios)

O que dispõe o STJ na análise do caso é que o autor da ação foi negligente ao demorar para ingressar com a ação de reintegração, tendo com isso contribuído com o aumento do prejuízo do qual pretende ser indenizado.

A Corte Superior atrela o dever de mitigação do prejuízo a uma pretensa necessidade (do prejudicado) de ingressar rapidamente com a ação judicial cabível.

O *duty to mitigate the loss*, como concebido pela doutrina consuetudinária, não poderia ser aplicado ao caso. O tempo em que levou a parte prejudiciada para ingressar com uma ação não é relevante para a mensuração da extensão do dano e definição do valor da indenização.

A distribuição tardia do processo, em regra, não é causa de majoração indevida do próprio prejuízo. Na realidade, a ausência da ação pode beneficiar o devedor, na medida em que poderá pagar o que deve sem precisar arcar com custas processuais e honorários advocatícios.

Destaca-se que no precedente *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*. (acima citado), as máquinas foram adquiridas em 1.902, entraram em operação no mais tardar em 1.905 e só vieram a ser substituídas em 1.908. Essa demora para a substituição jamais foi considerada para limitar o direito a indenização, mesmo porque durante esse interim diversas tratativas foram travadas entre as partes para buscar solução amigável ao problema.

No caso julgado pelo STJ, o tempo transcorrido para o ajuizamento da ação é visto como mera desídia do prejudicado. Porém no próprio voto proferido há pelo menos dois fatos admitidos como verdadeiros que chamam a atenção: (i) antes mesmo do ajuizamento da ação, o devedor inadimplente, depois de ocupar o imóvel irregularmente por anos, o abandonou sem comunicar o fato ao proprietário; e (ii) constatado o inadimplemento em 1994, ainda em 1998 há registro de notificações enviadas pelo proprietário ao devedor buscando solucionar o impasse amigavelmente.

Por fim, a ação foi ajuizada antes do prazo prescricional, de modo que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, merece ter o titular do direito indenização integral aos prejuízos que sofreu com a ocupação indevida de imóvel que lhe pertencia.

A ausência de boa-fé, imputada ao autor da ação pelo STJ, parece ser atributo que melhor se enquadraria ao réu, que ocupou de modo indevido e consciente um imóvel por longo período, e não poderia obter na justiça o “perdão” de parte da indenização que deve pagar.

O julgado coloca o dever de mitigação do prejuízo como um limitador de direitos incidente entre a data da ocorrência do evento danoso e o fim do prazo prescricional. Pela lógica apresentada, o direito à indenização não é perdido porque a ação foi ajuizada dentro do prazo de prescrição, mas é limitado e restringido pela alegada demora na judicialização.

Aplicação análoga não se vê em países de tradição consuetudinária, e tampouco encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Esse limitador ao direito de indenização concorrente ao prazo prescricional é inovação jurídica que não merece prevalecer em nossa jurisdição.

Felizmente, o mesmo Tribunal, em outro julgamento, fixa clara limitação à aplicação do dever de mitigação de prejuízo no direito brasileiro.

Vale destacar alguns trechos do julgado, o REsp 1.201.672:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE CONTRATO NOS AUTOS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. TAXA MÉDIA DE MERCADO. RECURSO PROVIDO.

(...)

1. O princípio do *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (v.g: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade.

2. O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

(REsp n. 1.201.672/MS, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 27/11/2017).

O julgado traz alento ao dar interpretação muito mais restritiva ao dever de mitigação de prejuízo, impedindo que o mero ajuizamento tardio da ação traga limitações ao direito do credor.

Porém, mesmo no caso em apreço, o mero abuso de direito (mencionado no aresto), cujo conceito se mostra bem arraigado em nosso ordenamento, já seria suficiente para tutelar de forma adequada o conflito, não havendo nenhuma necessidade de se invocar o dever de mitigação do prejuízo, cuja compatibilidade com o nosso ordenamento é altamente questionável, como justificado alhures.

5. CONCLUSÃO

O Brasil não está alheio a interações com outros ordenamentos jurídicos, sendo muitas vezes incursões produtivas e edificantes.

Contudo, é preciso ter em mente que nosso ordenamento nem sempre precisa se valer ou aplicar conceitos jurídicos sedimentados em outras jurisdições. Em geral, já oferece ferramentas suficientes para tratar e regulamentar um amplo espectro de conflitos que se apresentam no cotidiano das relações humanas e do ambiente de negócios.

Nesse cenário, não se verifica relevante a importação do *duty to mitigate the loss* pelo nosso ordenamento. Sua utilização tende a gerar mais embaraços do que avanços na administração da justiça.

Preocupa perceber que o dever de mitigação do prejuízo pode ser equivocadamente interpretado como um limitador ao direito do credor que busca o Poder Judiciário de forma tardia, mesmo que dentro do prazo prescricional.

Tal aplicação, para além de ser incabível mesmo nas jurisdições nas quais foi concebido o instituto serviria como indesejado incentivo à judicialização dos litígios.

Conclui-se, da análise, que a relevância e ampla aplicação do *duty to mitigate the loss* nos países da *common law* não garantem, nem de longe, sua morada no direito brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1993.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DYSON, Andrew. Mitigation in the Law of Damages. University of Oxford. 2016 (<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:b5ab9de2-f228-4424-b732-c3365a779dbf>).

DYSON, Andrew. British Westinghouse revisited. Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, pp. 412/425. ISSN 0306-2945, 2012 (<http://eprints.lse.ac.uk/64695/>).

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Processo civil comparado: Américas, volume II / Organizadores: Heitor Vitor Mendonça Sica, Flávio Luiz Yarshell, Clarisse Frechiani, Lara Leite, Igor Bimkowski, Rossoni, João Luiz Lessa de Azevedo Neto – 1 ed. – Londrina : Toth, 2022.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Processo civil comparado: Europa, volume III / Organizadores: Heitor Vitor Mendonça Sica, Flávio Luiz Yarshell, Clarisse Frechiani, Lara Leite, Igor Bimkowski, Rossoni, João Luiz Lessa de Azevedo Neto – 1 ed. – Londrina : Toth, 2022.

MICHAUD, Anne. Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract, 1984 ([https:// https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1900-v1-n1-rgd04555/1059553ar.pdf](https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1900-v1-n1-rgd04555/1059553ar.pdf)).

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – vol. 4 – Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, vol. 7: responsabilidade civil – 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional” in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 70, out/dez 2018, p. 185 ([https:// www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf)).

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da Boa-fé Objetiva e *Venire Contra Factum Proprium* in: Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 7, n. 27, p. 252-278, jul./set. 2006 e THESIS São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007.

O PROCESSO JUDICIAL DE FALÊNCIA E A REALIZAÇÃO DO ATIVO

GEÓRGIA FELIX ROSATTO FERREIRA DE SOUZA³⁰²

Prevista na Lei 11.101/2005, a falência constitui-se em um processo judicial que tem por objetivo liquidar o patrimônio de uma empresa quando os ativos são insuficientes para quitar as dívidas contraídas. A chamada realização do ativo na falência, ou seja, a conversão dos bens da empresa falida em dinheiro constitui-se um procedimento crucial para assegurar que os credores recebam o pagamento de seus créditos.

Nesse sentido, este artigo se propõe a analisar a importância e a eficácia desse procedimento de realização do ativo, destacando as normas legais e os mecanismos que garantem a justa distribuição dos recursos obtidos, a fim de cumprir com efetividade as diretrizes estabelecidas pela legislação específica.

Mas, para que possamos melhor compreender toda a dinâmica deste mecanismo, urge retrocedermos a lógica do procedimento de realização do ativo.

CONTEXTO LEGAL E PROCEDIMENTAL

A mencionada Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101/2005) regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária no Brasil. O principal objetivo da lei quando se trata de falência é assegurar a maximização do valor do ativo da empresa falida, visando o pagamento ordenado e proporcional dos credores habilitados.

Após a declaração de falência, ou seja, com a Sentença que decreta a quebra e que conterà: a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores, ficará o falido obrigado a no prazo máximo de 5 (cinco) dias, apresentar a relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, desde que referida classificação não se encontre nos autos, sob pena de desobediência.

302 Geórgia Rosatto, advogada, especialista em aquisições de bens em Leilão Judicial e Extrajudicial, bem como, estruturar negócios no segmento de distressed. Pós-graduada em Direito empresarial, notarial e registral. MBA em Direito Imobiliário pelo Legale e Mestranda em resolução de conflito e mediação pela Universidade Europeia do Atlântico, Coordenadora de núcleo da Adnotare, Membro da Comissão de Leilão Judicial e Extrajudicial da OAB/ Jabaquara, Membro da Comissão de Estudo em Falência e Recuperação Judicial da OAB/Campinas e Membro da Comissão Especial de direito bancário da OAB/SP. Professora da ESA/SP palestrante e congressista da OAB/SP; autora de diversos artigos jurídicos. Assessoria a investidores, leiloeiros, advogados e administradores judiciais

No que tange a figura do Administrador Judicial, este deverá no prazo de até 60 (sessenta) dias a contar de sua nomeação, apresentar um plano detalhado de realização dos ativos, com estimativa de tempo não superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Salutar destacar que, a realização do ativo ocorre imediatamente após a arrecadação dos bens, que expressa a identificação de todos os bens pertencentes à massa falida, independentemente da formação do quadro geral de credores.

Destaque-se, ainda, que o Administrador Judicial no momento da arrecadação poderá realizar a avaliação do ativo baseado em relatório mercadológico, em observância ao artigo 871, do CPC, ou através de um perito, para que assim possa ter meios de realizar o ativo.

MODALIDADES DE VENDA DOS ATIVOS

Nas modalidades para a venda dos ativos, incluem-se, o leilão judicial, o processo competitivo organizado ou qualquer outra modalidade. Ressalte-se que a escolha da modalidade depende da natureza dos bens e das condições do mercado. Nesse sentido, o leilão, especialmente em sua modalidade eletrônica, tem se mostrado uma ferramenta eficaz para alcançar um maior número de interessados, maximizando o valor obtido na venda, garantindo a justa distribuição dos recursos obtidos.

O eminente doutrinador **Fábio Ulhôa Coelho** traz considerações oportunas sobre a alienação dos ativos na Massa Falida, que servem de baliza para reflexão, muito embora se busque o valor de mercado, é necessário considerarmos as circunstâncias específicas de uma venda forçada, vejamos:

*“Devem ser empregados, sem dúvida, os meios e procedimentos que possibilitem a alienação dos bens do falido pelo preço mais alto. Mas sem perder de vista as circunstâncias específicas em que a venda está sendo realizada (vale dizer, “forçada”, no contexto da realização dos ativos de um falido). Realisticamente falando, é difícil que se obtenha, diante de tais circunstâncias, o valor de mercado dos bens objeto de alienação. Por isso, deve-se tentar alcançar o valor de mercado, mas não interessa a ninguém insistir-se na tentativa por muito tempo, em caso de frustração.”*³⁰³ (destaques nossos)

O objetivo principal da alienação é a busca do maior valor possível, com ampla possibilidade de participação dos interessados, igualdade de tratamento

303 (Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas. 14ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. 466)

entre eles, impessoalidade e notadamente a devida publicidade, atendidas as regras do art. 142, IV e V, da LFRE.

Vê-se, assim, que o processo competitivo é uma forma alternativa de alienação, a qual o Administrador Judicial deve indicar para conduzir o PCO, um agente especializado e de conduta ilibada, bem como, detalhará o procedimento a ser observado pelo agente.

Não se olvide que o agente pode realizar o PCO de diversas formas, com propostas fechadas, mensagens eletrônicas, convite dos principais *players*, mas a utilização dessas formas não constitui óbice para que tal procedimento seja idêntico aquele observado pelo leilão, entretanto, este agente pode cobrar remuneração inferior, majorando os benefícios à massa, o que se torna um atrativo. Frise-se, ainda, que a aprovação do PCO é de competência do juízo e não do agente indicado pelo Administrador Judicial para sua condução.

A realização do ativo, como dito, também poderá ser realizada através de leilão eletrônico, presencial ou híbrido e dar-se-á em chamadas, nos termos do art. 142, §3-A, da LFRE, ou seja, a primeira chamada se dará pelo valor de avaliação atualizado, a segunda chamada deverá ocorrer no íterim de 15 (quinze) dias e com o mínimo 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação atualizado e a terceira chamada que ocorrerá também em 15 (quinze) dias, contados da segunda chamada, porém, por qualquer valor.

Cabe destacar ainda, que não há o aspecto “preço vil” na LFRE, por outro lado, tal circunstância não nos autoriza concluir que a lei se orientou no sentido da dilapidação dos ativos da massa falida com valores irrisórios, ficando claro que será analisado o caso concreto, além do interesse da coletividade na alienação.

Qualquer que seja a modalidade de alienação, constitui-se em ato obrigatório, a intimação do Ministério Público e das Fazendas Municipal, Estadual e Federal, sob pena de nulidade, retornando o procedimento ao *status quo*.

Uma vez finalizado o ato de expropriação, independente da modalidade insculpida no artigo 142 da LFRE, qualquer credor poderá impugnar, devedor ou Membro do Ministério Público, sendo considerado para tanto o prazo de 48 (quarenta e oito) horas da arrematação. Não se verificando a interposição dentro do lapso temporal opera-se a preclusão.

Dito isso, importante consignar que para à impugnação baseada no valor de venda, exigir-se-á caução no percentual de 10% (dez por cento) do valor da oferta e se tiver mais de uma impugnação baseada no valor, somente seguirá para decisão aquela que apresentar o maior valor.

Apresentada a impugnação, o Magistrado deliberará no prazo de 05 (cinco) dias, confirmando a venda ou acolhendo a impugnação, ainda, verificando-

-se que a impugnação foi realizada na fundamentação de vício inexistente, será considerado ato atentatório à Dignidade da Justiça, sujeitando o suscitante a reparação de eventual prejuízo.

O pagamento da arrematação, poderá ser a vista ou parcelado, ou seja, com 25% (vinte e cinco por cento) de sinal e o saldo em 30 (trinta) parcelas, devendo ser reajustadas pelo INPC. Outrossim, em virtude do parcelamento, o bem arrematado será constituído por hipoteca judicial para assegurar a garantia.

Com a homologação da arrematação, será expedida a carta de arrematação, instrumento hábil para a realização do registro no fôlio real. Conforme determina o artigo 141, inciso II, da LFRE, o bem será entregue ao arrematante livre de ônus.

Após o devido registro da arrematação, no mesmo processo falimentar é requerida a imissão na posse, que poderá ser consensual ou coercitiva, através de Oficial de Justiça e Depositário.

Impende destacar que, muito embora, o interessante para a massa seja a venda de ativo, em muitos casos o bem arrecadado não possuirá qualquer valor econômico, o que justificará, uma vez frustrada a tentativa de venda, serem objeto de doação.

Isto se dá dessa maneira, porque a manutenção deste bem para a massa apenas acarretará prejuízo (artigo 144-A LFRE). Nesse sentido, acompanhamos Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo que lecionam que, *“Nesse caso, ao contrário do que se poderia imaginar, a doação também é uma forma de maximização do valor dos ativos, tendo em vista os pontos já analisados nos comentários aos artigos anteriores: (i) de que a maximização do valor deve levar em conta o conjunto dos ativos, e não cada bem isoladamente considerado; (ii) de que há despesas de guarda, manutenção e/ou conservação dos bens que ainda não foram alienados. Assim, com base nesses critérios, a doação pode ser a melhor alternativa. (...) Destaque-se que a falência tem também a função de realocar os ativos na economia, fazendo com que esses bens voltem a integrar outras cadeias produtivas. Tal objetivo deve ser perseguido, ainda que por meio de doação na hipótese em que não se consiga realizá-lo mediante venda. (...) Se mesmo para doação não houver interessados, a lei prevê, como última alternativa, a devolução dos bens ao falido, na forma do parágrafo único do artigo em exame. Isso impede, ao menos, que a massa falida continue tendo despesas com a manutenção de um bem que não possui qualquer valor de mercado”*³⁰⁴

304 (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser De. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, art. 144 «in» Juruá Docs n. 201.2291.2243.4887. Disponível em: <www.juruadocs.com>. Acessado em: 12/05/2021).

Após a venda dos ativos, os recursos obtidos são distribuídos entre os credores, respeitando a ordem de preferência estabelecida pela lei (credores extraconcursais e concursais).

A ordem de preferência é estabelecida no art. 83, da Lei nº 11.101/2005. Primeiramente, são pagos os créditos trabalhistas limitados a 150 salários-mínimos por credor e as despesas com o Administrador Judicial. Em seguida, são quitados os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado. Na sequência, vêm os créditos tributários, exceto multas. Por último, são pagos os credores quirografários, seguidos pelos credores subordinados.

A realização do ativo na falência traz diversos benefícios, tanto para os credores quanto para a economia considerada como um todo. Para os credores, oferece-se uma chance de recuperar pelo menos parte de seus créditos, minimizando os impactos das perdas financeiras. Para a economia, promove a liquidez e a circulação de bens, contribuindo para a recuperação do mercado.

Concluída a realização do ativo e rateado o produto entre os credores, o Administrador Judicial apresentará a conta conforme padrão contábil, e, após, a manifestação do Ministério Público e o decurso do prazo da impugnação, o Magistrado homologará.

Se não há mais ativos a serem realizados nem recursos para fazer pagamentos, deve-se iniciar a etapa de encerramento do processo falimentar, com a apresentação do relatório final da falência, e, por conseguinte, o Magistrado encerrará a Falência por Sentença e ordenará a intimação eletrônica para as Fazendas Públicas Federal, de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, em que o devedor tiver estabelecimento e ainda determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), expedido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Feitas essas considerações, extinguem-se as obrigações do falido com o pagamento de todos os créditos, pagamento de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários ou pelo decurso de três anos contados da decretação da falência. Ainda, se valendo do pensamento de Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo, *“As obrigações serão extintas pelo pagamento, pelo decurso do prazo de três anos contados da decretação da quebra (com processo falimentar em andamento) ou pelo encerramento da falência de forma ordinária ou sumária.”*³⁰⁵

305 .” (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser De. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, art. 157 «in» JuruáDocs n. 201.2291.2797.5842. Disponível em: <www.juruadocs.com>. Acessado em: 20/05/2021).

Cabe pontuar que a Sentença que declarar extinta as obrigações do falido, somente poderá ser rescindida por Ação Rescisória, observando-se o prazo de dois anos a contar da data do trânsito em julgado da Sentença.

CONCLUSÃO

Considerados os argumentos anteriormente explanados, vimos que a realização do ativo na falência é uma forma assertiva e eficaz de trazer recursos para a massa falida, assegurando, assim, que os credores habilitados recebam seus créditos. A correta identificação, avaliação e venda dos bens, aliada a uma distribuição justa dos recursos, garante a efetividade do processo de falência e a satisfação dos direitos dos credores. A transparência e a eficiência nesse procedimento são fundamentais para manter a confiança no sistema jurídico e promover a estabilidade econômica. A distinção entre o leilão judicial e o processo competitivo organizado permite uma escolha estratégica para maximizar os resultados, atendendo às particularidades de cada caso.

ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR, UMA ALTERNATIVA AO LEILÃO JUDICIAL

BIANCA CASTELLO NOVAES ³⁰⁶

O direito bancário possui várias vertentes, uma das quais é a recuperação de ativos. Esse processo pode ocorrer por meio extrajudicial, onde o credor utiliza notificações, tentativas de acordos e serviços cartorários (como protestos e consolidação de propriedade) para reaver o crédito inadimplido. Alternativamente, a recuperação de ativos pode ser realizada por via judicial, através de ações de cobrança, ações monitórias e processos de execução. Este artigo focará especificamente no processo de execução.

O rito processual das execuções, conforme estipulado pelo Código de Processo Civil, prima pelo princípio da celeridade processual, economia e efetividade a fim de se minimizar o prejuízo que o credor sofre ao ter o seu crédito inadimplido.

Referido princípio pode ser observado em diversas oportunidades, começando pela intimação para pagamento do devedor em 03 (três) dias (artigo 829) ou então, se o devedor não for localizado, já de pronto é autorizado o arresto de bens (artigo 830) daquele, a fim de garantir a execução e posteriormente se perfectibilizar a citação.

Permite-se a penhora de tantos bens quantos sejam necessários para garantir o crédito, sempre primando pelo interesse do credor, entendimento este consolidado nos tribunais e no Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Após a penhora dos bens, a expropriação pode ocorrer por meio da adjudicação (arts. 876 a 878), pela alienação (arts. 880 a 903) ou pela apropriação de frutos e rendimentos (arts. 862 a 869), à critério do credor.

A alienação possui duas modalidades nos termos do artigo 897: (i) por iniciativa particular e (ii) por leilão público.

O usual é que o processo de alienação dos bens do devedor ocorra por meio de leilão público, contudo, a expropriação pode ocorrer de forma menos burocrática e mais célere por meio da alienação por iniciativa particular – sem perder de vista a presença soberana do órgão jurisdicional, que deve estabelecer as condições básicas para que a alienação se realize.

³⁰⁶ Autora: Bianca Castello Novaes; Advogada, graduada em Direito pela Universidade Uberaba no ano de 2016 e pós graduada em direito processual civil no ano de 2018.

A alienação por iniciativa particular já estava prevista nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, sendo continuada no vigente código pelo artigo 880. No atual diploma legal, essa modalidade é até preferível ao leilão judicial, em virtude do princípio da cooperação das partes no processo.

Apesar de ser um procedimento presente em nosso ordenamento jurídico há quase um século, é pouco abordado, sendo raros os artigos jurídicos e decisões judiciais sobre o assunto até hoje.

O Código de Processo Civil não é claro quanto à forma como a alienação por iniciativa particular deve ser regida. Por isso, suas diretrizes são encontradas nos provimentos elaborados pelas corregedorias dos Tribunais Estaduais, os quais podem ser conferidos a seguir:

- Tribunal de Justiça do Ceará nos artigos 377 e seguintes do Código de Normas dos Serviços Judiciais;
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal no Provimento Judicial n. 48, de 27 de março de 2020;
- Tribunal de Justiça do Maranhão no Provimento nº. 05/2009 - CGJ
- Tribunal de Justiça do Mato Grosso nos artigos 6.7.22 e seguintes do Provimento n. 87/2008;
- Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos artigos 344-A e seguintes do provimento nº 161/CGJ/2006
- Tribunal de Justiça do Paraná nos artigos 422 e seguintes do Código de Normas do Foro Judicial – CNFJ;
- Tribunal de Justiça de Piauí Provimento Nº 144, de 07 de julho de 2023;
- Tribunal de Justiça de Roraima nos artigos 219 do Provimento/CGJ n. 2, de 6 de janeiro de 2023;
- Tribunal de Justiça de São Paulo nos artigos 240 e seguintes das NS-CGJ;
- Tribunal de Justiça de Tocantins no Provimento n. 11/2008/CGJUS;
- Tribunal de Justiça de Amapá no Provimento n. 0221/2011-CGJ;

Os provimentos dos tribunais nacionais indicam que, em geral, a principal diferença entre a alienação por iniciativa particular e a alienação por leilão reside na simplicidade do procedimento da primeira. Embora a alienação por iniciativa particular ocorra no curso do processo judicial, ela é caracterizada por um processo mais simplificado para a procura de interessados, não exigindo a realização de numerosos atos solenes.

Em outras palavras, a alienação por iniciativa particular pode dar ao credor a possibilidade de atuar como autor da venda dos bens localizados, em verdadeira desjudicialização da execução, servindo o judiciário apenas como órgão fiscalizador do ato a fim de se evitar eventuais prejuízos ao executado.

Em importante decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 2.039.253 - SP (2022/0153557-2), se estabeleceu que, em alienação por iniciativa particular, o órgão judicial atua como fiscal das negociações, conforme trecho abaixo colacionado:

Entende a doutrina que a alienação por iniciativa particular consiste em modalidade de alienação forçada com caráter negocial e público, bem como apresenta vantagens em relação ao leilão judicial, como, por exemplo (I) a busca ativa e a cooptação de interessados em adquirir o bem; (II) a facilidade e simplicidade na divulgação, com dispensa de publicação de editais (art. 886, caput, do CPC/15); e (III) maior flexibilidade nas condições de pagamento, afastando-se da rigidez dos parâmetros estabelecidos pelo art. 895 do CPC/15 para o leilão (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; GAJARDONI, Fernando da, F. [et al]. Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015. 2. ed. v. 3. São Paulo: Grupo GEN, 2018). Em tal hipótese, o órgão judicial atua, sobretudo, como fiscal das negociações, isto é, “na alienação por iniciativa particular, o juiz se limita a estabelecer parâmetros gerais e a controlar possíveis desvios ou irregularidades no curso da expropriação, que ocorrerá fora do âmbito judiciário” (GAJARDONI, Fernando da, F. [et al]. Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015. 2. ed. v. 3. São Paulo: Grupo GEN, 2018). Nesse sentido: Incumbe ao órgão judiciário, na alienação por iniciativa particular do art. 880, examinar os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio, avaliando a admissibilidade da oferta e o preenchimento dos demais pressupostos do remate (v.g., a proibição de preço vil, a teor do art. 891), de acordo com as condições traçadas no ato previsto no art. 880, § 1.º (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020). A função desempenhada pelo juiz deverá ser pautada pela observância dos princípios norteadores da ordem pública da execução, zelando, por exemplo, para impedir que o bem seja alienado por preço vil quando estabelecer as condições da alienação, para que a publicidade não seja excessivamente onerosa ao executado ou mesmo muito tímida de modo a não alcançar o seu fim. Noutras palavras, a atuação judicial é balizada pelas condições estatuídas no § 1º do art. 880 do CPC-2015 e outras que o magistrado entender aplicáveis ao caso concreto (PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Rafael Asfora. Da alienação por iniciativa particular: raízes históricas e principais inovações do CPC-2015. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, p. 35).

É importante destacar que, assim como a alienação por meio de hasta pública, a alienação por iniciativa particular configura aquisição originária de bem imóvel, o que implica que o adquirente recebe o bem livre de ônus e débitos, consoante decidido no Agravo em Recurso Especial 929.244/SP, onde o Colendo Superior Tribunal de Justiça considerou que essa forma de alienação constitui uma “*venda coativa da coisa penhorada, sob supervisão judicial, embora com procedimentos mais simples*”.

Em síntese, é um modelo que mais se aproxima da alienação realizada na vida comum e que visa justamente aproximar o ato judicial da realidade e fazê-lo ser viável e definitivo para a resolução da execução.

Poderá haver verdadeiro negócio jurídico processual pela participação direta das partes e juiz ao estabelecerem as condições práticas do ato expropriatório, com maior realce para preços, prazo de pagamento, garantias, adequando-os sempre à natureza dos bens e às peculiaridades do mercado.

Compete às partes, e consequentemente aos advogados, atuar de maneira ampla e eficaz na execução, especialmente quando patrocinam o exequente, devendo pleitear medidas que possibilitem uma resposta mais efetiva e o alcance da solução do conflito de forma mais célere. Cabe ao Judiciário, através dos magistrados, aplicar os instrumentos legais disponíveis, respeitando o contraditório e a ampla defesa, mas sem impor obstáculos desnecessários.

Conclui-se, portanto, que a alienação por iniciativa particular pode ser uma alternativa eficaz para alcançar a satisfação do crédito exequendo e deveria ser mais utilizada na prática, devido ao seu pragmatismo e economia em relação às outras formas de expropriação, como por exemplo, a alienação em hasta pública.

FRAUDES BANCÁRIAS E CIBERSEGURANÇA

EDINEIA MARIA REUS³⁰⁷

As relações comerciais foram revolucionadas com a tecnologia, migrando, em grande parte, para plataformas digitais e aplicativos eletrônicos. Os serviços bancários, por sua vez, também precisaram se aprimorar e adentrar na era digital.

De acordo com o trabalho intitulado “Expansão do número de usuários ativos de serviços financeiros” disponível no *site* do Banco Central³⁰⁸ o segmento crédito digital/serviços foi o que apresentou maior aumento em sua base total de usuários ativos no período entre junho de 2018 a dezembro de 2023.

Embora essas melhorias tenham contribuído para a inclusão financeira e bancarização da população, trazendo maior facilidade e praticidade para os consumidores ao eliminar a necessidade de ir até uma agência bancária, elas também aumentaram a sensibilidade das transações financeiras, exacerbando a vulnerabilidade dos consumidores diante de práticas fraudulentas.

Esse ambiente digital tornou-se um terreno fértil para a ocorrência de fraudes cibernéticas envolvendo as instituições financeiras. Isto porque, os criminosos se valem do anonimato e do enorme alcance proporcionados pela internet para aplicar golpes.

Entre as práticas fraudulentas mais comuns estão o *phishing*, que utiliza e-mails e mensagens falsas se passando pela instituição financeira. Nessas mensagens, os criminosos solicitam que o destinatário clique em um *link* para verificar ou atualizar alguma informação. Assim que as informações são fornecidas, os criminosos têm acesso à conta bancária da vítima.

Outro método bastante comum é o *pharming*, que redireciona usuários para *sites* falsos que capturam dados bancários, nestes casos, mesmo que o usuário tenha digitado o endereço correto, o ataque de *pharming* o redireciona para o *site* falso, que é projetado para ser idêntico ao *site* legítimo do banco.

Além desses casos, o “Relatório de Identidade Digital e Fraude 2024”, desenvolvido pela Serasa Experian³⁰⁹, revela que as falsificações de boletos e de tran-

307 Edineia Maria Reus advogada formada pela PUC-Campinas, pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas e atualmente cursando pós-graduação em Direito Bancário e do Mercado Financeiro pela PUC-Minas.

308 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Expansão do número de usuários ativos de serviços financeiros. Relatório de Economia Bancária, 2023. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/boxe_relatorio_de_economia_bancaria/reb2023b7p.pdf. Acesso em: 06 de ago. 2024

309 SERASA EXPERIAN. Relatório de Identidade Digital e Fraude 2024. Junho 2024. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/images-cms/wp-content/uploads/2024/06/Serasa-Experian-Relatorio-de-Identidade-Digital-e-Fraude-2024.pdf>. Acesso em: 06 de ago. 2024.

sações via Pix representam 32% das fraudes registradas. Observa-se um aumento alarmante no número de fraudes relacionadas a boletos falsos, nos quais o cliente efetua o pagamento de um boleto que aparenta ser legítimo, mas cujos fundos são direcionados para as contas dos fraudadores. Além disso, há uma crescente incidência de fraudes envolvendo o Pix, que, devido à sua facilidade e rapidez, está sendo cada vez mais explorado por criminosos.

Esse cenário contemporâneo exige dos consumidores um maior domínio das tecnologias digitais para navegar de forma segura nesse ambiente. Além disso, essa transformação tecnológica não apenas afetou os consumidores individualmente, mas também desafiou as próprias bases do sistema financeiro.

Isso porque, com o crescente aumento de contratações indevidas de empréstimos, abertura de contas fraudulentas e emissão de cartões de crédito por terceiros, em decorrência de fraudes, há o reflexo não apenas em litígios judiciais, mas também em impactos econômicos mais amplos com a inadimplência dos contratos.

Esse efeito dominó afeta todo o sistema financeiro, resultando em um aumento das taxas de juros e demonstrando a necessidade de medidas robustas de cibersegurança.

Entre as medidas usualmente adotadas pelas instituições financeiras está a autenticação de dois fatores (2FA) que adiciona uma camada extra de proteção ao processo de login. Além da senha, o usuário deve fornecer uma segunda forma de autenticação, como um código enviado por SMS ou e-mail³¹⁰. Ademais, é necessário a monitoração constante das contas para identificar padrões suspeitos e atividades incomuns. Isso inclui o uso de algoritmos de aprendizado de máquina para detectar comportamentos anômalos que possam indicar fraudes.

O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional, com o intuito de fomentar a implementação de mecanismos adicionais de segurança, tem emitido resoluções e informativos sobre o tema.

Como exemplo temos a Resolução Conjunta nº 6 de 2023³¹¹, que obriga as instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, a compartilharem dados e informações sobre indícios de fraudes por meio de um sistema eletrônico. Ainda, caso identificável, o registro deve incluir a identificação de quem tentou executar a fraude, bem como a descrição dos indícios ou tentativa de fraude, a instituição

310 CSO. Contas seguras, senhas e autenticação de dois fatores. Disponível em: <https://cso.cyberhandbook.org/pt-br/topics/securing-accounts-devices/contas-seguras-senhas-e-autenticacao-de-dois-fatores>. Acesso em: 6 ago. 2024.

311 BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 6, de 23 de maio de 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/05/resolucao-banco-central-23mai2023.pdf>. Acesso em: 06 de ago. 2024.

responsável pelo registro e os dados do destinatário nos casos de transferência e pagamentos de recursos.

Ademais, a resolução do BCB nº 343, de 4 de outubro de 2023³¹², traz uma complementação da resolução conjunta nº 6, dispondo sobre as medidas necessárias à execução do compartilhamento dos dados e das informações sobre indícios de fraudes. O principal ponto é a obrigação de registro dos indícios de fraudes em atividades como abertura de contas, prestação de serviços de pagamento, manutenção de contas e contratação de operações de crédito. Isso inclui transações como TED, DOC, Pix, boletos de pagamento e saques em espécie.

Na mesma linha, com o intuito de proteger a privacidade e os dados pessoais dos consumidores em geral, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Esta legislação, estabelece diretrizes rigorosas para a coleta, armazenamento e uso de informações pessoais.

Também é necessário abordar a responsabilização das instituições financeiras nos casos de fraudes.

O Código Civil Brasileiro, estabelece em seu artigo 186 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Sendo assim, para que haja a responsabilização é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: i) Conduta, ii) Dano, iii) Nexo de causalidade e IV) Culpa.

Caso houvesse a adoção dessa responsabilidade, segundo Ojuva (2023), seria necessária a incidência de culpa para que houvesse responsabilização e reparação dos danos. Assim, se a instituição financeira comprovar que agiu de acordo com todas as normas de segurança que regulamentam a atividade desenvolvida, seguindo todas as recomendações do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ela estaria isenta de responsabilização. Dessa forma, o dever das instituições seria apenas construir barreiras para dificultar as ações dos infratores.

Entretanto, é amplamente reconhecido que o Código de Defesa do Consumidor adota a regra da responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços frente aos consumidores. De acordo com o entendimento do ilustre professor Flávio Tartuce³¹³, essa medida visa tutelar os direitos dos consumidores com o intuito de reparar o dano ocasionado, pois o

312 BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução BCB nº 343, de 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=343>. Acesso em: 06 ago. 2024.

313 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

consumidor não precisará comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços.

O autor supramencionado, prossegue afirmando que o Código de Defesa do Consumidor adotou expressamente a teoria do risco-proveito, que atribui a responsabilidade sem culpa ao fornecedor, pelo fato de que a relação lhe traz benefícios, ganhos ou vantagens.

Neste cenário, sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem consolidado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às atividades bancárias, impondo uma responsabilidade objetiva às instituições por danos causados por fraudes.

Ainda, a súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça determina que: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

Nesse sentido, é pertinente colacionar uma ementa do Tribunal de Justiça do Paraná, que, ao analisar o caso, decidiu pela aplicação da responsabilidade objetiva à instituição financeira:

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS”. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL. INSURGÊNCIAS DO APELANTE. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AFASTAMENTO. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE DEVEM SER ANALISADAS À LUZ DA TEORIA DA ASSERTÃO. LEGITIMIDADE DA APELANTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. MÉRITO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DA CASA BANCÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. FORTUITO INTERNO VERIFICADO. ESTELIONATÁRIO QUE SE VALEU DO MESMO NÚMERO DE TELEFONE DA AGÊNCIA BANCÁRIA E POSSUÍA INFORMAÇÕES FINANCEIRAS DO AUTOR. REALIZAÇÃO DE DIVERSAS TRANSFERÊNCIAS INDEVIDAS E DE VALOR ELEVADO NO MESMO DIA. AUSÊNCIA DE CONDUTAS PREVENTIVAS DO BANCO PARA VERIFICAR A AUTENTICIDADE DAS TRANSAÇÕES. FORTUITO INTERNO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 479 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-PR 0047965-08.2023.8.16.0014 Londrina, Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, Data de Julgamento: 21/11/2023, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/11/2023)

Ocorre que, o artigo 14 §3º, II do Código de Defesa do Consumidor traz a exceção a responsabilidade quando ocorrer a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, situação que poderia se enquadrar nos casos de fraudes cibernéticas. Essa exceção exclui o nexo de causalidade afastando, por consequência, o dever de reparar.

Sendo assim, nas demandas judiciais, as instituições financeiras, se baseiam nessa excludente de responsabilidade, com o intuito de evitar condenações em decorrência de fraudes em seu setor.

De acordo com Pereira e Silva (2024)³¹⁴ os esforços das casas bancárias repercutiram em decisões que entenderam pela aplicabilidade da culpa exclusiva do consumidor, de terceiros ou até mesmo da culpa concorrente, dividindo a responsabilidade entre banco e consumidor, devido à falta de zelo e a fragilização dos dados. Nesse sentido, convém transcrever a recente ementa em que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal afastou a responsabilidade da instituição financeira em um caso análogo:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDOR. BANCO. TRANSAÇÕES FINANCEIRAS NÃO RECONHECIDAS. TRANSFERÊNCIA E EMPRÉSTIMO. FRAUDE. GOLPE DA CENTRAL TELEFÔNICA. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIROS. CONCURSO DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO. LEI Nº 14.155, de 27 DE MAIO DE 2021. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONFIGURAÇÃO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. PROTESTO DA DÍVIDA. DANOS MORAIS. IN RE IPSA. DISTINGUISHING. 1. Diante da natureza das atividades desenvolvidas e nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil de instituição financeira é objetiva, podendo ser afastada por inexistência do defeito (falha no serviço) e/ou por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. 2. As instituições financeiras submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor (STJ, Súmula 297). 3. Há duas situações que não podem ser confundidas pelo Poder Judiciário e envolvidas no mesmo rótulo de direito consumerista ou do que diz a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça. 4. A primeira: há responsabilidade objetiva de instituição financeira por falta na prestação dos serviços bancários em geral. Nesses casos, a reparação é devida. 5. A segunda: não há responsabilidade da instituição financeira quando a fraude é praticada por criminoso (terceiro) que simula uma operação bancária por e-mail, aplicativo de mensagem, telefone ou qualquer meio análogo, e envolve pessoa que, sem as cautelas esperadas nesta época em que avultam os crimes praticados por esses meios, adere à conduta criminoso e acaba vitimada. Não há, nesses casos, situação de consumo, mas crime praticado por terceiro com o concurso da vítima induzida a erro. 6. Nessa segunda hipótese não há qualquer ação ou omissão da instituição financeira, que não poderia evitar nem concorreu para a fraude. Não há, neste caso, a condição que a Súmula 479 do STJ impõe: no âmbito de operações bancárias. Não há operação bancária em fraude praticada autonomamente, sem a concorrência da instituição financeira. Trata-se de simulacro e operação bancária. 7. Evidenciado que a instituição financeira não contribuiu para o resultado, inexistindo nexo de causalidade entre sua conduta e os danos sofridos pelo consumidor, inexistente o dever de reparação. Precedente: Acórdão n.1093697. 8. Demonstrado que a consumidora concorreu diretamente para a falha na segurança do uso do seu aplicativo bancário, é evidente a ausência de ato irregular no serviço prestado pelo banco, o que afasta a responsabilidade pelo dano suportado tanto por ausência de defeito quanto pela culpa exclusiva da vítima (CDC, art. 14, § 3º). 9. A Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021, alterou o Código Penal e aumentou as penas dos crimes que tipificam fraudes eletrônicas, como a narrada nos autos. O § 2º-A do art. 171 passou a ter a seguinte redação: A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro

314 PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Roberta da. As fraudes bancárias e a responsabilidade civil das instituições financeiras. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/492/429>. Acesso em: 6 ago. 2024.

induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. 10. Os meios eletrônicos facilitaram a vida de todos, mas impõem às pessoas que deles se utilizam, como contrapartida, prudência compatível com essas facilidades porque viabilizaram, por outro lado, novas fraudes. Os camaleões eletrônicos estão por toda parte e se reinventam a cada inovação tecnológica. 11. Comprovada a fraude no contrato de empréstimo consignado firmado entre as partes, admitida inclusive pela instituição financeira, deve ser declarada a inexistência da relação jurídica. Essa situação gera a parcial procedência do pedido inicial. 12. Conforme reiterado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, a inclusão indevida do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes, em decorrência de fraude praticada por terceiros, configura dano moral *in re ipsa*, ou seja, independe da comprovação do abalo psicológico sofrido pela vítima. Distinguishing: esse entendimento não pode ser aplicado quando a fraude tiver participação exclusiva do correntista, sem concurso da instituição financeira. 13. Recursos conhecidos. Recurso do réu parcialmente provido. Recurso da autora não provido. (TJ-DF 0719086-38.2023.8.07.0001 1827205, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/03/2024, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: 15/03/2024)

Conforme exposto, os tribunais pátrios ainda não possuem entendimento uníssono em relação ao assunto, sendo necessário adentrar aos liames do caso concreto para apurar a aplicação ou não da responsabilidade objetiva.

Portanto, com base no apresentado, verifica-se que a responsabilidade não pode ser atribuída unicamente das instituições financeiras, sendo uma questão que envolve uma colaboração triangular entre bancos, entidades públicas e os próprios consumidores na busca por soluções eficazes.

Ao mesmo tempo, as instituições bancárias devem buscar continuamente aprimorar a segurança cibernética e fortalecer as defesas contra ameaças digitais, visando não apenas a conformidade com as regulamentações, mas também a proteção efetiva dos dados dos clientes. É crucial o desenvolvimento de instrumentos legais que garantam a proteção e a autonomia dos dados pessoais, essenciais para prevenir o uso indevido por terceiros. As normativas do Banco Central do Brasil e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) trouxeram diretrizes importantes para o tratamento de dados pessoais, porém, ainda há grandes desafios a serem enfrentados.

Ademais, tanto as instituições financeiras, como as autoridades governamentais possuem o papel de conscientização dos consumidores, de modo a ensinar práticas de navegação segura e como identificar possíveis fraudes e ataques cibernéticos e, por fim, os consumidores devem adotar medidas rígidas de segurança, não compartilhando informações sensíveis, adotando senhas rígidas e únicas, conferir a segurança do *site*, evitar utilizar redes de *wi-fi* públicas, manter seus dispositivos atualizados e com a instalação de antivírus. Além disso, no âmbito das transações bancárias é sempre importante conferir regularmente os extratos bancários e ativar os alertas de segurança, bem como comunicar qualquer perda ou roubo de cartões e documentos imediatamente e sempre desconfiar de mensagens de desconhecidos.

Em conclusão, a segurança nas transações bancárias digitais é uma preocupação que transcende as fronteiras das instituições financeiras. A responsabilidade por proteger os consumidores contra fraudes cibernéticas é uma tarefa conjunta que requer ações coordenadas entre bancos, autoridades reguladoras e os próprios consumidores, tendo em vista serem todos interessados na prevenção e na resolutividade. Somente através dessa colaboração e da implementação de medidas robustas de segurança cibernética será possível criar um ambiente digital seguro e confiável para todos os envolvidos.

A COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRECEITOS DOS ARTS. 47 E 49 § 4º DA LREF

LEONARDO PELATI³¹⁵

Nos últimos anos verificamos um crescimento exponencial dos pedidos de Recuperação Judicial nos Tribunais Brasileiros.

Com isso, também verificamos o aumento das discussões e controvérsias acerca da aplicabilidade dos dispositivos da Lei 11.101/2005.

Uma das discussões mais tênues da Lei 11.101/2005 é a (im)possibilidade de convivência harmônica entre o Art. 47 e Art. 49, § 4º da Lei de Recuperação de Empresas. Ao passo que a primeira dispõe expressamente sobre o princípio da preservação da empresa, onde, o objetivo da Lei é 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, a segunda, dispõe acerca da não sujeição aos efeitos da recuperação judicial dos contratos de adiantamento de contratos de câmbio (“ACC”).

Um dos icônicos casos que ensejou esse tipo de discussão foi o da Siderúrgica Ibérica³¹⁶ que tramitou no Tribunal de Justiça do Pará, onde os Exmos. Desembargadores entenderam que: **I.** A pedra angular da Lei de Recuperação de Empresas (nº 11.101/2005) é o princípio da preservação da empresa, que compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas sempre que possível; **II.** O art. 47 da LRE não é apenas uma norma programática, e sim principiológica, alinhando-se perfeitamente a pelo menos dois dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da CR garantir o desenvolvimento nacional (II) e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **III.** Constatada a impossibilidade fática de coexistência harmônica entre os preceitos dos arts. 47 e 49, §4º da Lei de Recuperação de Empresas, deve, o aplicador do direito optar por aquele que melhor se alinha aos objetivos da República e aos princípios constitucionais da ordem econômica; (...)”.

315 Autor : Leonardo Pelati

316 0000005-09.2010.8.14.0028

Isto porque, observadas as circunstâncias dos autos, em que mais da metade das dívidas da companhia seriam de ACCs, afigurava-se inócua a recuperação concedida sem a sujeição daqueles, portanto, a regra do § 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 estaria em conflito com o preceito do próprio art. 47 da mesma lei, representando a primeira praticamente a negação da segunda, sendo que esta, por veicular propósitos mais elevados, deveria prevalecer no caso concreto.

Data maxima vênia, o entendimento exaurado naquela oportunidade não merecia prosperar, de sorte que a irresignação da *decisum* foi levada ao Superior Tribunal de Justiça³¹⁷.

Assentada ao Superior Tribunal de Justiça para dirimir a controvérsia acerca da (im)possibilidade da coexistência harmônica entre os preceitos mencionados, em que pese a divergência de votos, seguiu-se o posicionamento de que sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa.

Como bem exposto pelo Ilmo. Min. Cueva, a ponderação é recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de normas da mesma natureza. Não bastasse, percebendo as disposições do art. 47 como realmente principiológicas e as do art. 49, § 4º, como de cogência absoluta, não haveria razão para afastar estas últimas, em prevalência das primeiras. Afinal, estamos diante de dois dispositivos trazidos pelo mesmo veículo normativo, portanto do mesmo nível hierárquico.

De forma extremamente inteligente, pondera: Se de um lado a solução dada ao caso origem se apresenta harmônica em si, sob a perspectiva econômica e da estabilidade contratual, o desprestígio da solução legal para privilegiar os postulados defendidos no julgado mostra-se indesejável porque compromete a fluidez dos investimentos lastreados na modalidade do crédito em questão (largamente utilizado por exportadores), encarecendo o custo da captação de recursos e dificultando a geração de renda, emprego, inovação e a arrecadação de tributos.

O entendimento ponderado pelo Exmo. Min. Cueva é acertadíssimo. Por vezes tenho ponderado a importância da previsibilidade do direito e a da segurança jurídica, afinal, por óbvio há interesse na preservação da empresa, porém, doutro lado, especificamente do credor, instituição financeira, também existem diversos empregos, geração de renda e arrecadação de impostos. Não somente, como bem pontuado, a insegurança jurídica gera encarecimento na concessão de crédito e endurece seus critérios de liberação. Afinal, existem uma série de ponderações que são feitas na análise do risco de determinado crédito, e uma delas,

317 REsp 1279525 / PA

que com certeza contribuí para liberação destas linhas de crédito é a não sujeição de tais créditos em um ambiente recuperacional.

O custo da preservação de uma empresa não pode ser imposto a toda sociedade a qualquer preço. Ainda como bem pontuado pelo D. Ministro, se a recuperação judicial resta inviável, embora também grave e custosa, infelizmente outra solução não se afigura juridicamente possível que não aquela dada pela lei, isto é, a decretação da falência da empresa.

Por fim, ao negar a aplicação do § 4º do art. 49, sob o argumento de preservar o plano de recuperação judicial, construindo exceção no eloquente silêncio do legislador, o julgado cria condições nas quais é possível ao Poder Judiciário verdadeiramente legislar, praticando a jurisdição na forma tipicamente vedada pela Súmula Vinculante nº 10/STF.

Desta forma, conclui-se que há perfeita harmonia e coexistência dos preceitos dos Artigos 47 e 49, § 4º da Lei de Recuperação Judicial e Falências, não havendo o que se falar em aplicação de um deles em detrimento doutro, mas sim, da observância aos critérios hierárquico da norma e aplicá-los observando as ponderações feitas pelo Legislador, cujo objetivo principal é assegurar o mínimo de previsibilidade do direito e manter a segurança jurídica em nosso ordenamento pátrio.

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS APLICADA ÀS ESTRATÉGIAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

FRANCISCO TADEU LIMA GARCIA

INTRODUÇÃO

A inadimplência no Brasil é questão de complexa resolução e tratamento, sendo perceptível um elevado número de brasileiros endividados, que segundo dados da SERASA superam a marca de 72 milhões de cidadão inadimplentes.³¹⁸ Esse cenário induz a busca sempre constante nas políticas públicas no sentido de resolver a situação, sobretudo a partir de propostas direcionadas às relações de consumo, como por exemplo o advento da “Lei do Superendividamento”, assim apelidada a Lei 14.871/2021, que introduziu tratamento específico para o devedor consumidor que se percebe em uma situação de impossibilidade de pagar a integralidade de suas dívidas, mas é uma medida que compreende inadimplentes que são pessoas naturais e que são caracterizados, via de regra, como devedores que não estão de má-fé naquela condição de superendividado.

Além disso, o nosso país buscou a partir do relatório Doing Business do Banco Mundial³¹⁹, que avaliou o ambiente de negócios dos países ao redor do mundo, adotar inúmeras estratégias para melhorar o sistema, inclusive quanto a um tópico específico que é a execução dos contratos e os meios dispostos para que as execuções e resoluções de disputas sejam céleres e eficientes.

Inclusive em razão do elevado custo da Justiça brasileira são sempre buscadas formas extrajudiciais e consensuais para cobrança de dívidas, com o objetivo de acelerar e otimizar a satisfação de créditos inadimplidos.

Nada obstante, determinados devedores, como veremos a seguir, são insuscetíveis às estratégias de cobrança extrajudicial e amigável de recuperação de crédito no Brasil e o sistema encontra inúmeros desafios, mas, sobretudo, está intimamente relacionado com a via judicial.

318 Vide: <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil/> Acesso em 07 de agosto de 2024.

319 Vide: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/novembro/divulgado-relatorio-executivo-sobre-o-ranking-doin-g-business> Acesso em 07 de agosto de 2024.

Desde a Lex Poetelia Papiria, são os bens dos devedores que respondem pelas dívidas, o que torna no contexto da recuperação de crédito a investigação patrimonial e a busca por ativos do devedor uma etapa essencial no processo de cobrança.

Acontece que não é a rara a constatação de que há devedores que ocultam bens, ou mesmo que se valeram de fraudes patrimoniais para alienarem seus bens em prejuízo aos credores e o sistema jurídico oferece instrumentos capazes de reprimir essas práticas escusas de ocultação de bens, a partir do surgimento de institutos como a fraude à execução, a fraude contra credores, a simulação e a desconsideração da personalidade jurídica. Os credores, contudo, encarregam-se dos ônus probatórios inerentes ao reconhecimento de cada um desses institutos.

Assim, será explorado a seguir como o procedimento da produção antecipada de provas, previsto no Código de Processo Civil de 2015, pode ser um grande aliado dos credores, a fim de municiá-los de elementos probatórios para a adoção de medidas agressivas e arrojadas de recuperação de crédito.

1. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

Os profissionais que atuam na recuperação de crédito sabem bem, na prática, que há diversos tipos de devedores. A Serasa apresenta algumas classificações³²⁰, como o devedor negligente, o devedor crônico, o devedor mau pagador e o devedor ocasional, sendo certo que cada qual deve ser abordado de forma específica no contexto da recuperação de crédito, notadamente porque as estratégias que são eficientes para um tipo de devedor não são para outro tipo.

Nada obstante, para os propósitos aqui pretendidos, quanto aos tipos de devedores poderíamos, essencialmente, dividi-los em duas grandes categorias quanto à solvabilidade: Devedores solventes e devedores insolventes. E quanto aos devedores insolventes poderíamos subdividi-los em devedores cuja insolvência é real e devedores cuja insolvência é ficta, ou seja, são devedores que apenas aparentemente não possuem bens para satisfazerem seus passivos, pois ocultam ativos e direitos ou os dilapidou fraudulentamente.

Com relação aos devedores realmente insolventes, não há grandes estratégias a serem empreendidas no procedimento de recuperação do crédito inadimplido senão apenas conceder grandes descontos e prazos alongados para pagamento.

Agora com relação aos devedores cuja insolvência é meramente ficta, o que se constata a partir de indícios de padrão de vida incompatível com a suposta incapacidade financeira, há diversos institutos no ordenamento jurídico capazes

³²⁰ Vide: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/gestao-de-carteira-de-credito/tipos-de-devedores/> Acesso em 07 de agosto de 2024.

de dismantelar a fraude perpetrada e revelar os bens ocultados ilicitamente, exigindo, frequentemente, a busca pela via judicial com estratégias mais agressivas para uma efetiva recuperação de crédito.

Os exemplos são diversos, como já brevemente antecipado, como a fraude à execução, a fraude contra credores, a simulação e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Em estudos específicos sobre os citados temas, a título exemplificativo, revelou-se que a desconsideração da personalidade jurídica, com a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica perpassa por problemas ainda não muito bem resolvidos na doutrina e na jurisprudência³²¹, inclusive com a possibilidade de imposição de sucumbência, o que recomenda extrema cautela dos credores na tomada de decisão pela adoção da medida, sobretudo em casos de relevante valor envolvido.

De igual modo, a despeito da possibilidade de reconhecimento incidental de simulação no bojo do processo de execução³²², o pleito mal formulado e sem o devido respaldo probatório pode sujeitar os credores ao ajuizamento de embargos de terceiro por terceiros cujos bens e direitos envolvidos na pretensão estejam registrados em seus respectivos nomes, o que de igual modo poderá sujeitar à imposição de sucumbência e agravar a posição do credor que já se vê na difícil tarefa de buscar judicialmente a recuperação de seu crédito.

O mesmo risco se observa quanto à fraude contra credores, que exige o ajuizamento de ação pauliana, e a fraude à execução, que também expõe aos embargos de terceiro. Afora, obviamente, a necessidade de se propor uma medida realmente efetiva e que será exitosa no sentido de recuperar crédito.

Assim, mostra-se absolutamente necessário que os credores adotem as referidas estratégias de recuperação de crédito com base em provas robustas e suficientemente capazes de demonstrar o direito defendido em juízo e que é respaldado por aqueles institutos já citados.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu nos artigos 381, 382 e 383 importante ferramenta processual para que se busque, através da produção antecipada de provas, garantir o direito autônomo à prova e, com ele, efetivar no interesse de todo o sistema, o estímulo à resolução alternativa de conflitos, com a conciliação, por exemplo, bem como evitar ou justificar o ajuí-

321 GARCIA, F. T. L.; BELLAN, S. B. F.; MARQUESI, R. W. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: aspectos práticos, evolução e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro. *REVISRA JURISFIB*, v. 15, p. 79-104, 2024.

322 GARCIA, F. T. L.; CUNHA, S. C. I. RECONHECIMENTO INCIDENTAL DE NULIDADE POR SIMULAÇÃO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. In: Paiano, Daniela B. et. Al.. (Org.). *Negócios Jurídicos: Aspectos Públicos e Privados*. 1ed.: Almedina, 2024.

zamento de pleito judicial, desestimulando a chegada ao judiciário de pretensões sem lastro probatório adequado.

Trata-se de instrumento que desvincula a antecipação da prova ao requisito da urgência, malgrado ainda preveja tal possibilidade.

Conforme incisos II e III do art. 381 do CPC, que preveem hipóteses mais comumente aplicadas às estratégias de recuperação de crédito, a produção de provas antecipadas será admitida quando puder viabilizar a autocomposição das partes ou outro meio de solução do conflito, bem como para evitar ou justificar o ajuizamento de ação.

Vale dizer, conforme comentário de Zulmar Duarte, que no modelo multipartas a produção antecipada de provas ganha especial repercussão, favorecendo a possibilidade de autocomposição diante do conhecimento das provas sobre determinados fatos e o potencial resultado em caso de encaminhamento da discussão para a via contenciosa em processo judicial:

Além disso, no processo multipartas estruturado pelo Código, que tem por um dos pontos cardais o estímulo a solução consensual dos conflitos (art. 3.º, § 3.º), a produção antecipada de prova pode ser utilizada com o objetivo ancilar de permitir a autocomposição ou, ainda, para auxiliar outros meios adequados de solução de conflitos. Logo, pode-se utilizar a produção antecipada para obtenção de provas necessárias à discussão de um acordo ou até para estimular sua realização, a par do conhecimento das partes sobre a prova produzida e sua potencial repercussão em processo vindouro.³²³

Retomando o exemplo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, se, porventura, existir a suspeita por parte do credor de que há alguma hipótese de abuso da personalidade jurídica pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade na forma do art. 50 do Código Civil, entretanto insuficientes ainda os elementos probatórios para a instauração do incidente, pode-se valer o credor da via da produção antecipada de provas, a fim de que determinados fatos sejam esclarecidos para evitar ou justificar a instauração do incidente, como por exemplo a perícia contábil nos livros da pessoa jurídica cuja desconconsideração se pleitearia ou até mesmo a obtenção de extratos bancários para conferência de eventual cumprimento reiterado de obrigações de uma pessoa pela outra, até eventual apuração de sociedade de fato, com a produção de outras provas capazes de esclarecer essa suspeita.

É evidente que o pedido de produção antecipada de provas deve sempre vir acompanhado de razões que justifiquem a necessidade de produção daquelas provas e especificar sobre quais fatos as provas recairão, na forma do art. 382 do mesmo diploma legal.

323 GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; Andre Vasconcelos Roque; et al. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 812.

Nesse sentido, esclarecedores os comentários do Professor Flávio Luiz Yarsshell à referida necessidade:

É certo que a necessidade da prova – não apenas da antecipação – depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a medida que se quer produzir. A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade.³²⁴

Interessante anotar que no referido procedimento inclusive pode ser considerado inexistente o caráter contencioso, conforme § 5º do mesmo art. 381, inclusive não se admite defesa contra o pleito de produção de provas, nem recurso contra a decisão que defere a produção antecipada de provas, além de ser vedado ao juiz se pronunciar acerca dos fatos e suas consequências jurídicas, conforme parágrafos do mesmo art. 382.

Apesar do conteúdo do enunciado 118 da II Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “é cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”, em regra não há, portanto, sucumbente, pois não há vencedor, tampouco há a formação de coisa julgada.

De acordo com Hugo Filardi:

O modelo constitucional de processo e uma leitura adequada do artigo 381 do Código de Processo Civil nos permitem fazer as seguintes afirmações, de cunho, em muitas questões, provocativo: (i) o processo civil não estimula disputas desnecessárias; (ii) há na ciência processual moderna verdadeira ojeriza a demandas distribuídas sem qualquer lastro probatório; (iii) o direito à prova é fundamental e autônomo em razão da cláusula do devido processo legal substantivo e do acesso à tutela jurisdicional (...) ³²⁵

Nesse sentido, aplicando os referidos conceitos quanto à produção antecipada de provas aplicada às estratégias de recuperação de crédito, podemos concluir que é um direito do credor a produção de provas quanto à ocorrência ou não de fraudes patrimoniais e abusos da personalidade jurídica, de tal modo que possam se valer de referido instrumento a fim de justificar ou evitar o ajuizamento de uma demanda futura, ou seja, se por exemplo o credor estiver suspeitando da ocorrência de fraude contra credores na alienação de determinado bem do devedor posteriormente à constituição do crédito e postular a produção de provas no sentido a apurar a existência de conluio fraudulento entre o devedor e o credor, as depender do resultado da prova obtida ele pode evitar o ajuizamento de

324 YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo Ed. RT, 2015

325 FILARDI, H.. Ações probatórias autônomas. REVISTA DA EMERJ, v. 23, p. 46-64, 2021.

uma ação pauliana, ou então, ao revés, justificar o ajuizamento da demanda declaratória de fraude contra credores a partir das provas produzidas nesse sentido.

E mais ainda, seguindo no exemplo da suspeita de fraude contra credores, a depender do resultado das provas e do potencial delas na condução de eventual procedência de uma futura e hipotética ação pauliana, poderá estimular a auto-composição das partes, resolvendo o conflito por tal via.

Há autores que aproximam o procedimento da produção antecipada de provas atualmente vigente com os institutos de descoberta de provas do direito anglo-saxão (*discovery* e *disclosure*). Nesse sentido, Bacellar apresenta uma interessante análise acerca do desenvolvimento doutrinário da produção antecipada de provas como:

(..) um modelo próprio adaptado ao procedimento brasileiro que, mesmo não sendo a importação pura e simples da Discovery americana, teria sua essência porque é a pré-constituição da prova, desvinculada da declaração do direito, portanto vindo a servir como instrumento útil à contenção da litigiosidade, possibilitando às partes a avaliação dos reais contornos da situação jurídica posta. Por conseguinte, a produção antecipada de prova como direito autônomo sem o requisito da urgência é medida que foi inserida no novo Código de Processo Civil como uma evolução esperada pela doutrina quanto à normatização jurídica relativa à prova, que vem a atender os anseios a que o novo ordenamento se propõe, na mira da contenção da litigiosidade por meio de mecanismos que promovam solução alternativa de conflitos e no alcance de uma menor intervenção estatal e racionalização do processo para a construção da justiça entre as partes.³²⁶

Muito embora a produção antecipada de provas ainda encontre alguns entraves no Judiciário, percebe-se que vem sendo bastante aplicada pelos operadores, especialmente no cenário aqui delimitado, notadamente no contexto de estratégias de recuperação de crédito.

2. JURISPRUDÊNCIA E QUESTÕES CONTROVERTIDAS

O primeiro obstáculo que se identifica no Judiciária é que muitas vezes os juízes avançam no mérito de uma eventual e hipotética discussão futura acerca dos fatos cuja prova recairá no processo de produção antecipada de provas e muitas vezes concluem pela ausência de interesse processual a partir de alguma conclusão jurídica sobre tais fatos. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já conta com posicionamento firme no sentido de não permitir que se avance no conteúdo de mérito acerca do direito que se pretende evitar o justificar em juízo a partir da produção antecipada de provas. Em interessante caso em que um pai buscava reunir elementos probatórios sobre fatos que poderiam implicar a

326 BACELLAR, A. L. S.. Discovery à Brasileira: A produção antecipada de prova como direito autônomo e sem o requisito da urgência, como técnica eficiente à contenção da litigiosidade. In: IV Congresso de Processo Civil Internacional, 2019, Vitória. PRINCÍPIOS TRANSNACIONAIS DO PROCESSO CIVIL À LUZ DA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Serra: MilFontes, 2019. v. 4. p. 21-34.

exclusão de herdeiro por indignidade, as instâncias ordinárias haviam concluído que inexistia interesse processual, porque vedada a discussão acerca de herança de pessoa viva, mas o STJ garantiu o direito autônomo à produção de prova sobre os fatos pretendidos, formando a conclusão no sentido de que “não será feita a valoração da prova na própria ação probatória, mas apenas em eventual e futura ação de conhecimento em que o fato documentado vier a ser utilizado.”³²⁷

Outro problema muito frequente que se identifica é que os magistrados acabam por confundir o objeto da produção antecipada de provas com os fatos cuja prova recairá e suas repercussões jurídicas, de tal modo a determinarem a retificação do valor da causa, a fim de que correspondam ao da pretensão futura, que poderá inclusive não existir, conforme já exposto.

Nesse sentido, felizmente o Poder Judiciário paulista vem decidindo que a produção antecipada de provas é “ação que não tem correspondência com o valor patrimonial a ser buscado em eventual ação principal, não possuindo conteúdo econômico imediato”³²⁸, afastando decisões que determinam a retificação do valor da causa em produção antecipada de provas.

Mormente em casos em que a produção antecipada de provas objetiva evitar ou justificar o ajuizamento de ação pauliana essa discussão tem relevância, conforme também já decidiu o TJSP:

(...) em sede de produção antecipada de provas, não se busca a entrega de provimento jurisdicional dotado de expresse conteúdo econômico. A ação principal, a propósito e a depender da prova produzida, poderá sequer ser ajuizada. E, nesse sentido, não se revela razoável que a ação de produção de provas possua a mesma correspondência econômica que a aquela que poderá ser proposta. Isto é, não se verifica simbiose entre o conteúdo econômico de ambas: na ação de origem, busca o agravante apenas a apresentação de documentos para que se possibilite a análise de eventual fraude na transferência de imóveis, enquanto em possível futura ação – acredita-se – a discussão recairá sobre a suposta fraude em si mesma.³²⁹

Especialmente no contexto aqui pretendido, de aplicação da produção antecipada de provas às estratégias de recuperação de crédito, frequentemente também a medida encontra obstáculos no sigilo das provas cuja produção se pretende para esclarecimento dos fatos. O Judiciário paulista tem oscilado sobre o tema, ora decidindo que “não haveria meios para o autor obter os documentos pleiteados por conta própria, posto que, de fato, envolve sigilo e intimidade de dados

327 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Resp 2.103.428. Relatora: Min. Nanc Andriahi. 10/03/2024.

328 SÃO PAULO. TJSP; Agravo de Instrumento 2247292-02.2019.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2019; Data de Registro: 28/11/2019.

329 SÃO PAULO. TJSP; Agravo de Instrumento 2114815-39.2024.8.26.0000; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2024; Data de Registro: 03/05/2024

bancários do correntista, justificando a intervenção judicial para esse fim”³³⁰, ora também entendo que malgrado o “CPC/15 tenha consagrado o direito autônomo à produção de provas, o direito fundamental à intimidade da impetrante (art. 5º, X, da CF), nele inserido o sigilo fiscal, deve prevalecer.”³³¹

Vale mencionar também que, apesar da regra contida no parágrafo 4º do art. 382 do CPC, o STJ consagrou que não se trata de impossibilidade absoluta de contraditório na produção antecipada de provas:

As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria prova, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.³³²

A respeito da condenação em honorários, malgrado a disposição do enunciado 118 do CJF, conforme anunciado anteriormente, bem como a despeito das considerações da doutrina no sentido de que “na produção antecipada de prova (art. 381), sendo uma ação, existem honorários”³³³, geralmente, inexistindo litigiosidade, não deve haver imposição de honorários sucumbenciais, conforme atual jurisprudência do TJSP, que concluiu que é “procedimento é de jurisdição voluntária, tanto que, em regra, não admite defesa nem recurso (art. 382, §4º) e em que, nessas condições, salvo se verificada controvérsia, não há vencedor ou vencido.”³³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recuperação de crédito envolve, inicialmente, a devida verificação acerca do tipo de devedor contra quem se pleiteará pela via judicial a perseguição de ativos capazes de satisfazer a obrigação. Identificada a hipótese de devedor cuja insolvência é meramente ficta, presentes indícios de ocultação patrimonial, a produção antecipada de provas pode ser um importante instrumento à disposição dos credores, a fim de estimular a composição e reunir provas para justificar ou evitar o ajuizamento de outra medida judicial como estratégia de recuperação de crédito.

A produção antecipada de provas objetiva garantir o direito autônomo à prova e coloca o credor seguro diante dos riscos, mormente sucumbenciais, quan-

330 SÃO PAULO. TJSP; Apelação Cível 1137820-69.2022.8.26.0100; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2023; Data de Registro: 07/08/2023.

331 SÃO PAULO. TJSP; Mandado de Segurança Cível 2249961-23.2022.8.26.0000; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bebedouro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 11/02/2023; Data de Registro: 11/02/2023

332 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.037.088. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze. 07/03/2023.

333 GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; Andre Vasconcelos Roque; et al. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

334 SÃO PAULO. TJSP; Apelação Cível 1004597-39.2024.8.26.0071; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2024; Data de Registro: 01/08/2024

to às estratégias mais frequentes, como fraude à execução, fraude contra credores, declaratória de simulação e incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Com o passar do tempo depois do advento do CPC de 2015, a jurisprudência tem resolvido as controvérsias mais relevantes e garantindo o direito dos jurisdicionados de pleitear a antecipação da prova, favorecendo a adoção de medidas judiciais apenas se presentes robustos elementos probatórios nesse sentido, além de estimular a conciliação.

REFERÊNCIAS

ARY, Bruna Malveira; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Métodos Adequados e Recuperação de Crédito: acesso eficiente à Justiça e incremento da recuperação de crédito bancário**. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 12, p. 39-59, 2018.

BACELLAR, A. L. S.. **Discovery à Brasileira: A produção antecipada de prova como direito autônomo e sem o requisito da urgência, como técnica eficiente à contenção da litigiosidade**. In: IV Congresso de Processo Civil Internacional, 2019, Vitória. PRINCÍPIOS TRANSNACIONAIS DO PROCESSO CIVIL À LUZ DA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Serra: MilFontes, 2019. v. 4. p. 21-34.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Resp 2.103.428**. Relatora: Min. Nanc Andrighi. 10/03/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2.037.088**. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze. 07/03/2023.

FILARDI, H.. **Ações probatórias autônomas**. REVISTA DA EMERJ, v. 23, p. 46-64, 2021.

GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; Andre Vasconcelos Roque; et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

GARCIA, F. T. L.; BELLAN, S. B. F.; MARQUESI, R. W. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: aspectos práticos, evolução e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro**. REVISRA JURISFIB, v. 15, p. 79-104, 2024.

GARCIA, F. T. L.; CUNHA, S. C. I. **RECONHECIMENTO INCIDENTAL DE NULIDADE POR SIMULAÇÃO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL**. In: Paiano, Daniela B. et. Al.. (Org.). Negócios Jurídicos: Aspectos Públicos e Privados. 1ed.: Almedina, 2024.

SÃO PAULO. TJSP; **Agravo de Instrumento 2247292-02.2019.8.26.0000**; Relator (a): José Marcos Marone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2019; Data de Registro: 28/11/2019.

_____. **Apelação Cível 1137820-69.2022.8.26.0100**; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2023; Data de Registro: 07/08/2023.

_____. **Agravo de Instrumento 2114815-39.2024.8.26.0000**; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2024; Data de Registro: 03/05/2024

YARSELL, Flávio Luiz. **Da produção antecipada da prova**. In ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo Ed. RT, 2015.

DIÁLOGOS DE PROCESSOS: TRANSPARÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL *VERSUS* SIGILO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

LUIS FERNANDO BATISTA HIAR³³⁵

MARIA JÚLIA VICENTE PEREIRA³³⁶

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio heterocompositivo para solução de controvérsias, em que partes capazes de contratar derrogam a jurisdição estatal para que um Tribunal Arbitral, composto por um ou mais árbitros, decida litígio que verse sobre direito patrimonial disponível (art. 1º da Lei nº 9.307/1996 – “**Lei de Arbitragem**”)³³⁷.

Nesse contexto, caberá ao referido Tribunal apenas declarar ou reconhecer a (in)existência de um direito, não tendo ele jurisdição para determinar medidas constritivas contra o patrimônio da parte vencida.

Trata-se, assim, de jurisdição delegada pelo Estado em favor do Tribunal Arbitral, a fim de que este resolva conflito de natureza adversarial e comutativa entre duas ou mais partes, cujas pretensões se contrapõem, em regra.

Em outras palavras, a arbitragem tem como fim precípua a solução de um litígio, e não a execução do patrimônio de uma das partes, a expropriação de bens ou a recuperação de crédito.

A Recuperação judicial, ao seu turno, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005, modificada pela Lei nº 14.112/2020 (“**Lei de Recuperação de Empresas**” ou “**LRE**”), é um procedimento que se destina a “*viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir*

335 Pós-graduado em Direito Contratual (LL.M.) pelo Instituto de Pesquisa de Ensino e Pesquisa (Insper). Graduado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com extensão universitária na Universidade de Coimbra. Advogado da área de Solução de Conflitos e Insolvência de Lobo De Rizzo Advogados.

336 Pós-graduanda em Direito Processual Civil (Lato Sensu – Especialização) pela Universidade de São Paulo e pela Associação dos Advogados de São Paulo (USP/AASP). Graduada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada da área de Solução de Conflitos e Insolvência de Lobo De Rizzo Advogados.

337 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

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”.

Ao revés da arbitragem, a Recuperação judicial se rege pelo paradigma da justiça distributiva, ainda que as pretensões das partes possam, em alguma medida, se contrapor.

No cenário de crise financeiro-econômica da empresa, o procedimento recuperacional deve, tanto quanto possível, tutelar o direito de crédito, garantir a preservação da empresa, assim como a manutenção das atividades produtivas e a de empregos, caso se trate de sociedade economicamente viável.

Na palavra dos professores Thomaz Jackson e Robert Scott, sendo insuficiente o “bolo” de ativos do devedor para satisfazer, integralmente, os interesses do devedor, dos credores e demais *stakeholders*, este deverá ser “fatiado” para atender viabilizar o atendimento da maior proporção possível dos interesses envolvidos.³³⁸

À luz destes paradigmas que, em certa medida, parecem ser antagônicos, os procedimentos arbitral e recuperacional podem apresentar certas regras e princípios conflitantes.

Caso se deparem com este conflito aparente de normas, caberá aos operadores do direito dar interpretações uniformes que prezem pela segurança jurídica, em benefício de todas as partes relacionadas, em verdadeiro exercício hermenêutico.

O presente estudo tem por objetivo analisar, exatamente, um destes conflitos, mais especificamente o conflito entre o **sigilo** que recai sobre a maior parte das arbitragens e a **publicidade e transparência** que norteiam os procedimentos concursais, à luz do disposto na Lei de Recuperação de Empresas.

2. O SIGILO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Como não é segredo, os processos judiciais são públicos, nos termos dos arts. 5º, LX, 37 e 93, IX da Constituição Federal e 11 do Código de Processo Civil. Apenas excepcionalmente devem tramitar os processos em sigilo, “*quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*” (art. 5º, LX, da CF).

Na arbitragem, todavia, por se tratar de um procedimento julgado por Tribunal Arbitral privado e que versa exclusivamente sobre direitos patrimoniais

338 JACKSON, Thomas H.; SCOTT, Robert E. On the Nature of Bankruptcy: An Essay of Bankruptcy Sharing and the Creditor's Bargain, 75 VA. L. REV. 155 (1989), disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/385, acesso em 1.7.2023.

disponíveis por disposição expressa das partes, admite-se a convenção sobre o sigilo do procedimento³³⁹.

Trata-se de praxe já consolidada na arbitragem internacional, sendo que diversas câmaras arbitrais internacionais³⁴⁰ e brasileiras, em seu regulamento interno, estipulam o sigilo como regra, a não ser em caso de proibição legal ou de afastamento por disposição pelas partes.³⁴¹

Além de decorrer da autonomia de vontade das partes, o sigilo nos procedimentos arbitrais não apenas é uma prática já consolidada, como é classificado por parte da doutrina como um dever lateral decorrente do princípio da boa-fé objetiva.³⁴²

A título de exemplo, disputas envolvendo segredos industriais e comerciais devem tramitar de maneira confidencial em razão de informações que causariam prejuízos irreversíveis às partes, caso discutidas em procedimento público.

O próprio objeto do litígio, portanto, costuma tornar essencial a confidencialidade do procedimento arbitral.

No entanto, o sigilo dos procedimentos arbitrais não é absoluto. Em determinadas situações, pode haver interesses que imponham a publicização da arbitragem, como um todo ou apenas em parte.

O art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem estabelece que: “§ 3º *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*”. No mesmo sentido dispõe o art. 152 da Lei nº 14.133/21 (“**Nova lei de Licitações e Contratos Administrativos**”).

Ademais, a Resolução nº 80 da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) estabelece regras relativas à divulgação sobre a existência de procedimentos arbi-

339 “o sigilo é uma característica que pode - apenas pode - ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto, Op. cit, p. 51).

340 A LCIA - London Court of International Arbitration, por exemplo, define no art. 30 de seu regulamento de arbitragem que: “The parties undertake a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority. The parties shall seek the same undertaking of confidentiality from all those that it involves in the arbitration, including but not limited to any authorised representative, witness of fact, expert or service provider.

341 Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC): <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/>
Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB): https://camarb.com.br/wp-content/uploads/2019/10/regulamento-de-arbitragem-camarb-2019_atualizado2019.pdf

342 “(...) admitindo-se que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral, elegem essa via com essa finalidade específica (...) em razão dos deveres laterais da boa-fé, impostos a ambas as partes contratantes, entendemos existir, no direito brasileiro, um dever de sigilo, sendo este da essência da própria arbitragem em relação a dados, informações e documentos trazidos ao procedimento arbitral por qualquer das partes. Corolário desse standard de comportamento exigido das partes é o dever de manter confidencial a respectiva sentença arbitral proferida” (PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 25-36, jul./set., 2005, pp. 33/34)

trais por emissores registrados na Categoria A³⁴³. Os acionistas, atuais ou em potencial destas sociedades, assim como os detentores de outros valores mobiliários e o mercado como um todo, têm interesse na divulgação de informações sobre determinados procedimentos arbitrais, tendo em vista o impacto que o resultado das arbitragens pode trazer para: (i) as atividades da Companhia; (ii) o valor de sua participação acionária; etc.

O item 9.1 do Regulamento Câmara de Arbitragem do Mercado, administrada pela Bolsa Brasil Balcão – B3³⁴⁴, admite a divulgação de informações de informações sobre o conteúdo dos procedimentos arbitrais, em cumprimento às normas de órgãos reguladores e em decorrência de previsão legal.

Como se não bastasse, a publicidade pode ser regra para algumas modalidades de arbitragens coletivas, em razão da dos direitos envolvidos e dos impactos que o procedimento podem ter para terceiros.

Como defendem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a publicidade destes procedimentos coletivos é importante para que: (i) seja possível fiscalizar a condução do procedimento pelo legitimado extraordinário; e (ii) os titulares do direito discutido possam avaliar o exercício do “*opt out*” – ao assim fazerem, os titulares do direito optam por não se sujeitar aos efeitos da decisão a ser proferida para que, em nome próprio, promovam o procedimento individual.³⁴⁵

Outra exceção à confidencialidade dos procedimentos arbitrais poderá ser criada pelo Projeto de Lei nº 2.925/2023, caso aprovado, que altera algumas disposições das Leis nº 6.385/76 e 6.404/76. Trata-se de projeto conhecido como PL do *enforcement* privado no mercado de capitais.

Conforme versão do PL do *enforcement* atualmente em discussão, os §§ 4º e 5º ao art. 109 da Lei nº 6.404/1976³⁴⁶ pretendem dispor que: (i) os procedi-

343 Resolução nº 480 da CVM:

“Art. 2º O emissor pode requerer o registro na CMV em uma das seguintes categorias.

I – categoria A; ou

II – categoria B.

§ 1º O registro na categoria A autoriza a negociação de quaisquer valores mobiliários do emissor em mercados regulamentados de valores mobiliários.”

344 “9.1. Sigilo. O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores ou previsão legal.” Disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html>. Acesso em 31.7.2024.

345 “É importantíssimo que a existência do processo coletivo seja comunicada aos membros do grupo. Normalmente, isso será feito pela publicação de editais. Essa comunicação precisa ser adequada (fair notice, como exige o direito estadunidense, examinado no capítulo sobre conexão e litispêndência em processos coletivos). A comunicação serve para que se possa fiscalizar a condução do processo, pelo legitimado extraordinário, assim como para que se possa exercer o direito de ‘sair’ da incidência da decisão coletiva. No Direito brasileiro, há regramento da necessidade de comunicação nas ações coletivas de responsabilidade civil envolvendo direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC), exatamente para que o indivíduo possa, se quiser, escapar da incidência da decisão coletiva ou intervir no processo coletivo.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 118/119).

346 “§ 4º Os procedimentos arbitrais relativos a companhias abertas serão públicos, nos limites estabelecidos na regulamentação a ser editada pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 5º As instituições arbitrais darão publicidade a seus precedentes relativos a demandas que envolvam companhias abertas e os divulgarão em seus sítios eletrônicos, organizados por questão jurídica decidida.”

mentos arbitrais envolvendo companhias abertas deverão ser publicizados, conforme limites que serão regulamentados pela CVM; e (ii) as instituições arbitrais deverão dar publicidade aos precedentes envolvendo companhias abertas.

Os Tribunais brasileiros, recentemente, também têm mitigado o sigilo dos procedimentos arbitrais, especialmente quando há submissão da questão relacionada à arbitragem ao julgamento pelo Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, no julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em tutela cautelar pré-arbitral, declarou que, como “*não há qualquer risco à intimidade das partes ou ao interesse social, não é o caso de processamento sob sigredo de justiça.*”³⁴⁷

Em resumo: os procedimentos arbitrais, como regra, tramitam em sigilo. Os exemplos dados nos parágrafos acima, no entanto, demonstram que o sigilo pode ser mitigado ou afastado, ainda que parcialmente, consoante o objeto e os interesses envolvidos no litígio.

A recuperação judicial de uma das partes envolvidas na arbitragem é uma das exceções à natureza estritamente sigilosa da arbitragem, conforme detalharemos adiante.

3. PUBLICIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Recuperação judicial, ao seu turno, por se tratar de um procedimento que, necessariamente, tramitará perante a justiça estatal, tem como regra a publicidade.

E não apenas deve o procedimento recuperacional ser público, como, para Sheila Neder Cerezetti e Emanuelle Urbano Maffioletti, “*a informação pode ser considerada, logo após os ativos, o bem de maior valor em situações de crise empresarial enfrentadas por meio da recuperação judicial*”.³⁴⁸

Referido dever de informação parece se justificar porque, entre outros fatores, como ensinam Scalzilli, Spinelli e Tellechea: “*O colapso patrimonial do devedor gera uma espécie de associação para repartição dos danos* (associazione pel

³⁴⁷ AI nº 2193571-67.2021.8.26.0000, 1ª Câ. Res. de Dir. Empr., Rel. Des. ALEXANDRE LAZZARINI, j. em 10.3.2022.

³⁴⁸ CEREZETTI, S. C. N., & MAFFIOLETTI. Transparência e divulgação de informações nos casos de recuperação judicial de empresas. In: GARCIA, Lupion Ricardo (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 378.

riparto dei danni)³⁴⁹ ou *comunhão de perdas, da qual participam, em menor ou maior grau, todos os envolvidos*³⁵⁰.³⁵¹

A transparência no procedimento recuperacional tem como fundamento, justamente, a mitigação da assimetria informacional. Afinal, deve ser franqueado acesso amplo a informações sobre as atividades das recuperandas à coletividade, que repartirá os danos para contribuir com a preservação da empresa.

Por conseguinte, não surpreende que a coletividade seja titular do direito de acessar, na maior proporção possível, informações relativas ao devedor, especialmente aquelas diretamente relacionadas às suas atividades e que influenciam a sua capacidade de soerguimento.

Como decorrência do dever de informação, a LRE, em seu art. 51, estabelece uma série de informações e documentação obrigatórias que devem instruir a petição inicial da recuperação judicial.

Essas informações e documentação incluem, mas não se limitam a, causas concretas da situação patrimonial do devedor, razões da crise financeiro-econômica, demonstrações contábeis, relação nominal completa dos credores, relação integral dos empregados, etc.

Entre as informações que devem ser prestadas pela recuperanda, exige-se a apresentação de “*relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e **procedimentos arbitrais** em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados;*”, conforme disposto no art. 51, IX, da LRE.

A Lei de Recuperação expressamente mitiga a confidencialidade dos procedimentos arbitrais. De acordo com o artigo acima mencionado, seria importante revelar, pelo menos, a estimativa dos valores demandados na arbitragem.

Para Scalzilli, Spinelli e Tellechea, essa obrigação “*tem por finalidade projetar o efeito das demandas judiciais sobre o patrimônio do devedor; divulgado informações completas acerca de seu estado patrimonial (atual e projetado)*”³⁵².

Em algumas hipóteses, todavia, pode ser necessário que se apresentem outras informações além da mera projeção do impacto da arbitragem no patrimônio da recuperanda.

349 VIVANTE, Cesare. Il fallimento civile. Torino: Fratello Boca, 1902, p. 4.

350 KOHLER, Josef. Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1891, p. 1-2. É o que se chama de “princípio da comunhão das perdas” (Grundsatz der Verlustgemeinschaft) (HESS, Harald. Insolvenzrecht: Großkommentar in zwei Bänden. 2. Aufl. Heidelberg: F. C. Müller, 2013, p. 5).

351 TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa, São Paulo: Almedina, 2018, p. 25.

352 TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005, São Paulo: Almedina, 2023, p. 659.

É exatamente sobre este caso que passaremos a nos debruçar.

4. CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM VS. TRANSPARÊNCIA NA RECUPERAÇÃO: LIMITES PARA A APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Como introduzido acima, é possível que a coletividade de credores ou o Juízo recuperacional demandem a apresentação de outras informações que não a mera estimativa de impacto financeiro da arbitragem para a recuperanda.

A recuperanda pode, por exemplo, apresentar plano de recuperação judicial que preveja a destinação de direitos creditórios discutidos em procedimento arbitral como um dos meios de recuperação – para pagamento de determinada classe de credores, para a implementação de alguma das condições do plano, etc.

Caso seja este o caso, os credores podem demandar que sejam apresentadas informações sobre o procedimento, para que possam avaliar de forma adequada a perspectiva de recebimento de seus créditos.

Outra hipótese em que a coletividade pode ter interesse na obtenção de informações sobre alguma arbitragem diz respeito a litígios surgidos no contexto de plano de recuperação judicial em que entabulada cláusula compromissória.

Ainda que haja controvérsia sobre a sujeição da coletividade à cláusula compromissória, inclusive dos credores ausentes ou que tenham rejeitado o plano³⁵³, ou sobre as matérias que podem ser arbitradas, não há grande controvérsia sobre a possibilidade de inclusão de convenção de arbitragem no plano de recuperação.³⁵⁴

As hipóteses em que informações sobre procedimentos arbitrais podem ser relevantes e deverão ser reveladas na recuperação judicial são diversas, e não pretendemos listar todas elas.

Para fins deste artigo, julgamos importante avaliar quais critérios objetivos podem ser utilizados para definir **quais** informações relativas aos procedimentos arbitrais devem ser apresentadas, e em qual **extensão**, considerando o sigilo que recai sobre as arbitragens, como regra.

Nem toda informação relativa a procedimentos arbitrais envolvendo a empresa em recuperação judicial precisa ser revelada, a princípio.

353 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Cláusula Compromissória em Plano de Recuperação judicial: Credores Alcançados. *Civil Procedure Review*, Civil Procedure Review, v. 13, n. 1: jan.-abr. 2022, pp. 81-98.

354 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 780, 22 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7170>. Acesso em: 6 mai. 2023.

Para Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Carnaúba, devem ser divulgadas aquelas informações que “*possam reduzir a assimetria de informação, ajudar a estabelecer uma relação de confiança entre os interessados e possibilitar um controle social sobre a atividade jurisdicional*”.³⁵⁵

Assim, em primeiro lugar, entendemos ser importante avaliar quais informações sobre os procedimentos arbitrais seriam aquelas relevantes para as partes envolvidas na recuperação judicial.

Adicionalmente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da Recuperação judicial do Grupo UTC³⁵⁶, investigou, em primeiro lugar, se o procedimento arbitral tramitava em sigilo.

Como a recuperanda não comprovou a existência de cláusula de confidencialidade no procedimento arbitral, o Tribunal concluiu que “*A ordem de exibição integral dos procedimentos arbitrais, portanto, não encontra óbice legal, devendo ser mantida em homenagem ao princípio da transparência, que também deve nortear os processos de recuperação judicial*.”³⁵⁷

Outro parâmetro importante, portanto, parece dizer respeito à investigação sobre a existência efetiva de: (i) cláusula de confidencialidade no compromisso arbitral; e/ou (ii) de eventual disposição da câmara de arbitragem dispondo sobre o sigilo do procedimento.

Na hipótese em que as próprias partes tenham optado por não atribuir sigilo ao procedimento arbitral e o regulamento da Câmara de Arbitragem não estabeleça a confidencialidade, a discussão ganha menos relevância, até mesmo porque não haveria conflito com a regra da publicidade no procedimento recuperacional.

A discussão ganha outro aspecto quando se está diante de caso em que a confidencialidade tenha sido pactuada pelas partes ou seja definida no regulamento da Câmara de Arbitragem.

Nesse caso, parece-nos salutar avaliar os direitos de todas as partes envolvidas, tendo em vista que: (i) a divulgação do procedimento arbitral poderá causar prejuízos às partes que nele litigam; e (ii) a publicização integral da arbitragem é

355 VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem, Insolvência e o Dilema da Publicidade. Revista de Processo. Vol. 292/2019, p. 399-432. Junho 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

356 Processo nº 1069420-76.2017.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP, em que figuram como recuperandas Utc Engenharia S.A., Constran S.A. Construções e Comércio, Utc Investimentos S.A., Niterói Reparos Navais Ltda., Mape S.A. Construções e Comércio, Utc Desenvolvimento Imobiliário S.A., Norteoleum Exploração e Produção S.A., Patrimonial Volga S.A., Cobrazil S.A. e Cobrena Cia de Reparos Marítimos e Terrestres Ltda.

357 AI nº 2171477-33.2018.8.26.0000, 2ª Câm. Res. de Dir. Empr., Rel. Des. Araldo Telles, j. em 24.9.2019.

de interesse da coletividade de credores e/ou essencial para a avaliação da capacidade de soerguimento da empresa.

Afinal, o procedimento arbitral diz respeito não somente à devedora em recuperação judicial, mas também à sua contraparte, que pode ter fundamentos relevantes para se opor à divulgação ampla da arbitragem na recuperação e não pode ter seu direito ao sigilo desconsiderado.

A opção pela submissão do litígio à arbitragem, muitas vezes, se dá para que a matéria debatida no procedimento, ou mesmo a presença das partes no litígio, seja mantida em absoluto sigilo.

A mera revelação de que determinada sociedade figura como parte em procedimento arbitral pode ter o condão de causar prejuízos reputacionais, entre outros.

Como consequência, e de maneira a preservar os direitos de todos envolvidos, defendemos que seja franqueada, às partes na arbitragem, oportunidade para manifestar eventual oposição à divulgação de informações relativas ao procedimento.

Caso o fundamento apresentado pela contraparte seja procedente, pode ser recomendável que o Juízo recuperacional determine a revelação apenas parcial das informações.

A análise sobre os limites para revelação de informações relativas a arbitragens, caso sejam relevantes para a recuperação judicial, portanto, deverá ser feita caso a caso, avaliando todos os direitos envolvidos, e não apenas o interesse na apresentação de informações relativas a litígios que envolvem a empresa devedora.

Caso alguma informação seja relevante à coletividade de credores, mas seja sensível para a Recuperanda ou para a contraparte no procedimento arbitral, há, ainda, a possibilidade de condicionar o acesso às informações, pelos credores, à assinatura de acordos de confidencialidade (*Non Disclosure Agreements – NDA*).

Nestes NDA, pode-se prever que as informações não sejam utilizadas pela coletividade de credores para qualquer outra finalidade que não a formação da sua convicção quanto ao plano de recuperação judicial, nem revelada a quaisquer terceiros, sob pena de imposição de multa e/ou fixação de indenização pelos danos causados às partes do procedimento arbitral.

Esta solução parece atender ao interesse da coletividade de credores, ao mesmo tempo em que traz salvaguardas para as partes na arbitragem, limita o direito à utilização das informações e impõe eventuais penalidades em caso de uso indevido ou revelação a terceiros.

Especificamente sobre arbitragens iniciadas para resolver litígios no contexto do plano de recuperação judicial – caso a cláusula compromissória seja

entabulada no plano de recuperação homologado, é claro -, quer parecer que a maior publicidade pode ser recomendável.

Afinal, o resultado do procedimento arbitral, a depender da discussão travada, poderá implicar o reconhecimento sobre eventual descumprimento do plano de recuperação judicial.

A solução do procedimento, nesse sentido, poderá trazer consequências para além das partes que litigam na arbitragem – nos termos do art. 73, IV, da LRE, o descumprimento do plano de recuperação implica a convalidação da recuperação em falência.³⁵⁸

Nesta hipótese, portanto, julgamos que pode ser recomendável a divulgação de informações sobre arbitragens que digam respeito a conflitos relativos ao plano de recuperação judicial, cabendo ao Juízo recuperacional, no caso concreto e após ouvir todas as partes interessadas, fixar os limites dessa publicização.

5. CONCLUSÃO

Conforme delineado acima, os paradigmas que orientam os procedimentos arbitrais e concursais são bastantes distintos. No primeiro caso, prevalece o princípio da autonomia da vontade das partes e da confidencialidade.

No segundo, ao seu turno, preponderam princípios da publicidade, diante da importância, para a coletividade de credores, da ampla divulgação de informações relativas à viabilidade financeiro econômica das atividades da recuperanda.

A evolução da sociedade e do direito, que se encontram em constante transformação, revelam, no entanto, que ambos os procedimentos, muitas vezes, devem dialogar e se harmonizar.

A arbitragem pode ser um meio adequado para solução de conflitos no contexto de um plano de recuperação judicial. Um eventual direito constituído ou declarado por sentença arbitral, em caso de crise econômico-financeira da parte vencida, poderá ser reestruturado e adimplido nos termos do plano de recuperação judicial que venha a ser aprovado e homologado.

Com o diálogo entre os procedimentos arbitrais e a recuperação judicial, o sigilo que recai sobre os primeiros pode ser mitigado de modo a garantir o atingimento dos objetivos perseguidos na recuperação judicial, considerando a preservação da empresa, a tutela do crédito, a manutenção de valor nos ativos e a manutenção do *going concern value*.

³⁵⁸ “Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.”

A mitigação da confidencialidade dos procedimentos arbitrais no contexto de recuperações judiciais, todavia, não pode ser vista como um fim em si mesmo.

A publicidade para os procedimentos arbitrais deve ser deferida na proporção em que efetivamente atenda aos interesses da coletividade, sem impor às partes da arbitragem que divulguem eventuais informações sobre procedimentos confidenciais de maneira desnecessária e em seu prejuízo exclusivo.

Não se trata de uma análise simples e que pode ser determinada em abstrato ou aprioristicamente.

Os limites entre o sigilo do procedimento arbitral e a publicidade dos procedimentos concursais previstos na Lei de Recuperação de Empresas podem representar uma zona cinzenta, com fronteiras obscuras e que podem se modificar a depender dos interesses envolvidos, inclusive no tempo.

Defendemos, assim, que sejam definidos critérios objetivos, para avaliação pelo Juízo recuperacional, para decidir quais informações sobre os procedimentos arbitrais devem se revelar no procedimento concursal, sempre considerando os direitos e interesses de todos os envolvidos e as particularidades ínsitas a cada um destes procedimentos.

BIBLIOGRAFIA

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CEREZETTI, S. C. N., & MAFFIOLETTI. Transparência e divulgação de informações nos casos de recuperação judicial de empresas. In: GARCIA, Lupion Ricardo (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2017.

FICHTNER, José Antonio; DICKSTEIN, Marcelo. Arbitragem e recuperação judicial: interseções e controvérsias. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. III, p. 377-398.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. A Utilização da Arbitragem no Âmbito da Recuperação judicial e da Falência: análise à luz das alterações à Lei 11.101/2005, In: ABRÃO, Carlos Henrique; CANTO, Jorge Luiz Lopes do; LUCON, Paulo Henrique (Org.). Moderno Direito Concursal – Análise plural das leis nº 11.101/05 e nº 14.112/20, São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 259-278.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e insolvência. In: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo Rocha; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (Coords.). Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e outros temas: Homenagem a Nelson Eizirik, volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

JACKSON, Thomas H.; SCOTT, Robert E. On the Nature of Bankruptcy: An Essay of Bankruptcy Sharing and the Creditor's Bargain, 75 VA. L. REV. 155 (1989), disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/385, acesso em 7.5.2023.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial, *Revista de arbitragem e mediação*, v. 61, p. 141-164, abr./jun. 2019.

MONTEIRO, André Luis; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (Coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MOTA MACIEL, Renata. *A extensão da competência do juízo da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Litigation Finance e Special Situations: Financiamento de Litígios, Aquisição de Direitos Creditórios e Outras Operações*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 780, 22 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7170>. Acesso em: 6 mai. 2023.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da Tutela Antecipada. In: *Novo CPC, Doutrina Seleccionada*, v.4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório, JUNIOR, Fredie Didier (Coord.); MACÊDO, Lucas Bril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.), Salvador: Jurispodivm, 2016, pp. 159-184.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*, São Paulo: Almedina, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*, São Paulo: Almedina, 2023.

TOLEDO. Paulo F. Campos Salles de; CREPALDI-WOLF, Livia Maria de Souza. Arbitragem e Insolvência: Reflexões com Base nas Mudanças Introduzidas pela Lei 14.112/2020 In: BALBINO, Otávio de Paoli; BALBINO, Marcia de Paoli (Org.). *Lei de Falências e Recuperações Judiciais – Estudos sobre as alterações da Lei 11.101/05*. Quartier Latin: São Paulo, 2022, pp. 69-90.

TOLEDO. Paulo F. Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 20, jan./mar. 2009.

COOPERAÇÃO ENTRE CREDORES: ESTRATÉGIA PARA OTIMIZAR A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO NO AGRONEGÓCIO

PRISCILA ARONE COUTINHO³⁵⁹

1. INTRODUÇÃO

O agronegócio é um dos pilares da economia brasileira, mas também é um setor sujeito a diversos riscos e volatilidades.

Quando esses riscos se materializam, levando empresas à insolvência, a postura dos credores pode determinar o sucesso ou o fracasso da recuperação de crédito.

Este artigo explora como a cooperação entre credores, embasada na teoria do contrato entre credores, pode maximizar os resultados na recuperação de crédito, trazendo benefícios para todos os envolvidos.

2. DESAFIOS DA INSOLVÊNCIA NO AGRONEGÓCIO E A POSTURA INDIVIDUALISTA DOS CREDORES

O cenário de reestruturação e insolvência no agronegócio brasileiro apresenta desafios significativos para os credores, dadas as características sazonais, as variações climáticas, a sensibilidade a acontecimentos políticos internos e externos, e a complexa interação entre produtores, fornecedores, financiadores e demais agentes do setor.

Por exemplo, eventos climáticos adversos podem devastar safras, impactando diretamente a capacidade de pagamento dos produtores rurais.

Em muitos casos, a abordagem tradicional de cada credor atuando individualmente, tem mostrado resultados insatisfatórios, sendo que a cooperação entre credores, ainda pouco explorada, pode ser um meio eficaz de maximizar os resultados e potencializar as chances de recuperação de crédito.

³⁵⁹ Priscila Arone Coutinho é sócia do escritório Arone Coutinho Advocacia. LLM em Direito do Mercado Financeiro e Mercado de Capitais pelo Insper. MBA em Gestão Estratégica do Agronegócio pela FGV/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela FADISP e em Direito Empresarial pela PUC/SP. Extensão em Mercados de Capitais pela FGV/SP.

No contexto da insolvência no agronegócio, a recente legislação, embora tenha trazido avanços, ainda suscita insegurança jurídica, merecendo destaque as discussões quanto aos créditos sujeitos à recuperação judicial do produtor rural, bem como a controvérsia quanto à possibilidade de que produtos agropecuários sejam considerados bens de capital essenciais.

Diante destas e outras dificuldades, muito credores, visando assegurar prioridade de acesso, adotam a estratégia da constituição de garantias, especialmente fiduciárias, pretendendo a segregação de determinado ativo, em detrimento dos demais credores.

Ainda, é comum que os credores adotem uma postura não cooperativa, vendo os demais credores como concorrentes na busca por recuperar seus créditos. Essa abordagem individualista pode levar a um cenário de competição prejudicial para todos, resultando em uma recuperação ineficiente e menor retorno financeiro, especialmente quando não se considera adequadamente a valoração dos ativos da empresa devedora.

Assim, uma vez deflagrado o inadimplemento, inicia-se uma corrida, onde cada um dos credores, por si, busca a prioridade no recebimento de seus créditos, visando, notadamente, minimizar os efeitos negativos de uma possível recuperação judicial ou falência do devedor.

Entretanto, o processo executivo não pode ser simplificado apenas como uma relação bilateral entre o credor e o devedor, já que as relações empresariais são complexas, envolvendo, entre outros, empregados, fornecedores, parceiros e consumidores.

Logo, a consequência de iniciativas de ações executivas individualizadas, ainda que possa satisfazer determinados créditos, gera externalidades negativas, com impactos na própria manutenção das atividades da empresa devedora, empregabilidade ou mesmo o abarrotamento do judiciário.

Portanto, superar o comportamento não cooperativo é essencial para alcançar maior eficiência e rentabilidade no processo de recuperação de crédito, beneficiando tanto os credores quanto os devedores envolvidos na cadeia produtiva do agronegócio. A adoção dessa abordagem cooperativa pode reduzir os custos administrativos, evitar a duplicação de esforços e promover uma avaliação mais precisa e justa dos ativos do devedor. A cooperação entre credores pode trazer benefícios significativos para todos os envolvidos e contribuir para o desenvolvimento sustentável do setor, conforme veremos no presente artigo.

3. A TEORIA DO CONTRATO ENTRE CREDITORES: REVOLUÇÃO NA COMPREENSÃO DO DIREITO CONCURSAL

A teoria do contrato entre credores, também conhecida como “creditors bargain theory”, desenvolvida pelo jurista Thomas Jackson, em 1982, propõe que a legislação falimentar deva ser vista como o reflexo de um acordo implícito entre os credores.

A ideia central é que a legislação falimentar deve ser vista como um mecanismo coletivo para maximizar o retorno dos credores, prevenindo a destruição de valor que ocorreria em uma corrida desordenada por ativos de um devedor insolvente.

Os credores, se pudessem prever a insolvência de uma empresa, prefeririam um processo coletivo de recuperação de crédito a uma corrida individual por ativos, que pode levar à desintegração de uma empresa ainda viável. A “creditors bargain theory” parte da premissa de que, em um cenário de falência, os credores agiriam de maneira coletiva se pudessem negociar ex ante as condições de insolvência.

Tomas Jackson utiliza o conceito de “véu de ignorância” de John Rawls, no qual os credores negociam sem conhecimento de suas características específicas (se são credores garantidos ou não, fornecedores, etc.), promovendo uma solução mais justa e equilibrada para todos os envolvidos.

A base da teoria é a análise econômica do direito, a qual fornece elementos relevantes para compreendermos institutos jurídicos, especialmente os relacionados ao direito falimentar. E visa, primordialmente, atingir resultados eficientes.

Fundamenta-se, portanto, na premissa de que a cooperação e a abordagem coletiva na recuperação de créditos são mais benéficas para a maximização do valor dos ativos e a eficiência do processo de insolvência.³⁶⁰

Assim, a teoria se firma sob dois princípios fundamentais: a coletivização dos direitos dos credores e a maximização do valor coletivo.

Quanto à coletivização dos direitos dos credores, tem-se que sem a intervenção da lei de recuperação judicial e falências, credores individuais têm incentivos para agir em seu próprio interesse, mesmo que isso prejudique o valor coletivo dos ativos do devedor. A lei, portanto, substitui os direitos individuais de cobrança por um processo coletivo supervisionado por um tribunal, evitando a liquidação fragmentada dos ativos do devedor.

360 CAVALLI, Cassio. *A Teoria do Contrato entre Credores*. Ebook kindle, 2023. P. 25.

Vale citar o contraponto trazido por Rizwaan Jameel Mokal³⁶¹, que argumenta que, embora a coletivização seja essencial, a prática atual muitas vezes se desvia dos princípios teóricos, com credores preferindo arranjos contratuais específicos que lhes permitam evitar processos coletivos. Isso levanta questões sobre a eficácia e a necessidade contínua da lei de recuperação judicial e falência como um mecanismo obrigatório.

No que tange à maximização do valor coletivo, a instituição de um juízo universal visa preservar o valor dos ativos do devedor na totalidade, seja através da venda dos ativos como uma empresa em funcionamento ou da distribuição ordenada dos mesmos entre os credores.

Desta forma, em oposição à abordagem tradicional do processo de insolvência como um evento isolado, no qual os ativos da empresa são liquidados e distribuídos entre os credores segundo a classificação legal de seus créditos, a teoria do contrato entre credores enfatiza a importância de permitir que os credores negociem e modifiquem os termos dos contratos que instrumentalizaram a dívida para alcançar uma reestruturação que maximize o valor da empresa.

Logo, a teoria enfatiza a ineficiência e o desperdício de recursos quando cada credor tenta individualmente executar suas reivindicações. Tal corrida aos tribunais pode resultar na venda prematura e desfavorável dos ativos da empresa. Em contraste, um processo coletivo permite a preservação do valor dos ativos, seja por meio de uma liquidação ordenada ou da reorganização da empresa como um negócio em andamento.

Ainda, a cooperação entre credores reduz os custos administrativos e operacionais associados ao monitoramento individual do devedor. Um processo coletivo elimina a necessidade de múltiplas investigações e ações judiciais, tornando o procedimento mais econômico e eficiente.

Sem falar que um fórum coletivo proporciona vantagens informativas, garantindo que todos os credores estejam cientes da situação financeira do devedor e possam agir de maneira coordenada. Isso evita que credores menos informados percam a oportunidade de recuperar seus créditos devido à falta de informação ou atraso nas ações.

Vale esclarecer que os ativos de um devedor podem ser alocados de duas formas: individualizada ou conjunta. A venda conjunta de ativos em um processo coletivo pode atrair maior interesse dos compradores e gerar preços mais altos, maximizando o retorno financeiro para todos os credores envolvidos. Isso

361 MOKAL, Rizwaan Jameel. *Corporate Insolvency Law*. Oxford, 2005. P.200.

contrasta com a fragmentação dos ativos em vendas individuais, que geralmente resulta em valores menores.

Uma vez esclarecidas as eficiências sejam processuais, administrativas, informativas e até mesmo financeiras, vale explorarmos os aspectos jurídicos da teoria.

No que tange às prioridades e direitos dos credores, a teoria do contrato entre credores sugere que estes devem ser tratados conforme os termos acordados antes da insolvência. Isso implica em uma distribuição racional e ordenada dos ativos, evitando a vantagem injusta de alguns credores sobre outros.

No mais, a imposição de uma moratória automática em processos de recuperação judicial e falimentares reflete a tentativa de replicar os efeitos de uma negociação *ex ante* entre os credores, impedindo que ações individuais prejudiquem o valor coletivo dos ativos.

Contudo, há críticas à teoria, uma vez que a preocupação única com a eficiência, baseada, como vimos, na análise econômica do direito, ignora aspectos relacionados ao senso de justiça, limitação com a qual o direito precisa lidar. A meu ver, é necessário buscar o equilíbrio entre a eficiência e a justiça, sendo a cooperação um meio mais adequado do que as iniciativas individuais dos credores.

No contexto do direito bancário, a teoria do contrato entre credores tem implicações significativas para a gestão de insolvências e a estruturação de dívidas, onde a preservação do valor dos ativos é crucial para a estabilidade financeira.

Portanto, a teoria do contrato entre credores continua a ser uma pedra angular do direito falimentar, oferecendo uma estrutura teórica robusta para entender e administrar processos de insolvência. A aplicação prática desta teoria é essencial para garantir que as insolvências sejam geridas de maneira a maximizar o valor coletivo e evitar a destruição desnecessária de ativos. À medida que a prática e a teoria evoluem, a compreensão aprofundada dos princípios subjacentes à “creditors’ bargain theory” se torna cada vez mais relevante para enfrentar os desafios contemporâneos do direito bancário.

A aplicação desta teoria pode ser observada em vários aspectos, valendo citar as iniciativas de recuperação extrajudicial, venda coletiva de ativos e aprovação de plano alternativo de recuperação judicial apresentado pelos credores, as quais abordaremos no decorrer deste artigo.

4. APLICAÇÕES PRÁTICAS DA TEORIA DO CONTRATO ENTRE CREDITORES

Recuperação Extrajudicial

A recuperação extrajudicial está prevista nos artigos 161 a 167 da Lei 11.101/2005. Trata-se de um acordo de reestruturação de dívida realizado entre

o devedor e seus credores, fora do ambiente judicial, visando evitar a insolvência. O devedor propõe um plano de recuperação que, se aceito por credores que representem mais de 50% dos créditos de cada espécie, pode ser homologado judicialmente, conferindo segurança jurídica ao acordo.

No setor do agronegócio, empresas frequentemente enfrentam problemas financeiros devido a variações climáticas, políticas e econômicas. Instituições financeiras, como bancos e cooperativas de crédito, são frequentemente os principais credores. A recuperação extrajudicial permite que produtores rurais e empresas agroindustriais negociem diretamente com seus credores financeiros, reestruturando suas dívidas de maneira eficiente e rápida.

A teoria do contrato entre credores se aplica aqui ao incentivar uma abordagem coletiva e coordenada, na qual os credores trabalham juntos para reestruturar a dívida de uma maneira que maximize o valor total dos ativos do devedor. Ao invés de cada credor buscar sua própria satisfação individual, todos concordam com o plano coletivo, preservando o valor da empresa e evitando a liquidação.

Venda Conjunta de Ativos

Vimos que uma das principais vantagens da cooperação entre credores é a possibilidade de realizar a venda conjunta de ativos do devedor em dificuldades. Logo, em vez de vender os ativos de forma fragmentada, o que geralmente leva a preços menores e menos eficiência no processo, a venda conjunta pode alcançar maior interesse de compradores, potencializando os ganhos. Além disso, a venda conjunta reduz custos operacionais e jurídicos, aumentando a rentabilidade global do processo.

A venda conjunta de ativos é um mecanismo previsto na recuperação judicial e na falência. Conforme o artigo 60 da Lei 11.101/2005, durante a recuperação judicial, o devedor pode vender ativos isolados ou a unidade produtiva da empresa, com a aprovação dos credores e sob a supervisão do administrador judicial.

No agronegócio, a venda coletiva de ativos pode incluir a venda de maquinário agrícola, terras, e instalações como uma unidade produtiva. Bancos e outras instituições financeiras, como credores, têm interesse em maximizar o valor de recuperação das suas garantias. A venda coletiva permite a preservação do valor dos ativos, atraindo compradores que podem continuar a operação, em vez de uma liquidação fragmentada que resultaria em menores valores de venda.

Aprovação de Plano Alternativo de Recuperação Judicial Apresentado pelos Credores

A Lei 11.101/2005 permite a apresentação de um plano de recuperação judicial alternativo pelos credores, conforme previsto no artigo 56, §4º, nas se-

guintes hipóteses: (i) rejeição do plano proposto pelo devedor; (ii) inércia do devedor em apresentar um plano de recuperação.

O prazo legal para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor é de 60 dias a contar da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, conforme o artigo 53 da Lei 11.101/2005. Caso o devedor não apresente o plano dentro deste prazo, os credores podem deliberar sobre a possibilidade de apresentar um plano alternativo.

Além disso, após a rejeição do plano de recuperação judicial do devedor em assembleia, os credores têm um prazo de 30 dias para a apresentação de um plano alternativo.

Contudo, a apresentação de um plano alternativo pelos credores enfrenta várias dificuldades práticas. Uma das principais dificuldades é a coordenação entre os diversos credores, que podem ter interesses e prioridades divergentes. Alinhar esses interesses para formular um plano alternativo que seja aceito por todos pode ser um desafio significativo.

Além disso, os credores podem enfrentar impasses em obter informações detalhadas e precisas sobre a situação financeira do devedor, o que é essencial para a elaboração de um plano de recuperação viável. A falta de transparência e a assimetria de informações podem complicar o processo.

Ademais, elaborar um plano de recuperação judicial é um processo complexo que requer conhecimentos jurídicos e administrativos específicos. Os credores podem não ter os recursos ou o domínio necessários para formular um plano detalhado e bem-estruturado.

Sem falar que credores de diferentes categorias (por exemplo, credores trabalhistas, credores com garantia real, credores quirografários) podem ter interesses conflitantes, dificultando a criação de um plano que seja justo e equilibrado para todas as partes.

Mesmo que os credores consigam formular e aprovar um plano alternativo, com todos os desafios e dentro do curto prazo de 30 dias, ainda é necessário que o plano seja submetido à aprovação judicial. O juiz analisará se o plano atende aos requisitos legais e se é viável, o que pode adicionar uma camada adicional de complexidade e incerteza ao processo.

Na prática, o plano alternativo pode propor a reestruturação da dívida com prazos mais longos, taxas de juros reduzidas e a venda de ativos não essenciais para gerar liquidez. O plano também deve incluir medidas para melhorar a eficiência operacional da empresa e estratégias para aumentar a receita.

Portanto, a apresentação de um plano de recuperação judicial alternativo pelos credores é uma ferramenta importante para garantir a viabilidade de empre-

sas em dificuldades financeiras. Apesar das dificuldades práticas, como a coordenação entre credores e a obtenção de informações precisas, esta abordagem pode resultar em soluções mais eficazes e justas para todos os envolvidos. No contexto do agronegócio e do direito bancário, a cooperação entre credores é essencial para maximizar o valor dos ativos e promover a sustentabilidade do setor.

Consolidação Processual e Substantiva de Grupos Econômicos

A consolidação processual e substantiva permite tratar múltiplas empresas de um mesmo grupo econômico como um único devedor em processos de recuperação judicial ou falência. Essa abordagem visa maximizar o valor dos ativos consolidados e facilitar a negociação e reestruturação das dívidas.

A consolidação processual é um mecanismo legal em que duas ou mais empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico optam por litigar conjuntamente em um processo de recuperação judicial, mantendo, contudo, a sua autonomia processual e patrimonial. Este instituto é regido pelo artigo 69-G da Lei 11.101/2005, conforme modificado pela Lei 14.112/2020.

Dentre as características fundamentais da consolidação processual vale citar: (i) cada empresa mantém sua independência patrimonial e processual, devendo cumprir separadamente os requisitos estipulados pela lei; (ii) as empresas podem apresentar planos de recuperação autônomos ou um plano único subdividido, com deliberação independente pelos credores de cada empresa; (iii) o foro competente é o do principal estabelecimento de uma das empresas, conforme estabelecido para todo o grupo.

Já a consolidação substancial implica a unificação dos ativos e passivos de todas as empresas de um grupo econômico em um único processo de recuperação judicial. Este tipo de consolidação é autorizado pelo juiz quando há uma confusão patrimonial entre as empresas, possibilitando a separação dos ativos e passivos de cada uma. A consolidação substancial está prevista no artigo 69-J da Lei 11.101/2005.

As características fundamentais da consolidação substancial incluem: (i) confusão patrimonial, já que os ativos e passivos das empresas estão tão entrelaçados que não podem ser tratados separadamente; (ii) as empresas apresentam um único plano de recuperação judicial, e os credores votam em conjunto sobre este plano; (iii) o foro competente é o do principal estabelecimento do grupo econômico consolidado.

A aplicação da consolidação processual e substancial oferece várias vantagens aos credores, dentre elas, permite-se que atos processuais sejam coordenados, reduzindo os custos administrativos e operacionais associados a múltiplos processos judiciais.

Ainda, a consolidação substancial proporciona uma visão clara e unificada da situação financeira do grupo econômico, permitindo uma recuperação mais eficiente e coordenada.

Em ambos os tipos de consolidação, a venda conjunta de ativos pode atrair maior interesse de compradores, resultando em preços mais altos e maior recuperação financeira para os credores. A abordagem coletiva ajuda a preservar as operações do grupo econômico, mantendo empregos e contratos, o que é especialmente crucial no setor do agronegócio.

Grupos econômicos no agronegócio frequentemente possuem várias empresas atuando em diferentes etapas da cadeia produtiva. A consolidação processual e substantiva permite tratar o grupo na totalidade maximizando o valor dos ativos consolidados e facilitando a negociação com os credores financeiros, como bancos, que têm interesse em preservar a viabilidade do grupo, podendo aumentar as chances de recuperação dos seus créditos.

Nota-se, portanto, que a teoria do contrato entre credores fundamenta a consolidação processual e substancial ao promover a cooperação entre credores para maximizar o valor coletivo dos ativos e evitar a corrida desordenada por recursos de devedores insolventes.

Utilização de Administrador Judicial como Mediador

O administrador judicial, conforme os artigos 21 a 35 da Lei 11.101/2005, é responsável por supervisionar o processo de recuperação judicial ou falência, agindo como um mediador neutro entre o devedor e os credores. Sua função é garantir a transparência, facilitar a comunicação e negociação, e alinhar os interesses das partes envolvidas.

No agronegócio, onde as operações são complexas e envolvem múltiplos stakeholders, o administrador judicial pode atuar como mediador, facilitando a negociação de planos de recuperação que sejam viáveis e aceitos por todas as partes. Instituições financeiras, como principais credores, beneficiam-se de um processo transparente e coordenado, que maximiza as chances de recuperação dos seus créditos.

Assim, o administrador judicial pode organizar reuniões periódicas entre o devedor e os credores, incluindo bancos e cooperativas de crédito. Como mediador, o administrador facilita a elaboração e aprovação de um plano de recuperação que inclui a reestruturação das dívidas e a implementação de novas estratégias operacionais, resultando em uma recuperação mais eficaz e alinhada aos interesses de todas as partes.

CONCLUSÃO

A cooperação entre credores, baseada na teoria do contrato entre credores, emerge como um pilar fundamental na recuperação de crédito no setor do agronegócio.

O agronegócio brasileiro, crucial para a economia nacional, enfrenta uma série de desafios inerentes à sua natureza volátil e sazonal.

A abordagem individualista tradicional dos credores, frequentemente marcada por competições prejudiciais, revela-se inadequada diante das complexidades e interdependências características deste setor.

Portanto, a promoção de uma abordagem coletiva é essencial para maximizar a eficiência e os resultados do processo de recuperação de crédito.

Para enfrentar esses desafios, é essencial que os credores do agronegócio articulem suas ações de maneira colaborativa. A adoção de práticas como a recuperação extrajudicial, a venda conjunta de ativos, a apresentação de planos alternativos de recuperação judicial, e a consolidação processual e substancial de grupos econômicos, bem como a utilização eficaz de administradores judiciais como mediadores, são fundamentais para promover uma recuperação eficiente e sustentável das empresas em dificuldades.

Portanto, conclamamos os credores do setor do agronegócio a adotarem uma postura colaborativa, abandonando a competição prejudicial em favor de uma abordagem coordenada e estratégica.

A cooperação entre credores não apenas maximiza o valor dos ativos e facilita a recuperação das empresas devedoras, mas também contribui para a estabilidade e o desenvolvimento sustentável do setor. Agir de forma colaborativa é crucial para enfrentar os desafios contemporâneos e assegurar um ambiente econômico mais resiliente e próspero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALLI, Cassio. *A Teoria do Contrato entre Credores*. Ebook kindle, 2023.
MOKAL, Rizwaan Jameel. *Corporate Insolvency Law*. Oxford, 2005.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IPVA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

LAURA MUNIZ BARRETO DE ARAÚJO³⁶²

ROBERTA BRUNHETI SERRANO³⁶³

INTRODUÇÃO

No contexto das discussões que envolvem a incidência do IPVA, identifica-se uma enorme dificuldade por parte da jurisprudência na definição de critérios seguros para delimitação do que seja “propriedade fiduciária”.

A situação é problemática, pois passou a ser de extrema importância, não apenas pela crescente necessidade de incrementação da arrecadação tributária dos Estados e Distrito Federal, mas também pela liberdade que os contribuintes possuem de estruturar seus negócios, trazendo à tona, principalmente dúvidas quanto à sujeição passiva do imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

A consequência é a insegurança jurídica com o aumento da judicialização sobre o tema, prejuízo econômico aos contribuintes e ineficiência da política arrecadatória.

Considerando esse drástico cenário, o presente artigo terá como objetivo contribuir para o estudo da incidência do IPVA nos contratos de alienação fiduciária, a fim de avaliar sobre a (im)possibilidade de os Estados e Distrito Federal exigirem das Instituições Financeiras o tributo estadual incidente sobre a propriedade fiduciária, e como a jurisprudência do STF se posiciona com relação à presente discussão jurídica.

362 Advogada Tributarista do Banco Safra S/A. Mestre e Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel pela Universidade FUMEC-MG. Endereço eletrônico: laurambaraujo@gmail.com.

363 Advogada Tributarista do Banco Safra S/A. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Tributários. Bacharel pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Endereço eletrônico: robertaserrano95@gmail.com

A MATERIALIDADE DO IPVA E A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE

A Constituição Federal ao delimitar a competência dos Estados e do Distrito Federal traçou, no art. 155, inciso III³⁶⁴, um modelo dentro do qual o legislador ordinário federal poderia agir para instituir o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, exigindo-lhe daquele que exerce a propriedade deste tipo de bem, o pagamento do imposto para o Estado ou Distrito Federal em que se der o exercício desta propriedade.

Nesse contexto, caberia à lei complementar federal, nos termos do art. 146, inciso III da CF/88³⁶⁵ definir a base de cálculo, os contribuintes, e os responsáveis tributários do IPVA. Mas, mencionada lei complementar nunca foi editada pela União, razão pela qual os Estados e o Distrito Federal passaram a exercer uma competência legislativa plena, outorgada pelo art. 24, §3º da CF/88³⁶⁶, regulamentando a tributação sobre a propriedade de veículos.

Somado a isso, o art. 34, §3º do Ato das Disposições Constitucionais transitórias também assegurou aos Estados, Distrito Federal e Municípios a edição das leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional.

E por essas razões, não há no ordenamento jurídico tributário nenhum óbice à edição, pelos Estados e Distrito Federal, de leis necessárias para cobrança do IPVA. Contudo, a obediência aos princípios constitucionais atinentes à matéria e aos limites estabelecidos pelo Código Tributário Nacional jamais poderão ser esquecidos pelos entes federativos, sob pena da norma jurídica estadual ser declarada inconstitucional e ilegal.

Um destes limites é a disposição prevista no art. 110 do Código Tributário Nacional, o qual prescreve a inalterabilidade dos institutos de direito privado empregados na demarcação da competência tributária. A inalterabilidade dos institutos garante a unidade e a hierarquia do sistema jurídico, não sendo permitido aos Estados ignorar tais conceitos legais já definidos em outras normas com o objetivo de aumentar o escopo da norma tributária. Logo, a definição fixada pelo direito privado a determinado conceito veda o legislador ordinário ultrapassá-la para ampliar uma competência tributária, pois o conceito adotado no direito privado deve conservar seu sentido originário, não podendo ser modificado pela legislação tributária infraconstitucional.

364 Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: III - propriedade de veículos automotores.

365 Art. 146 - Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (...).

366 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

No caso, a Constituição Federal determinou para o IPVA, que a competência dos Estados é de instituir o imposto sobre a propriedade de veículos. O art. 155, inciso III da Constituição Federal ao adotar a expressão “propriedade” fez menção, portanto, ao instituto utilizado pelo direito privado, cujas faculdades estão previstas no art. 1.228 do Código Civil³⁶⁷: usar, gozar, dispor e o direito de reaver a coisa.

A propriedade plena, como é conhecida, é a regra geral, que se presume exclusiva, nos termos do art. 1.231 do Código Civil, sendo inerente para o seu exercício o direito ao uso, ao gozo e à disposição da coisa havida³⁶⁸.

Outra opção na escolha do fato gerador do IPVA não poderia ser estabelecida pelo legislador ordinário até mesmo em razão de ser a propriedade um meio que dela se revela a capacidade contributiva, fazendo aquele o uso e o gozo a presunção das condições financeiras para recolhimento do IPVA.

Assim, a propriedade plena como fato gerador do IPVA impede que o legislador infraconstitucional estadual venha alterá-la com o fim de alargar a competência outorgada pela Constituição Federal. A adoção do conceito de propriedade plena exclui, desta forma, expressamente, outras formas de propriedades tidas por precárias, como é o caso da propriedade fiduciária, haja vista que esta não representa uma propriedade plena, mas sim, uma garantia real.

O art. 1.361 do Código Civil³⁶⁹ define a propriedade fiduciária como aquela decorrente de um contrato celebrado entre o devedor e o credor fiduciário, por meio do qual é transferida provisoriamente ao credor o domínio do bem, permanecendo o bem sob a posse do devedor.

A alienação fiduciária foi criada com a finalidade de garantir um contrato de financiamento, e para tanto, o credor fiduciário (instituições financeiras) registra gravame em garantia como forma de diminuir os riscos de inadimplência, permitindo, até mesmo, uma margem de negociação quanto à fixação da taxa de juros para o contrato.

A coisa dada em garantia serve somente para assegurar a satisfação do crédito, conservando o devedor a posse direta. O credor fiduciário detém apenas o direito de garantia real, que implica na legitimidade de tomar medidas necessárias para assegurar a integridade do bem (i.e., ação de busca e apreensão da

367 Art. 1.228 do Código Civil: Art. 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

368 Art. 1.231 do Código Civil: Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

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

coisa). Tanto é assim que a alienação da propriedade somente tem lugar com o inadimplemento da dívida.

Além disso, por determinação de normas contábeis e do Banco Central do Brasil (BACEN nº 1.273/87), as instituições financeiras devem registrar o crédito referente ao financiamento em seus ativos, e a garantia fiduciária em conta de compensação (conta extrapatrimonial), que tem por função apenas controlar, sem alterar o patrimônio da entidade credora.

Tornando o devedor inadimplente ao contrato, o credor passa a exercer uma propriedade precária e temporária, pois a legislação também estabelece ao credor fiduciário a obrigatoriedade da venda veículo retomado para terceiros, a fim de que o resultado da venda seja destinado à quitação da dívida.

Ocorre que algumas legislações estaduais³⁷⁰ foram além do núcleo material da hipótese de incidência tributária fixada pelo texto constitucional ao considerar como fato gerador outra propriedade que não aquela plena descrita no art. 1.228 do Código Civil, imputando aos credores fiduciários a sujeição passiva, sob o fundamento de que a “propriedade fiduciária” poderia ser equiparada a uma propriedade plena, modificando, com isso, o critério material do IPVA por meio da edição de uma lei estadual.

Aquele que detém o uso e o gozo sobre bem móvel alienado fiduciariamente é o devedor fiduciante, permanecendo ao credor fiduciário a detenção de uma garantia real, ou seja, o domínio da coisa, não podendo, de forma alguma, o credor fiduciário ser considerado um proprietário pleno, nos termos do art. 1.228 do Código Civil.

Na propriedade fiduciária o proprietário é o devedor fiduciante, já que ao credor fiduciário é atribuído apenas o domínio para que seja possível dar início ao processo de satisfação do crédito, caso o devedor se torne inadimplente, e não honre com as obrigações contratuais. Tanto é assim, que o art. 1.367 do Código Civil determina que a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis (ou imóveis) não se equipara à propriedade plena de que trata o art. 1.231 do Código Civil.

Fica claro, portanto, que nas operações de crédito para aquisição de um automóvel, não é possível imputar ao credor fiduciário qualquer condição de proprietário, pois o conceito de propriedade fiduciária não poderá ser igualado ao conceito de propriedade plena, sob pena de afrontar diretamente o texto constitucional (art. 155, III).

370 Distrito Federal, dos Estados do Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

DO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL PLENO DO STF NO TEMA 685 DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 727.851/MG) E O IMPACTO NO SURGIMENTO DE NOVO CONFLITOS

A alteração do critério material da regra matriz de incidência tributária do IPVA, promovida pelas legislações estaduais, especificamente para aqueles veículos adquiridos mediante contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Tema 685 (RE 727.851/MG), que definiu na sistemática da repercussão geral, o seguinte raciocínio.

Naquela oportunidade, o Município de Juiz de Fora/MG ajuizou uma ação declaratória contra o Estado de Minas Gerais com o objetivo de que fosse reconhecida a imunidade tributária (art. 150, VI, 'a' da CF/88) para abranger o IPVA, pois embora figurasse na condição de proprietário dos veículos adquiridos mediante alienação fiduciária, em vista o disposto no art. 4º e 5º, inciso I da Lei nº 14.937/2003, haveria norma constitucional que impediria a exigência de imposto sobre seu patrimônio.

Após o E. STF reconhecer que a questão tinha repercussão geral, foi enfrentado no julgamento do RE 727.851/MG o conceito de propriedade adotado pela Constituição Federal para que fosse, ao final, possível identificar o contribuinte do IPVA no instituto da alienação fiduciária.

Ao proferir solução para o caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicabilidade da imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, 'a' da CF/88, firmando a seguinte tese: “Não incide IPVA sobre veículo automotor adquirido, mediante alienação fiduciária, por pessoa jurídica de direito público”.

Embora a controvérsia do RE 727.851/MG tenha recaído sobre pessoa jurídica de direito público, as diretrizes jurisprudenciais lá firmadas asseguraram que a incidência do IPVA foi projetada sobre a posse direta, e por essa razão, foi afastado o ônus do imposto ao credor fiduciário, mero detentor de uma propriedade precária, que expressa um domínio imperfeito.

Após estabelecer a premissa de que o critério material do IPVA é o exercício da propriedade plena, o STF reconheceu que a sujeição passiva é do sujeito que detém a posse direta – no caso da alienação fiduciária, o devedor fiduciante, e sendo assim, reconheceu a imunidade da operação quando o devedor fiduciante é pessoa jurídica de direito público.

Portanto, o único motivo pelo qual o IPVA não foi exigido do devedor fiduciante, no caso concreto analisado pela Suprema Corte no Tema 685 residiu no fato deste ser um ente público. Todavia, a questão da imunidade foi tratada como matéria consequente à tese principal, pois foi definido o conceito de pro-

priedade para fins de exigência do IPVA, incluindo a situação em que o veículo é financiado com cláusula de alienação fiduciária.

Houve preocupação da Corte Suprema em pontuar que, caso se sustentasse o acolhimento quanto à legitimidade passiva das instituições credoras em figurar no polo passivo da obrigação tributária do IPVA, então, haveria que se definir, igualmente, que todos os veículos alienados fiduciariamente deveriam ser licenciados no Município de domicílio do credor (art. 120 e 130 do Código de Trânsito Brasileiro), ferindo, assim, a autonomia dos entes federados, eis que o repasse dos valores aos Municípios (art. 158, III da CF/88), em que sediados os devedores fiduciários, seriam interrompidos, restando centralizada a arrecadação aos grandes polos comerciais deste país, fomentando o desigual desenvolvimento econômico brasileiro.

Em suma, a pessoa jurídica de direito público – que no caso dos autos detinha a posse direta do veículo – fatalmente seria a contribuinte pelo IPVA não fosse única e exclusivamente a regra constitucional que veda a cobrança de impostos entre os entes da Federação.

A *ratio decidendi* da solução dada ao Tema 685 considerou os seguintes pontos: (i) que proprietário de veículo automotor, conforme o art. 155, III da CF/88 é aquele que detém a posse direta do bem; (ii) logo, nos casos de alienação fiduciária, o contribuinte somente poderá ser o devedor fiduciante; (iii) o credor fiduciário não poderá ser o contribuinte, pois este detém meramente a posse precária do bem; (iv) sendo inconstitucional a legislação estadual que exige o IPVA do credor fiduciário.

Assim, analisando o julgamento do Tema 685 verifica-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou o conceito de propriedade plena como determinante para a fixação da sujeição passiva do IPVA. Com efeito, a posição da Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral tinha como objetivo interromper o cenário de insegurança jurídica aos jurisdicionados e garantir a correta interpretação dos dispositivos e sua aplicação aos casos em concreto, evitando aos credores fiduciários. Mas, como se verá no próximo tópico, em razão da resistência dos Tribunais Estaduais em aplicar o posicionamento do E. STF, a discussão não foi superada.

DA EXPECTATIVA A RESPEITO DO JULGAMENTO DO TEMA 1.153 DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 1.355.870)

Não obstante o Supremo Tribunal Federal ter se pronunciado sobre a tese, quando do julgado do RE 727.851/MG, decidindo controvérsia muito mais abrangente do que a sujeição passiva do credor fiduciário para figurar em execu-

ção fiscal de cobrança, as Instituições Financeiras tiveram suas expectativas frustradas ao ver que em seus processos não foi aplicada a solução dada ao Tema 685.

Absurdo, inclusive, é aceitar a alegação de que o Tema 685 não abrangeria os casos em que o devedor fiduciante fosse pessoa privada, uma vez que a FEBRABAN foi admitida como *amicus curiae*, tendo sido ordenado a suspensão de todos os processos em curso, até que o recurso extraordinário tivesse sua matéria examinada pela Suprema Corte, cujo tema de fundo abarcaria outras discussões sobre os elementos da relação jurídica-tributária do IPVA.

Mas, em julho de 2022, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional a respeito da legitimidade passiva do credor fiduciário para o recolhimento do IPVA incidente sobre veículo objeto de alienação fiduciária.

Os contribuintes aguardam com muita expectativa o pronunciamento do STF sobre a controvérsia, cujo contexto é de grave insegurança jurídica. Espera-se que nesta oportunidade, a Corte Suprema aprofunde a análise sobre a possibilidade de uma lei estadual estabelecer como contribuinte do IPVA o credor fiduciário.

Inclusive, considerar o credor fiduciário como contribuinte do IPVA é afrontar o pacto federativo e à autonomia financeira dos municípios, uma vez que estará um Estado exigindo imposto de titularidade de outro ente da federação. Vale lembrar que por conta da determinação constitucional de repartição das receitas auferidas pelos Estados com IPVA, 50% (cinquenta por cento) deverá ser destinado aos Municípios que integram os seus respectivos territórios.

Em completa inobservância aos ditames de nossa carta cidadã, eis que não se pode tornar concebível a flexibilização do critério pessoal, espacial e material da regra matriz de incidência tributária, transferindo a arrecadação para outro Estado onde o veículo não está devidamente licenciado, ou no qual domiciliado o proprietário.

Esta prática valida normas inferiores em completa desconexão com as normas superiores constitucionais, isto porque, nosso sistema constitucional é rígido e em nossa carta magna já houve o estabelecimento das premissas a serem observadas no que se refere ao IPVA, sendo que sua inobservância fomenta sua violação.³⁷¹

Consequentemente, o estímulo à flexibilização da Constituição Federal acirra ainda mais a guerra fiscal, impactando fortemente na arrecadação daqueles

371 ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica, 3ªEd. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 583.

Municípios menos favorecidos, uma vez que situados em Estados com menor número de veículos licenciados.

Inobstante referidas ponderações, é medida urgente e esperada que o Tribunal Pleno aplique as premissas formados do julgado do Tema 685, de modo a salvaguardar o regular desenvolvimento dos diversos municípios deste país, beneficiados pelos repasses sobreditos, em atenção aos princípios formadores de nossa federação, bem como, alinhar-se aos preceitos basilares a garantirem nossa segurança jurídica.

CONCLUSÃO

No presente artigo, foi analisado que se a Constituição Federal outorgou a competência tributária para os Estados e Distrito Federal exigirem o IPVA sobre a propriedade do veículo automotor considerou como critério material da hipótese de incidência o exercício da propriedade plena.

Ocorre que há algumas legislações estaduais, fixam o credor fiduciário como contribuinte do IPVA, e ao agir desta forma, violam o conceito constitucional de propriedade, afrontando de modo direto art. 155, inciso III.

Como visto, o credor fiduciário não poderá ser enquadrado como sujeito passivo da obrigação tributária pelas leis estaduais, sob pena de afrontar os limites da repartição constitucional da competência relativa ao IPVA.

Ainda, é notório que a propriedade plena não é exercida pelo credor fiduciário, já que não pode usar, gozar ou reaver o bem a seu exclusivo critério. Tanto é assim, que a Lei nº 13.043/2014 incluiu o art. 1.368-B, parágrafo único no Código Civil, objetivando afastar a exigência de imposto vinculado à propriedade resolúvel vinculada à alienação fiduciária, ao impor expressamente que somente com a assunção da propriedade plena do bem, com a realização da garantia, o credor passará a responder pelos tributos que recaem sobre a propriedade.

Como visto, a propriedade plena, conceituada pelo art. 1.228 do Código Civil, não é exercida pelo credor fiduciário, uma vez que a instituição financeira não é detentora do bem.

Ocorrendo a inadimplência pelo devedor fiduciante, a finalidade da garantia se perde, passando para o credor fiduciário, de maneira temporária, a propriedade, pois por determinação do Banco Central do Brasil, não sendo possível reconhecer na contabilidade das instituições financeiras uma propriedade precária, constituída com o fim de uma garantia, nem mesmo a despesa de depreciação dos bens financiados.

Apesar do STF ter se pronunciado sobre a tese no Tema 685 ao definir o conceito constitucional de propriedade para a identificação do contribuinte do

IPVA, os Tribunais Estaduais, STJ e o próprio STF resistem em aplicar o entendimento de que o contribuinte é aquele que tem a posse direta do veículo, para aqueles casos em que o devedor fiduciante é um particular.

Mas, finalmente, têm-se que não há razão para não se aplicar ao Tema nº 1.153 o mesmo conceito constitucional de propriedade adotado no Tema nº 685, existindo grande expectativa dos contribuintes de se estabilizar jurisprudência congruente com o texto constitucional, e que prestigie e garanta ao particular a confiança perante o Poder Judiciário.

***DIP FINANCING* E A CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA: EXTENSÃO DAS GARANTIAS FIDUCIÁRIAS**

JÚLIA MOLNAR TERENNA³⁷²

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101/05, alterada pela Lei nº 14.112/20, passou a prever na Seção IV-A a possibilidade de outorga de financiamento ao devedor em recuperação judicial, garantido pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, ao que se deu o nome de “financiamento DIP” ou “*DIP Financing*”.

O *DIP Financing* segue a lógica do direito estadunidense, esculpida no *Section 364* do *U.S. Bankruptcy Act*, ao reproduzir a regra do *debtor-in-possession*, pela qual ao devedor é assegurada a prática dos negócios jurídicos necessários para o desenvolvimento da sociedade, sem que o acionista/sócio tenha receio de perder o controle sobre a empresa.

Trata-se, a toda evidência, de “*ponte necessária entre o momento em que a empresa ingressa com seu pedido de recuperação, quando seu acesso a crédito é altamente restringido, e aquele em que será capaz de negociar e aprovar com seus credores um plano de reorganização*”³⁷³. O *DIP Financing* assegura, portanto, a concessão de *new money* ao devedor, por instituições financeiras ou investidores, a fim de possibilitar sua reestruturação.

Sua relevância para o processo de recuperação judicial é inegável. Nas palavras do Ministro Raul Araújo, do Superior Tribunal de Justiça: “*O financiamento da sociedade em recuperação judicial é tão vital para o sucesso do fortalecimento da atividade produtiva que a Lei 14.112/2020, ao modificar a Lei 11.101/2005, concebeu modalidades específicas de financiamento dos recuperandos, introduzindo no Direito Pátrio os institutos do ‘Dip (debtor-in-possession) Finance’ e do ‘Credor Parceiro’*”³⁷⁴.

372 Pós-Graduada em Falências e Recuperação de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduada em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada atuante na área de Insolvência e Contencioso Cível Estratégico.

373 MUNHOZ, Eduardo apud in SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Almedina, 2016, p. 299-300.

374 STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.828.248/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, j. em 05/08/2021.

Não obstante a novidade legislativa, o tema não é novo no direito brasileiro. Um dos primeiros casos de financiamento DIP ocorreu no âmbito da recuperação judicial do Grupo Infinity Bio-Energy³⁷⁵, cujo Plano de Recuperação Judicial, homologado por decisão de 22/12/2009, previa a concessão de linhas de crédito no valor de R\$ 20.000.000,00 e senioridade no recebimento de seus créditos. O Plano de Recuperação Judicial previa, ainda, que tais linhas de crédito seriam garantidas pela alienação fiduciária de bens da Usina Naviraí S.A. – Açúcar e Alcool. O financiamento, nessas condições, teve a adesão pelo Banco Bradesco S.A. e pelo Banco Santander (Brasil) S.A..

Sob a égide da Lei nº 14.112/20, o financiamento DIP tornou-se, enfim, regulado no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo maior segurança e previsibilidade aos investidores e às próprias sociedades empresárias e empresários em recuperação judicial. Contudo, em que pesem as melhores intenções do legislador, fato é que a referida Seção IV-A da Lei nº 11.101/05 traz em seu bojo lacunas importantes, que deverão ser objeto de análise dos Tribunais nacionais.

O presente artigo almeja tratar sobre uma dessas lacunas, esculpida no parágrafo único do art. 69-D, da Lei nº 11.101/05, a respeito da extensão das garantias outorgadas no âmbito do DIP *Financing*, na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência, e potenciais soluções para a questão, na medida em que ainda não há consolidação jurisprudencial sobre o tema. É o que se verá a seguir.

2. AS GARANTIAS OUTORGADAS EM DIP FINANCING, NA HIPÓTESE DE FALÊNCIA

Como mencionado, a aplicação do financiamento DIP, na forma do art. 69-A, da Lei nº 11.101/05³⁷⁶, pressupõe a concessão de crédito ao recuperando, com oneração ou alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, condicionada à autorização expressa do juízo da recuperação judicial.

Não se pode perder de vista, contudo, que mesmo após a concessão do *new money*, a tentativa de recuperação pode ser frustrada, com convalidação em falência do recuperando. A fim de evitar maior risco de crédito às instituições bancárias e

375 Composto por Alcana Destilaria de Alcool de Nanuque S/A, Infinity Bio-energy Brasil Participações S/A, Disa Destilaria Itaúnas S/A, Infinsa - Infinity Itaúnas Agrícolas S/A, Cridasa - Cristal Destilaria Autônoma de Alcool S/A, Central Energética Paraíso S/A, Usina Naviraí S/A - Açúcar e Alcool, Infinity Agrícola S/A, Ibirálcool Destilaria de Alcool Ibirapuá Ltda, Infinity Indústria do Espírito Santo S/A, Infinity - Disa Participações Ltda, posteriormente convalidada em falência, em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais (processo nº 0151873-29.2009.8.26.0100)

376 Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos.

financeiras, a alteração da Lei nº 11.101/05 passou a estabelecer em seu art. 69-B, corroborado pelo art. 84, I-B, a extraconcursalidade do crédito e preferência no recebimento no processo falimentar, quando já tiver ocorrido o desembolso dos recursos, ainda que no caso de reversão da decisão em sede recursal³⁷⁷.

Os dispositivos não abrem margem para dúvida, quando o financiamento tiver sido cumprido pelo investidor. O mesmo não ocorre, porém, para o caso de financiamento em tranches.

Nessa hipótese, na eventualidade de convalidação em falência antes da transferência integral dos recursos ao devedor, a legislação prevê a rescisão automática do contrato de financiamento, de sorte que o parágrafo único do art. 69-D, da Lei nº 11.101/05 prevê que “[a]s garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que convolar a recuperação judicial em falência”.

Em exercício prático³⁷⁸:

“O que a norma do art. 69-D quis estabelecer, tecnicamente apurada, é o seguinte: em caso de convalidação da recuperação judicial em falência, o financiador fica liberado de entregar as parcelas ainda em aberto do financiamento e, para fins de classificação como extraconcursal ou na classe da garantia real, será considerado o valor do seu crédito pelas parcelas entregues proporcionalmente ao total dos recursos mutuados.

Por exemplo: contratou-se o financiamento de \$ 160 em duas tranches de \$ 80. A garantia consistiu numa hipoteca em imóvel avaliado por \$ 220. Ocorreu a convalidação da recuperação judicial em falência, depois da primeira, mas antes da segunda tranche. O crédito do financiador habilitado na falência será de \$ 80, na classe dos credores com garantia real. Vendido o bem hipotecado, apurou-se \$ 120. Desse produto da alienação, será destinado \$ 60 ao financiador, reclassificando-se os \$20 restantes como quirografário. Isso, porque o art. 69-D determina, acertadamente, a proporcionalização. Como o financiador havia entregue 50% do valor total financiado, apenas 50% do valor apurado com a venda do imóvel hipotecado corresponde à sua garantia real.”

377 “Além da oneração e alienação fiduciária de bens ou direitos que podem ser realizadas para garantir o financiamento e que, portanto, não serão invalidadas na hipótese de reversão da decisão, o crédito decorrente do financiamento realizado ao devedor em recuperação judicial deve receber tratamento privilegiado dentre os demais créditos, como forma de incentivar o financiador a disponibilizar os recursos que podem ser imprescindíveis ao desenvolvimento da atividade empresarial do devedor.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 638)

378 BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra; SANTOS, Eronides A. Rodrigues dos. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico] : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo. 7. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Por “valor efetivamente entregue”, entende-se, em um primeiro momento, o montante líquido repassado pelo financiador à empresa em recuperação. Mas, a bem da verdade, o que é a operação de financiamento, senão a oportunidade de lucro para o financiador? Seja a modalidade que se optar (cédula de crédito bancário, contrato de mútuo etc), é evidente que, ao menos, haverá a estipulação de correção monetária e juros remuneratórios para repagamento do montante financiado, na forma do instrumento firmado.

Isso pois, muitas vezes, o próprio risco ao investidor, ao financiar sociedade empresária (cuja análise de crédito certamente não é das melhores), é remunerado através da fixação das taxas de mercado. Trata-se, a toda evidência, de oportunidade a ambas as partes – o até então recuperando que, de um lado, vê-se desamparado pela ausência de crédito no mercado; e o investidor que, de outro, vislumbra a possibilidade de aplicar taxas mais elevadas *vis a vis* o risco de inadimplimento do devedor. Nesse tocante, questiona-se: a estipulação de que as garantias fiduciárias serão limitadas ao valor efetivamente entregue, na hipótese de falência, não traria um desestímulo à própria concessão de crédito?

Veja-se, por exemplo, a circunstância de um financiamento dividido em duas tranches, em um intervalo de um ano, com incidência de correção monetária e juros remuneratórios desde a primeira tranche, além de garantia fiduciária compreendendo principal e encargos. Caso seja a recuperação judicial convolada em falência quando já concedida a primeira parcela, mas poucos dias antes da segunda, é fato que incidirá sobre o crédito os encargos previstos contratualmente, sendo natural que a garantia siga a mesma lógica. Sob esse enfoque, a própria Lei nº 4.728/1965 estabelece a possibilidade de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro, cujo contrato deverá incluir a taxa de juros e o índice de correção monetária, se houver³⁷⁹.

Naturalmente, cabe ao investidor buscar alternativas à recuperação de seu crédito na hipótese de falência – seja através da prioridade no recebimento de seu crédito, seja através da excussão das garantias que lhe foram outorgadas. E, para a segunda opção, haverá claro deságio implícito no recebimento de seu crédito, caso as garantias sejam limitadas ao montante líquido concedido ao recuperando.

A fim de se evitar, portanto, o desestímulo à concessão do crédito no âmbito da recuperação judicial, privilegiando o investidor e o recebimento de seu crédito, não apenas via extraconcursalidade, mas também via excussão da garantia fiduciária, apresenta-se a proposta de solução a seguir.

379 Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

2.1. PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Visando a garantir a maior proteção do investidor no ambiente falimentar, a prática jurídica reúne três principais elementos para endossar que as garantias fiduciárias abranjam também os encargos estabelecidos contratualmente.

O primeiro é a necessidade de intimação dos credores, ainda em sede do processo recuperacional. Para obtenção do financiamento DIP, o pedido deve ser direcionado ao juízo da recuperação judicial, oportunidade em que devem ser apresentados os instrumentos firmados (sob condição suspensiva/resolutiva) ou que se pretende firmar, ou ao menos, as premissas base do financiamento, incluindo-se a previsão das garantias fiduciárias e sua extensão.

Ainda que não se tenha previsto legalmente a exigência de intimação dos credores sobre as condições do *DIP Financing*, a prática legal destaca a sua importância. É o que ocorreu, por exemplo, com a recuperação judicial do Grupo OAS³⁸⁰, cujo financiamento seria outorgado pela Brookfield Infrastructure Group Inc., no montante de R\$ 800 milhões, via emissão de debêntures não conversíveis em ações do Grupo OAS. Como garantia da operação, estipulou-se (i) alienação fiduciária de ações da Invepar; (ii) cessão fiduciária de recursos residuais de eventual excussão e venda das ações então empenhadas na 4ª Emissão de Debêntures da OAS S.A.; e (iii) alienação fiduciária sob condição suspensiva das ações empenhadas em favor dos debenturistas da 4ª Emissão de debêntures da OAS S.A.

Após a apresentação de propostas, houve a insurgência de credores – inclusive no que tange à suposta sobreposição de garantias –, levando o magistrado à época, Dr. Daniel Carnio Costa, à convocação de uma audiência de gestão democrática entre recuperandos, credores, administrador judicial e interessados. A concessão do financiamento DIP foi autorizada quando da audiência, a qual não foi realizada, no entanto, após a retirada da proposta da Brookfield Infrastructure Group Inc.³⁸¹.

O caso OAS (dentre tantos outros similares) aponta para a necessidade de aquiescência dos credores, em especial considerando a natureza da garantia fiduciária, cuja propriedade resolúvel será transferida em nome do financiador. Mais do que isso, em situação falimentar, o financiador terá preferência sobre os demais credores (com exceção apenas daqueles que se enquadrem nos arts. 150 e 151 da Lei nº 11.101/05), o que também demonstra a primordialidade da intimação dos credores.

380 Composto por OAS S/A, OAS Empreendimentos S/A, SPE Gestão e Exploração de Arenas Multiuso S/A, OAS Infraestrutura S/A, OAS Imóveis S/A, OAS Investments GmbH, OAS Investments Limited, OAS Finance Limited, OAS Investimentos S/A. Processo nº 1030812- 77.2015.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo-SP.

381 Veja mais sobre o caso em: <https://www.tmabrazil.org/sites/default/files/public/ebooks/2020-06-10-e-book-nextgen-caso-oas.pdf> (acesso em 21.07.2024).

O segundo elemento essencial, inclusive conforme dispõe o próprio art. 69-A, da Lei nº 11.101/05, consiste na autorização judicial. Com o propósito principal de se preservar a extensão das garantias no âmbito falimentar, ressalta-se novamente a necessidade de se levar à apreciação do juízo da recuperação judicial as características da outorga das garantias fiduciárias, cujo deferimento da concessão do *DIP Financing* implicará na anuência dos credores (como mencionado anteriormente) e do próprio juízo das condições a ele impostas. Não se pode perder de vista, porém, a importância de que a decisão seja clara a respeito da concessão das garantias e sua extensão.

A autorização judicial atrai, ainda, a qualidade de financiador de boa-fé, esculpida na forma dos art. 66-A³⁸² e art. 73, VI, § 2º³⁸³, ambos da Lei nº 11.101/05, de modo que, uma vez realizado o financiamento, com a outorga de garantias fiduciárias, com base em decisão eficaz, reputa-se a aplicação do ato jurídico perfeito e fato consumado. Em lições sobre o tema³⁸⁴:

“Para assegurar o adquirente ou o financiador garantido a respeito do risco do negócio, o que impactará no preço e na disponibilização do mercado para contratar, a Lei garantiu a consumação do negócio jurídico, a partir do recebimento do preço ou dos recursos pelo devedor, gera ato jurídico perfeito que não poderá ter seus efeitos alterados, a menos que por vontade expressa das partes. Satisfeito o preço da venda ou entregues os recursos objetos da garantia, o adquirente ou o financiador não sofrerão qualquer risco de que o negócio jurídico no futuro possa ser desfeito ou ter sua eficácia comprometida, qualquer que seja o motivo da anulação ou ineficácia. Pressupõe-se, entretanto, que o adquirente ou financiador estejam de boa-fé na conclusão do negócio jurídico e haja autorização judicial ou previsão no plano de recuperação judicial ou extrajudicial. A proteção legal não protege a má-fé dos contratantes em razão do desconhecimento do não atendimento da regularidade do procedimento que exige a autorização judicial ou a aprovação nos planos.”.

Aplicando-se a lógica para o parágrafo único do art. 69-D, da Lei nº 11.101/05, significa dizer que, tendo o juízo, após a oitiva dos credores, deferido a outorga do *DIP Financing*, com as garantias fiduciárias na extensão proposta,

382 Art. 66-A. A alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor.

383 Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

§ 2º A hipótese prevista no inciso VI do caput deste artigo não implicará a invalidade ou a ineficácia dos atos, e o juiz determinará o bloqueio do produto de eventuais alienações e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo.

384 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 120-121.

é possível sustentar a qualidade de financiador de boa-fé em situação falimentar, flexibilizando-se o disposto no referido artigo, para que as garantias incluam também os encargos contratuais estabelecidos.

A autorização judicial, nesses termos, acaba também por dar azo à aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos, na medida em que, uma vez firmado o financiamento nos termos propostos, seus termos devem ser cumpridos pelos contratantes. Nesse contexto³⁸⁵:

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulando devidamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.”

Desse modo, a extensão das garantias fiduciárias justifica-se não somente em razão da autorização judicial, mas também pela própria força obrigatória dos contratos, que demanda a sua execução na forma tal qual celebrado.

Após a autorização judicial, enfim, sugere-se a intimação do Ministério Público estadual e dos entes fiscais – completando os três elementos essenciais e cristalizando a possibilidade de se contemplar os encargos para fins das garantias fiduciárias.

A bem da verdade, a exigência de intimação do *Parquet* e das Fazendas Públicas é disciplinada para a possibilidade de alienação de ativos, na forma do art. 142, § 7º, da Lei nº 11.101/05³⁸⁶. Aplicando-se ao financiamento DIP, a proposta de intimação visa a: (i) de um lado, propiciar a participação do Ministério Público, no limite de suas prerrogativas funcionais, evitando com que haja qualquer alegação de violação de interesse público quando da falência; e (ii) de outro, diante da participação ativa do Fisco na hipótese de falência (cujos créditos tributários serão arrolados seja na modalidade extraconcursal, no caso de tributos com fato gerador após a decretação da falência, seja concursal, na forma do art. 83, Lei nº 11.101/05), propiciar a sua aquiescência, evitando-se qualquer alegação de nulidade na outorga da garantia no período pré-falimentar (*clawback*³⁸⁷).

385 GOMES, Orlando. Contratos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

386 Art. 142, § 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público e as Fazendas Públicas serão intimados por meio eletrônico, nos termos da legislação vigente e respeitadas as respectivas prerrogativas funcionais, sob pena de nulidade.

387 “Em resumo, pode-se dizer que termo legal é aquele período dentro do qual determinados atos que oneram os bens do devedor são tidos como ineficazes, por se entender que foram praticados em prejuízo da massa” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra; SANTOS, Eronides A. Rodrigues dos. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo. 7. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.)

O conjunto dessas três medidas, portanto – intimação dos credores, autorização judicial e intimação do Ministério Público e entes fiscais – amparam a possibilidade de flexibilização do parágrafo único do art. 69-D, da Lei nº 11.101/05, para que, no caso de convolação em falência de sociedade cujo financiamento não se concretizou integralmente, as garantias possam ser salvaguardadas nos limites do instrumento de garantia fiduciária, estendendo-se também aos encargos.

3. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, discutiu-se a inovação legislativa do *DIP Financing*, o qual, não obstante ter sido previsto na legislação apenas com a vigência da Lei nº 14.112/20, já podia ser visto na prática jurídica. Foi o caso, por exemplo, da recuperação judicial do Grupo Infinity Bio-Energy, aos idos de 2009, em que o juízo autorizou a outorga de financiamento por entidades bancárias.

Fato é que, em se tratando de inovação legislativa, caberá aos Tribunais pátrios interpretá-la. É o que demandará o disposto no parágrafo único do art. 69-D, da Lei nº 11.101/05, que limitou a conservação das garantias aos valores “*efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que convolar a recuperação judicial em falência*”.

Ao assim dispor, excluir-se-ia a possibilidade de as garantias fiduciárias abarcarem não apenas o principal, mas também os encargos nele incidentes, prática essa comum no mercado de crédito. Evidentemente, ao limitar a garantia, em caso de falência, há aumento do risco de crédito do financiador e, mais do que isso, um desestímulo no uso do *DIP Financing*, sendo certo que, em casos de recuperação judicial, a possibilidade de convolação em falência não é nula.

Assim, visando a proteger os investidores diante da ausência de consolidação jurisprudencial, até o momento, sobre o tema, na hipótese de outorga de financiamento DIP, a proposta de solução sugere que três medidas sejam tomadas.

A primeira, a intimação dos credores da recuperação judicial, para que tomem ciência dos termos e premissas básicas da outorga da garantia fiduciária, com extensão de seu limite para abarcar também os encargos devidos contratualmente. A segunda, a autorização judicial, sendo importante que o juízo apresente suas considerações especificamente sobre a extensão das garantias. E por fim, a terceira, a intimação do Ministério Público e Fazendas Públicas, para que se pronunciem, nos limites de suas prerrogativas funcionais (e o Fisco, diante da possibilidade de se tornar credor da falência), sobre o financiamento e garantia nele outorgadas.

Tomados os devidos cuidados, portanto, entende-se pela máxima proteção do investidor, principalmente no ambiente falimentar, potencializando o seu re-

cebimento não somente pelas vias próprias da falência, como pela possibilidade de excussão das garantias que lhe foram outorgadas, mediante restituição.

O USO DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE APOIO AO SOERGUMENTO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

EDUARDO MACHADO TORTORELLA³⁸⁸

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO

Estabelecer a origem da mediação não é uma questão simples e acredita-se que sua existência possa ter, inclusive, precedido a escrita³⁸⁹.

Os conflitos circundam a população desde os povos mais primitivos e acredita-se que os primeiros exemplos de utilização da mediação para resolver problemas da sociedade remetem-se à China e ao Japão. Na visão de Confúcio, formas de negociação eram incentivadas para a harmonização natural dos litígios, buscando-se evitar que houvesse uma parte perdedora na hipótese de um conflito³⁹⁰.

Os exemplos históricos da utilização da mediação não se restringem ao Oriente e existem registros de sua presença como resolução informal e consensual de conflitos entre pescadores escandinavos, tribos africanas e em kibutzim israelitas³⁹¹.

No Brasil, em um passado distante, a faculdade de se utilizar métodos autocompositivos para resolver problemas acompanhava a formação legislativa nacional. As Ordenações Filipinas de 1603, por exemplo, já faziam referência a instrumentos para a solução de conflitos de forma autocompositiva³⁹². Na mesma esteira,

388 Mestre em International Trade Law (LL. M) pela Università Degli Studi di Torino. Pós-Graduando (MBA) em Agronegócios pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz – Universidade de São Paulo (ESALQ-USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com extensão universitária na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

389 KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: Principle and Practice*, 3. Ed. St Paul: Thomson West, 2004, p. 28.

390 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 67-68.

391 FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em <https://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso feito em 21.7.2024.

392 Livro III, T. 20, parágrafo 1º.

a Constituição do Império de 1824³⁹³ também orientava que a tentativa de reconciliação prévia seria condição inafastável para a futura instauração de um processo.

Com a Proclamação da República, a utilização dos conhecidos juízes de paz não foi considerada pelos legisladores. Ato contínuo, os métodos autocompositivos caíram em desuso³⁹⁴. Foi apenas com o Código de Processo Civil de 1973 que os meios alternativos de solução de conflitos foram rememorados³⁹⁵.

Apesar da evolução legislativa e do prestígio do Código de Processo Civil de 1973 à conciliação, somente em 2010 a mediação recebeu o seu necessário destaque³⁹⁶.

Ainda que não houvesse legislação própria, o contínuo uso por parte dos Magistrados levou o Conselho Nacional de Justiça a regular o seu uso por meio da Resolução nº 125/2010, que buscou incentivar a mediação e promover a pauta do tratamento adequado aos conflitos³⁹⁷.

A despeito dos avanços no plano infralegal, o divisor de águas ocorreu mesmo em 2015³⁹⁸, quando o legislador estabeleceu como premissa no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) o incentivo à autocomposição na solução de conflitos.

Seguindo a esteira, o legislador, ainda no mesmo ano de 2015, reconheceu também a necessidade de promulgar uma lei específica que tratasse da mediação nas esferas pública e privada (Lei 13.140/2015).

393 Art. 161.

394 LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada, p. 43. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 2020, pp. 41-70: “[É] inegável que em sua raiz o direito brasileiro filia-se à visão de alguns cientistas europeus, segundo a qual a solução via Poder Judiciário é alternativa. Prova disso é o instituto de direito processual interesse de agir. Para estar em juízo, é preciso que a pessoa atenda aos pressupostos da necessidade e da adequação, binômio que condensa o interesse de agir. A necessidade de estar em juízo deve ser demonstrada, provando-se que não foi possível resolver o conflito levado ao Poder Judiciário de outra forma civilizada. Contudo, este requisito, ainda presente nos dias de hoje para quem procura o Poder Judiciário, condição para quem quer demandar, perdeu-se no tempo. Nos dias que correm, o Estado-Juiz não exige nenhuma demonstração concreta de que se tentou resolver o conflito de forma diferente da solução adjudicada proposta pelo ente social.”

395 Arts. 125, IV; 237; 331; 447 a 449 e 740, por exemplo. Sobre o tema, veja, por todos, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. 7ª Ed. Brasília: GT RAD, 2018, p. 35.

396 Conforme lição de Cândido Dinamarco, “(...) eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, 15ª ed., p. 190.)

397 PELUSO, Cesar. Mediação e Conciliação. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 30, 2011, pp. 15/18. Semelhantermente, v. também SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados, p. 22. In.: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 2020, pp. 13-40: “(...) confere aos órgãos judiciários a tarefa de, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

398 TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro, p. 6. Disponível em <https://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso feito em 22.7.2024.

2. A COMPATIBILIDADE DA MEDIAÇÃO COM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embora os primeiros registros de técnicas autocompositivas de solução de conflitos tenham acompanhado a formação legislativa nacional, foi apenas em 2015 que a mediação, como hoje conhecemos (inspirada nos modelos norte-americanos de *problem solving*³⁹⁹), ganhou corpo em território nacional.

No ano seguinte à criação pelo legislador de um microssistema adequado para solução de controvérsias por meio da mediação (Lei 13.140/2015), o Conselho Nacional de Justiça tratou de reconhecer a compatibilidade entre a mediação e a recuperação judicial⁴⁰⁰.

Na esteira da evolução legislativa, ao apreciar o Pedido de Tutela Provisória nº 1.049/RJ, o Ministro Marco Buzzi, do Superior Tribunal de Justiça, também reconheceu a possibilidade da utilização da mediação no curso de recuperações judiciais e/ou falências⁴⁰¹.

Após referido julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 58/2019, novamente incentivou o uso da mediação como forma auxiliar a resolução de conflitos no âmbito das recuperações judiciais.

O uso da mediação no contexto da pandemia decorrente da proliferação da Covid-19, levou ainda a edição da Resolução CNJ nº 71/2020, que orientava a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs Empresariais)⁴⁰².

399 A mediação como hoje conhecemos muito se inspira no modelo norte-americano de *problem solving*, em muito desenvolvido no início do século XX, quando cientistas dedicados ao estudo de técnicas de solução de conflitos estabeleceram os conceitos de cooperação e colaboração como solução para sanar questões sociais. Veja sobre o tema: MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundation of Dispute Resolution*. In: MOFFIT, Michael L; BORDONE, Robert C. (Coord.). *The handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 15.

400 CNJ. I Jornada de Prevenção e Solução de Litígios aprovou o Enunciado nº 45.

401 Superior Tribunal de Justiça, TP 1049-RJ (2017/0284959-6), Min. Rel. Marco Buzzi, j. em 13.11.2017: “Com efeito, a lei 11.101/05 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. Assim, na forma do art. 3º da lei 13.140/15, o qual disciplina que ‘pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam a transação’, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência. Não se perde de vista, contudo, que embora a Lei de Mediação (lei 13.140/15) seja a regra especial do instituto, sua interpretação deve se dar em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, no caso, com a Lei de Recuperação Judicial.”

402 Sobre o CEJUSCs como instrumentos de auxílio para promoção de uma cultura menos litigiosa, ver, entre outros, AZE-REDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. *Mediação no novo CPC: avanços e desafios*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 51, pp. 461-478, 2016: “Caberá aos advogados uma mudança de cultura, uma transformação, aceitando as novas formas de solução de conflitos e valorizando a cidadania. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário o desafio de criar e implementar os Núcleos e os Centros de Conciliação, assim como estimular e disseminar o uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, como a mediação. Os mediadores e conciliadores deverão ter capacitação e treinamento adequado para participar das sessões, sob pena de não se alcançar a qualidade e o objetivo do trabalho.” No mesmo sentido, cf. também: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. *Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira*. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, pp. 45-81, 2019: “A mudança cultural que ainda precisa ser plenamente verificada no direito brasileiro se desdobra em dois diferentes problemas a serem enfrentados. De um lado, o desconhecimento sobre os meios adequados de solução de conflitos. De outro, o despreparo para lidar com esses meios, extremamente diversos do método judicial e adjudicatório de resolução de disputas. Não é sem motivo, então, que o próprio Poder Judiciário venha se adaptando e estimulando a formação de mediadores e conciliadores.”

As orientações no plano infralegal e o crescente uso da mediação por parte do Judiciário levaram o legislador a promover, em 2020, alterações na Lei 11.101/2005 para incluir dispositivos para tratar da utilização dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito das recuperações judiciais no texto legal (Lei 14.112/2020).

3. AS VANTAGENS DO USO DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL EM PROL DO SOERGUMENTO DA CRISE DA EMPRESA

A utilização da mediação já ocorria na prática antes das alterações promovidas pela Lei 14.112/2020 (vide a experiência no âmbito da recuperação judicial da *Oi*⁴⁰³; ou a mediação ocorrida no caso *Saraiva*⁴⁰⁴), porém, como visto, a previsão legal se mostrou importante também para evitar possível recalcitrância de alguns agentes econômicos⁴⁰⁵.

Com efeito, ainda que fosse possível usar a mediação na forma geral estabelecida pela Lei 13.140/2015 (inclusive com fundamento na tradição romano-germânica do que *se a lei não proíbe, é porque ela permite*), a Lei 14.112/2020 tratou de estipular expressamente que a mediação pode ocorrer antes do processamento da recuperação judicial, como também no curso do processo, inclusive na esfera recursal.

Embora se observe com grande interesse o uso das mediações em caráter antecedente ao processamento das recuperações judiciais (o que, inclusive, já vêm ocorrendo amplamente na prática forense⁴⁰⁶), já que, na tradução das palavras de

403 Naquela oportunidade, o Min. Marco Buzzi já havia reconhecido que: "(...) A Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. (...) na forma do art. 3º da Lei 13.140/2015, o qual disciplina que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência." (STJ, Pedido de Tutela Provisória (TP) nº 1.049/RJ, 3ª T., Min. Rel. Marco Buzzi, j. em 9.11.2017).

404 Processo nº 1119642-14.2018.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo/SP. Outros exemplos comumente citados pela doutrina também incluem as recuperações judiciais da INEPAR (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.692.985/SP, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze) ou MSERVICE (Processo nº 1092381-06.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo/SP).

405 Interessante notar que semelhante recalcitrância também pode ser observada nos Estados Unidos da América há alguns anos, como se observa dos seguintes excertos da doutrina alienígena: "(...) in addition to the authority granted by statute and the Federal Rules, the district courts also have the inherent power to manage their own affairs so as to achieve the orderly and expeditious disposition of cases. The mere absence of language in the Federal Rules specifically authorizing or describing a particular judicial procedure should not, and does not, give rise to a negative implication of prohibition" (BURR, Anne. Building reform from the bottom up: formulating local rules for bankruptcy court-annexed mediation. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Columbus, vol. 12, n. 2, pp. 311-358, 1997.). Sobre o avanço do instituto nos Estados Unidos da América, vale conferir: "The use of ADR in bankruptcy cases, while firmly established in concept across the nation, has been realized in a minority of jurisdictions. Mediation training of judges, lawyers and professionals of other disciplines, together with the continued development of ADR programs, is necessary to achieve the vision of a judicial system in which both adjudicative and non-adjudicative, or negotiative, dispute resolution services are available to all parties in all cases." (ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, vol. 4, nº 1, 2009.).

406 A título de exemplo, confira posicionamentos recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: (i) "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÕES. ART. 20-B DA LEI Nº 11.101/2005. Mediação iniciada com as instituições financeiras, de maneira que a suspensão prevista no art. 20-B, §1º da LRF tem alcance restrito para somente atingir as execuções dos credores que estiverem em negociação." (TJSP, 1ª

Lawrence Susskind, “faz sentido minimizar os impactos de imediato, quando eles ocorrem, ao invés de esperar e pagar um valor maior posteriormente”⁴⁰⁷, essa vertente (caráter antecedente) não será objeto deste estudo, que passa a considerar apenas as situações e benefícios do uso do instituto no curso das recuperações judiciais (caráter incidental).

Nesse tocante, após o processamento da recuperação judicial, é normal que as relações comerciais mantidas com os sujeitos em crise se percam ou, caso sejam mantidas, tenham os elos de confiança enfraquecidos.

É justamente neste cenário que a mediação pode emergir como um instrumento eficaz, como ressalta Elias Mubarak, para que as “(...) partes retomem um diálogo que se perdeu”⁴⁰⁸ e, potencialmente, conforme observa Fernanda Tartuce, até mesmo para se alcançar a pacificação duradoura⁴⁰⁹.

Ainda, como relembram Cesar Carnaúba, Ronaldo Vasconcellos e Marcelo Sacramone, a mediação também serve como instrumento de simetria de informações nas recuperações judiciais, já que “(...) é certo que a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações, dentro do procedimento da recuperação judicial, pode servir como instrumento ideal para a efetiva solução da crise da empresa.”⁴¹⁰.

O uso da mediação incidental também pode se mostrar elemento interessante, como rememora José Rogerio Cruz e Tucci⁴¹¹, para dar celeridade às

Câm. Res. Empr., AgIn nº 2093561-44.2023.8.26.0000, Des. Rel. J. B. Paula Lima, j. em 31.1.2024.); e (ii) “Tutela cautelar antecedente ao ajuizamento de recuperação judicial – Pleito fundado no artigo 20-B, inciso IV e §1º da Lei 11.101/2005 – Decisão de deferimento parcial da tutela de urgência – Suspensão pelo prazo de 60 (sessenta) dias de execuções judiciais e medidas administrativas coercitivas e constitutivas, feita limitação quanto aos créditos eventualmente sujeitos a uma futura recuperação judicial – Antecipação da tutela recursal deferida no agravo antecedente que merece ser mantida – Probabilidade do direito alegado e do risco de dano presentes – Orientação fornecida pela doutrina e pelo Enunciado 6 do Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falência (FONAREF) no sentido de produzir efeitos dita suspensão diante de todos os credores convidados a participar do procedimento de mediação ou conciliação instaurado no CEJUSC – Decisão mantida – Recurso desprovido.” (TJSP, 1ª Câmara. Res. Empr., Ag. Interno nº 2020046-39.2024.8.26.0000/50000, Des. Rel. Fortes Barbosa, j. em 25.3.2024.).

407 SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes. New York: The Free Press, 1196, p. 39.

408 MUBARAK Jr., Elias; MULLE, João Paulo Betarello Dalla. A mediação como ferramenta facilitadora nos processos de insolvência, p. 57. In.: MOREIRA, Antônio Judice et al. (Coord.) Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2022.

409 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2018, p. 240.: ““Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse. Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos, caso este seja o seu desejo, acordos duráveis. Para tanto, o grande trunfo da mediação é restaurar o diálogo e propiciar o alcance da pacificação duradoura.”.

410 CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Compliance e recuperação de empresas, p. 307-308. In.: CARAVLHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coord.). Compliance no direito empresarial, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 287-312.

411 “Desnecessário repetir que o fator tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça. Fazzalari refere-se à demora do processo como a ‘tormenta das tormentas’! (...) É, outrossim, de Taruffo o alvitre no sentido de que a história do processo civil, a partir do iluminismo europeu, vem demarcada pelo notório esforço de tornar o processo mais racional, menos complicado e, sobretudo, mais célere.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 15/16.).

recuperações judiciais, sendo uma técnica, conforme ressalta Mesquita, “(...) adequada a restabelecer, com celeridade e eficiência, o ambiente necessário à consecução dos fins que ensejaram a constituição da sociedade”⁴¹².

Nesse tocante, ao comentar uma situação concreta envolvendo o uso da mediação em recuperações judiciais, Regina Jorgeti, ressalta que, após realizar diversas sessões privadas e conjuntas, sem suspensão de qualquer prazo, permitiu-se: “(...) ao devedor esclarecer dúvidas dos credores, inclusive daqueles com créditos não sujeitos à recuperação judicial, que facilitaram as suas negociações e já resultaram em modificações no plano antes mesmo da Assembleia Geral de Credores.”⁴¹³.

Como consectário, a mediação incidental também pode servir como instrumento de apoio em momentos importantes para o sucesso da superação da crise econômica, a exemplo das negociações que antecedem as Assembleias Gerais de Credores, conforme ressalta Sheila Christina Nader Cerezetti⁴¹⁴.

Nesse tocante, no caso *Saraiva*, por exemplo, acredita-se que a mediação foi um elemento importante para que o plano de recuperação judicial fosse aprovado pela grande maioria dos credores⁴¹⁵, o que é, valendo-se da lição de Fábio Ulhoa Coelho, indicativo de um bom trabalho feito pela recuperanda para superação da sua crise econômica⁴¹⁶.

Ainda na esteira de considerar a mediação como apoio ao vencimento das barreiras da recuperação judicial, como relembram Marcelo Sacramone e Cesar Ciampolini⁴¹⁷, o instituto também pode servir como instrumento para que os envolvidos no processo estabeleçam bases e ambientes propícios para obter (ou conceder, se na ótica do credor) novos recursos financeiros ao soerguimento da crise econômica para sociedade (ou produtor) em recuperação.

412 LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação empresarial: a aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 159.

413 ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei, p. 370. In.: VASCONCELOS, Ronaldo et. al. (coord.). Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20). São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381.

414 CEREZETTI, Sheila Christina Nader. A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 278.

415 Outro exemplo interessante é a recuperação judicial da Enpavi (Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo/SP), onde pode-se observar essas vantagens no processamento.

416 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed., 2013, pp. 219-220: “A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sobram de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de ‘reorganização da empresa’). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação ou não da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulha. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente a formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização.”

417 CIAMPOLINI, Cesar; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. O financiamento da empresa em recuperação judicial diante da reforma da lei de recuperação de empresas e falência. In.: VASCONCELOS, Ronaldo et. al. (coord.). Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20). São Paulo: IASP, 2021, pp. 779-801.

Interessante, por fim, notar que a mediação incidental, embora possa ser utilizada, como visto, em situações mais avançadas das recuperações judiciais, a exemplo do apoio nas negociações que antecedem as Assembleias Gerais de Credores ou em criar ambientes propícios a busca por financiamento para superação da crise econômico-financeira, também poderia ser moldada para apoiar a otimização da fase de verificação de créditos ou em outros procedimentos a serem adotados pelo Administrador Judicial, desde que posteriormente ratificados pelo Magistrado, como ocorreu no caso da *Editora Três*⁴¹⁸.

Afinal, como leciona Faleck, o procedimento de mediação não é estanque e “(...) o processo concebido deverá certamente comportar mudanças para torná-lo mais fácil de ser implementado.”⁴¹⁹, sendo que, nas palavras de Braga Neto, em havendo encontro da vontade das partes pela sua utilização, caberá ao mediador apenas “(...) se propor a propiciar um ambiente de cooperação ou colaboração.”⁴²⁰.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A mediação, em diversas situações, se revela mais adequada do que outros meios de solução de conflitos em razão da preocupação com a manutenção de relacionamentos entre as partes de um contrato plurilateral, como também por pretender criar um ambiente em que ambas as partes não saiam derrotadas, mas satisfeitas com a solução consensual que tenha sido criada para atender aos interesses plurais.

No contexto das recuperações judiciais, a mediação surge como ferramenta interessante para se criar ambientes propícios para a construção do consenso entre os sujeitos interessados na preservação da empresa.

Em sua vertente incidental, abre-se um novo leque de opções aos envolvidos para explorarem – conjuntamente – as melhores opções para o soerguimento da crise econômica, seja por meio de negociações antecedentes às Assembleias Gerais de Credores, para obtenção de recursos financeiros ou, até mesmo, para otimizar os procedimentos de verificação de créditos.

418 VASCONCELOS, Ronaldo. O administrador judicial e os negócios jurídicos processuais, p. 367. In.: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz. (Coord.). O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2022, p. 343-373.

419 FALECK, Diego. Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar dos conflitos. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 16.

420 BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas, pp. 150-151. In.: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MORA POR NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL VIA E-MAIL

RODRIGO FRASSETTO GÓES⁴²¹

A alienação fiduciária de veículos é uma prática amplamente utilizada no Brasil como garantia em operações de financiamento. Através desse instituto, o credor fiduciário detém a propriedade resolúvel do bem até que o devedor fiduciante cumpra integralmente suas obrigações contratuais. Em caso de inadimplimento, o credor tem o direito de promover a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Um ponto crucial para a propositura da ação de busca e apreensão é a constituição em mora do devedor, tradicionalmente realizada por meio de notificação extrajudicial enviada por carta registrada com aviso de recebimento. No entanto, com os avanços tecnológicos e a crescente digitalização das comunicações, surge a questão da validade da constituição em mora realizada por e-mail e outros meios eletrônicos.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULOS E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

A alienação fiduciária de veículos está regulada pela Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, mas que também se aplica a bens móveis, como veículos. Nesse contrato, o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do bem, mantendo a posse direta e a responsabilidade pelo uso e conservação do veículo. Em caso de inadimplência, o credor tem o direito de retomar a posse do bem, mediante a ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei nº 911/1969.

Para que a ação de busca e apreensão seja procedente, é necessário que o devedor esteja constituído em mora. A constituição em mora ocorre com a notificação extrajudicial do devedor, que deve ser realizada por carta registrada

⁴²¹ Rodrigo Frassetto Góes é advogado, graduado em Direito pela UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Pós-Graduado em MBA Gestão Empresarial pela FGV, MBA Executivo Negócios Internacionais pela INDEG-ISCTE Executive Education de Lisboa, MBA Executivo Global pela FGV, e Mestrado em Gestão pelo ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa-PT, e extensão em curso de Direito Bancário pela FGV.

com aviso de recebimento, conforme estabelece o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969.

A constituição em mora é um requisito indispensável para o deferimento de liminar na propositura das ações de busca e apreensão, pois comprova que o devedor foi formalmente informado sobre a sua inadimplência e teve a oportunidade de regularizar a situação antes da medida judicial.

CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR

Para conceituar, verifica-se primeiramente o que dispõe o *caput* e o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

§ 1º (...)

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto de título, a critério do credor.

O devedor deve ser noticiado de que está em mora, Carlos Roberto Gonçalves⁴²² define que “a mora do devedor caracteriza-se pela ausência do cumprimento da obrigação no tempo, lugar e forma devidos, e a sua constituição formal ocorre com a interpelação, notificação ou protesto, meios pelos quais o credor científica o devedor de sua inadimplência”. Essa notificação é essencial para garantir que o devedor tenha ciência dos efeitos de seu inadimplemento e possa tomar as medidas necessárias para evitar a execução forçada do bem.

Maria Helena Diniz⁴²³ destaca que “a constituição em mora visa proporcionar ao devedor a possibilidade de adimplir sua obrigação, antes que sejam tomadas medidas mais drásticas pelo credor, como a busca e apreensão do bem”. A notificação extrajudicial, portanto, cumpre uma função importante de proteção ao devedor, garantindo-lhe a oportunidade de regularização e evitando a surpresa com medidas judiciais imediatas.

422 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro 4: Responsabilidade civil. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

423 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019

VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MORA POR E-MAIL E OUTROS MEIOS TECNOLÓGICOS

Com a digitalização crescente das comunicações, a utilização de e-mails e outros meios eletrônicos como formas de notificação tem sido uma prática comum e eficaz. A jurisprudência e a doutrina têm evoluído para reconhecer a validade desses meios, desde que sejam cumpridos requisitos específicos que garantam a segurança jurídica.

A utilização de tecnologia é algo inerente à evolução da sociedade e suas relações como um todo, por isso não deve ser ignorada. Carlos Roberto Gonçalves argumenta que “a evolução tecnológica impõe ao Direito a necessidade de se adaptar e reconhecer a validade das novas formas de comunicação, como o e-mail, desde que observados os requisitos de segurança e autenticidade”, portanto, o Direito deve se permitir em relação ao uso das tecnologias e sempre fazer as analogias necessárias preservando a segurança das relações.

Maria Helena Diniz também corrobora essa visão ao afirmar que “a notificação por e-mail pode ser considerada válida para fins de constituição em mora, desde que seja possível comprovar o envio e o recebimento pelo devedor, garantindo assim a sua segurança jurídica”, pois então basta que a notificação enviada através de e-mail tenha sua comprovação cristalina do envio e recebimento

Para a comprovação em mora, o Ministro João Otávio de Noronha no RECURSO ESPECIAL nº 1.951.662/RS⁴²⁴, traz que “para a comprovação da mora, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros”

A jurisprudência brasileira tem avançado no sentido de aceitar a notificação por meios eletrônicos, especialmente em contextos em que o contrato prevê essa modalidade de comunicação. Em decisão recente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RECURSO ESPECIAL Nº 2087485/RS⁴²⁵ diz que, “se o credor fiduciário apresentar prova de recebimento do e-mail encaminhado ao endereço eletrônico fornecido no contrato de alienação fiduciária, estará cumprida a exigência legal de notificação extrajudicial para o ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem financiado, pois tais requisitos são os mesmos da carta registrada com aviso de recebimento”, portanto, se o envio da notificação através de e-mail cumprir os requisitos essenciais de validade que se impõem à carta re-

424 REsp n. 1.951.662/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 9/8/2023, DJe de 20/10/2023

425 REsp n. 2.087.485/RS, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/04/2024, DJe de 02/05/2024.

gistrada com aviso de recebimento, este deve ser considerado válido e regular para constituir o devedor em mora.

O Ministro Antônio Carlos Ferreira, relator do recurso, observou que “não é razoável exigir, a cada inovação tecnológica que facilite a comunicação e as notificações para fins empresariais, a necessidade de uma regulamentação normativa no Brasil para sua utilização como prova judicial, sob pena de subutilização da tecnologia desenvolvida”, logo, não se pode deixar de utilizar o meio tecnológico por ausência de regulamentação específica no detalhe.

ANÁLISE DAS DECISÕES

No caso em discussão, o banco ajuizou ação de busca e apreensão de automóvel contra o devedor, pois este deixou de pagar as parcelas do financiamento, o que acarretou o vencimento antecipado das obrigações. Após o juízo de primeiro grau julgar o processo extinto, sem resolução do mérito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) negou provimento à apelação, por entender que a notificação feita por e-mail não estava em consonância com o disposto no parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto-Lei 911/1969, não sendo válida para a constituição do devedor em mora. A corte local afirmou ainda que não era possível ter certeza quanto ao recebimento da mensagem.

O ministro Antônio Carlos Ferreira destacou que “A notificação possibilita ao devedor defender seus próprios interesses, promovendo transparência e facilitando soluções amigáveis entre as partes envolvidas” sendo assim, a notificação extrajudicial assegura ao devedor a plena ciência dos desdobramentos de sua inadimplência contratual, permitindo-lhe agir de forma proativa para regularizar sua situação financeira.

A decisão do STJ reflete uma interpretação analógica do artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911/1969, permitindo a notificação extrajudicial por e-mail, desde que comprovado o envio ao endereço eletrônico indicado no contrato e seu efetivo recebimento. Esta mesma decisão, ao abordar sobre interpretação analógica, ressalta que “o intérprete identifica uma hipótese similar àquela regulada pela norma e, com base nessa analogia, estende seus efeitos ao caso não expressamente previsto, desde que haja uma correspondência significativa entre os elementos essenciais das situações comparadas.” Esta decisão representa um avanço significativo na adaptação das normas jurídicas às evoluções tecnológicas.

Em outra recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento a Apelação Cível 1000326-66.2022.8.26.0326⁴²⁶, para considerar válida a constituição em mora através de notificação extrajudicial enviada por e-mail, pois como bem ressaltou, “é notório o rápido avanço das tecnologias ligadas à comunicação no atual mundo globalizado. Cada vez mais se expande a comunicação instantânea entre os interlocutores, diversificando os meios pelos quais se podem transmitir as mensagens desejadas”, o direito deve-se atualizar sempre que se identificar uma possibilidade de aplicação de tecnologias para se fazer valer o exercício regular do direito, colhe-se ainda da do relatório da decisão “O Direito, sob pena de se estagnar perante as novas tecnologias e relações sociais, deve ser interpretado observando essas alterações.” e no caso da utilização de correio eletrônico (e-mails), vale lembrar que sua popularização no Brasil ocorreu ao final da década de 1990, mais de 25 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, é possível concluir que o envio de notificação por e-mail é válido para fins de constituição em mora em ações de busca e apreensão de veículos, desde que sejam cumpridos os requisitos de envio para o endereço eletrônico indicado no contrato e comprovação de seu envio e recebimento. Essa flexibilização é essencial para acompanhar a evolução tecnológica e garantir a eficácia das comunicações no contexto jurídico.

A interpretação analógica para este tema é o que possibilita o Direito a se adaptar aos avanços da tecnologia, como no caso dos meios para notificar e constituir o devedor em mora, devendo ainda sempre ser observado a segurança jurídica das relações.

As decisões judiciais recentes mostram uma tendência favorável à aceitação de meios eletrônicos como válidos para notificação, desde que assegurem a segurança jurídica necessária. Portanto, a constituição em mora por e-mail representa uma evolução necessária e adequada às demandas contemporâneas da sociedade e do mercado financeiro.

426 Apelação Cível 1000326-66.2022.8.26.0326 / TJSP, relator Eduardo Gesse, 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lucélia - 2ª Vara, julgado em 10/08/2024.

ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA CONCESSÃO DE CRÉDITO EM CONTA PÓS-PAGA: LEGISLAÇÃO, RISCOS E MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO

RODRIGO FREITAS DA SILVA⁴²⁷

INTRODUÇÃO

Este artigo visa explorar os aspectos jurídicos da concessão de crédito em contas pós-pagas por instituições de pagamento, analisando a legislação aplicável, os mecanismos de concessão, os riscos envolvidos e os impactos econômicos e sociais, impulsionados pela inovação financeira e pela digitalização dos serviços bancários, que, de modo geral, representa um avanço no acesso ao crédito, mas também levanta questões cruciais relacionadas às boas práticas bancárias, proteção dos consumidores e à prevenção de problemas financeiros, como o superendividamento das famílias.

Essa modalidade de conta é caracterizada pela sua flexibilidade e conveniência. Assim, partindo da premissa de que, em uma economia estável, as pessoas preferem ter liquidez para adquirir bens e serviços hoje do que economizar para tê-los amanhã⁴²⁸ e que essa preferência pela liquidez é o que impulsiona a demanda por crédito, o processo responsável de concessão de limite se torna fundamental para garantir um crédito sustentável, uma vez que esse crédito está especificamente vinculado à capacidade de o titular honrar com a obrigação de pagamento no futuro.

DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CRÉDITO EM CONTA PÓS PAGA

A Lei Federal nº 12.865/2013⁴²⁹ que dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento prevê que ambos integram o Sistema de

427 Rodrigo Freitas da Silva, LL.M. em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo INSPER e Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela USP/AASP. Advogado. rod.freitas23@hotmail.com

428 Keynes, J.M. (1936). *The General Theory of Employment, Interest, and Money* – Caps. 15 e 17. London: Macmillan.

429 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em 07.08.2024.

Pagamentos Brasileiro (SPB), estando, nos termos do art. 9º da referida norma, portanto, sob a supervisão do Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. No que diz respeito aos pagamentos de varejo, o BCB é responsável por promover sua solidez, interoperabilidade, eficiência, inovação, concorrência e acesso a serviços e infraestruturas sem obstrução. Portanto, o BCB supervisiona os pagamentos de varejo e monitora constantemente a evolução da indústria de pagamentos, o uso de canais de acesso, a política de preços, o uso de cartões, bem como outros instrumentos de pagamento utilizados na indústria.

Ainda, a normativa acima traz a definição de arranjo de pagamento, conta e instrumento de pagamento no art. 6º, incisos I, IV e V, como sendo um “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores”, a “conta de registro detida em nome de usuário final de serviços de pagamento utilizada para a execução de transações de pagamento” e o “dispositivo ou conjunto de procedimentos acordado entre o usuário final e seu prestador de serviço de pagamento utilizado para iniciar uma transação de pagamento”, respectivamente.

No âmbito de sua respectiva competência normativa, o Banco Central do Brasil editou a Res. nº 96, classificando as contas de pagamento em: conta de pagamento pré-paga como sendo aquela destinada à execução de transações de pagamento em moeda eletrônica realizadas com base em fundos denominados em reais previamente aportados; e conta de pagamento pós-paga aquela destinada à execução de transações de pagamento que independem do aporte prévio de recursos.

A conta pós-paga conta com um limite de crédito concedido pelo emissor de acordo com o perfil do seu titular⁴³⁰, sendo que uma fração deste limite pode ser utilizado pelo titular para saques em dinheiro a título de empréstimo, permitindo ao titular da conta iniciar uma transação de pagamento utilizando um instrumento de pagamento - o cartão, peça fina e retangular de plástico ou metal, ou até mesmo um *token*⁴³¹ – para pagar por bens e serviços em estabelecimentos comerciais credenciados a aceitar cartões para pagamento, tendo o cliente por-

430 Art. 10. da Res. BCB 96. A concessão de limites de crédito associado a conta de pagamento pós-paga deve, em relação aos titulares das contas, ser compatível com, no mínimo: I - o perfil de risco; II - a qualificação, incluindo a sua capacidade financeira, nos termos da regulamentação vigente que disciplina os procedimentos destinados a conhecer os clientes; III - a existência de vulnerabilidades associadas; e IV - demais produtos e serviços e operações de crédito contratados pelo titular, inclusive em outras instituições, no que couber. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=96>. Acesso em 07.08.2024.

431 No contexto do mercado de pagamentos, o token é um valor numérico que é um substituto para o número usado por um emissor do cartão de pagamento para identificar uma conta de pagamento e que é emitido em conformidade com a as especificações técnicas de tokenização de pagamento EMV.

tador do cartão e titular da conta pós-paga a obrigação de retornar esse valor ao emissor somente após um prazo acordado.

Especificamente no que diz respeito à concessão de limites de crédito em conta de pagamento pós-paga, o art. 10º, da Res. nº 96 prevê que ela deve, em relação aos titulares das contas, ser compatível com, no mínimo quatro fatores: o perfil de risco do titular; a qualificação, incluindo a sua capacidade financeira, nos termos da regulamentação vigente que disciplina os procedimentos destinados a conhecer os clientes; a existência de vulnerabilidades associadas; e demais produtos e serviços e operações de crédito contratados pelo titular, inclusive em outras instituições, no que couber.

Em relação ao perfil de risco do titular, este se refere a probabilidade de o titular da conta, com um determinado conjunto de características que o identificam, levar o emissor a uma perda como resultado da materialização de um ou mais tipos de risco representados, como risco de crédito, risco de mercado ou risco operacional (ele pagará o empréstimo em dia? Ele retirará o investimento se a taxa de juros mudar? Ele participará de uma operação fraudulenta?).

O segundo fator a ser observado é a qualificação do consumidor. Para o Banco Central do Brasil, a qualificação é considerada toda a informação que permite às instituições avaliar, caracterizar e classificar o titular da conta para entender seu perfil de risco e capacidade econômico-financeira, como endereço, idade, nacionalidade, filiação, fonte de riqueza ou renda, nível acadêmico e outras características.

O terceiro fator é a existência de vulnerabilidades associadas. Embora as regulamentações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil não contenham uma definição expressa e clara do que constitui uma “vulnerabilidade”, a Autorregulação SARB nº 24/21 promulgada pela FEBRABAN⁴³², estabelece que pelo menos oito critérios devem ser avaliados para definir características de públicos vulneráveis, individual ou conjuntamente, na íntegra ou em parte, como: I - capacidade civil; II - deficiência física ou mental; III - doença grave; IV - superendividamento; V - nível de educação; VI - habilidade e/ou maturidade digital; VII - idade; e VIII - renda.

O último fator ponderado são os outros produtos, serviços e operações de crédito já contratados pelo titular da conta, mesmo em outras instituições, que incluem hipotecas, empréstimos estudantis, empréstimos para automóveis, empréstimos pessoais e outros cartões de crédito registrados no SCR ou outras informa-

432 Disponível em: https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/BoasPraticas_2023.pdf. Acesso em 07.08.2024.

ções disponíveis por meio do Open Banking, consultas para novos empréstimos ou cartões de crédito, procedimentos de cobrança em andamento e assim por diante.

Por essa razão, a proteção ao consumidor é um aspecto fundamental na concessão de crédito em conta pós-paga. Nos termos do art. 155, art. 4º, incisos III e IV, da Res. 155 do Banco Central do Brasil, os emissores devem adotar práticas que garantam a clareza na comunicação, facilitando o acesso a informações e assegurando que os termos do crédito sejam compreendidos pelos titulares⁴³³, sendo também direitos básicos do consumidor obter informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços prestados, assim como a garantia de práticas de crédito responsável⁴³⁴.

REGRAS PARA AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE LIMITE DA CONTA PÓS PAGA

Um limite de crédito alto é bom? Sim, definitivamente. O principal benefício de um limite de crédito alto é que você tem mais dinheiro para gastar. Mas com um limite de crédito mais alto, você pode ser mais tentado a gastar demais. Se você gastar mais do que pode pagar, pode entrar em um ciclo de dívida e pagar juros significativos. Essa é a principal razão pela qual também temos regras para o aumento e diminuição do limite do cartão de crédito.

Como se verifica, a concessão de crédito em conta pós-paga envolve vários riscos, incluindo o risco de crédito e o risco operacional, de modo que, por determinação dos arts. 6º e 7º, da Res. 4.557 do Banco Central do Brasil⁴³⁵, os emissores devem implementar políticas e estruturas robustas de gestão de riscos, capaz de identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar tais riscos. Além disso, devem monitorar continuamente o desempenho dos tomadores de crédito e ajustar suas estratégias conforme necessário para mitigar os riscos.

433 Res. BCB 155. Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar: (...) III - prestação, de forma clara e precisa, das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços; IV - utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições;. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=155>. Acesso em 07.08.2024.

434 Lei nº 8.078/90. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...) XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 07.08.2024.

435 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=RESOLU%C3%87%C3%83O&numero=4557>. Acesso em 07.08.2024.

No entanto, a alteração de limites de crédito em cartões de pagamento, quando não solicitada pelo titular da conta, está sujeita a certas regras impostas pelo Banco Central do Brasil.

Nos termos do art. 10º, §§ 1º e 2º, da Res. 96 do Banco Central do Brasil⁴³⁶, se o emissor decidir pelo aumento do limite da conta pós-paga sem que nenhum pedido seja feito pelo titular, o emissor deve primeiro obter consentimento para que o novo limite entre em vigor. Esse consentimento deve ser obtido para cada evento em que o limite for aumentado. Em contraste, em caso de redução do limite, tal medida está condicionada à prévia comunicação ao titular da conta com, no mínimo, trinta dias de antecedência, exceto no caso de deterioração do perfil de risco de crédito do titular, mas, ainda assim, a comunicação deverá ocorrer até o momento que precede à redução.

A PREVENÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO

A Lei Federal nº 14.181/21 alterou a Lei Federal nº 8.078/90 para incluir em seu texto o art. 54-A introduzindo no Código de Defesa do Consumidor⁴³⁷ a definição de superendividamento, segundo a qual, entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial. Este fenômeno não é apenas um problema individual, mas também um desafio para o sistema financeiro e a economia como um todo.

O superendividamento pode se dividir em ativo e passivo. O superendividamento ativo ocorre quando o consumidor gasta mais do que ganha, seja por má administração do orçamento ou por compras impulsivas. Já o superendividamento passivo é causado por eventos inesperados, como desemprego ou doença, que prejudicam a situação financeira do consumidor⁴³⁸.

436 Res. 96 BCB. Art. 10. A concessão de limites de crédito associado a conta de pagamento pós-paga deve, em relação aos titulares das contas, ser compatível com, no mínimo: (...) § 1º A alteração de limites de crédito, quando não realizada por iniciativa do titular da conta, deve, no caso de: I - redução, ser precedida de comunicação ao titular da conta com, no mínimo, trinta dias de antecedência; e II - majoração, ser condicionada à prévia aquiescência do titular da conta. § 2º Os limites de crédito podem ser reduzidos sem observância do prazo da comunicação prévia que trata o inciso I do § 1º caso seja verificada deterioração do perfil de risco de crédito do titular da conta, conforme critérios definidos na política de gerenciamento do risco de crédito.

437 Código de Defesa do Consumidor. Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. § 2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. § 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

438 Conforme Maria Manuel Leitão Marques e Gilles Paisant, citados por SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista de Direito do Consumidor n. 71. São Paulo: Editora Revista

Ainda, a norma estabelece o direito dos consumidores a uma renegociação de dívidas em condições justas e viáveis, com a possibilidade de um plano de recuperação judicial para consumidores superendividados, procedimento introduzido no art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor⁴³⁹.

Posteriormente foi editado o Decreto nº 11.150/22 que trouxe a definição de mínimo existencial, dispondo que, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00 (seiscentos reais), observado que a apuração da preservação ou do não comprometimento do mínimo existencial deverá ser realizada considerando a base mensal, por meio da contraposição entre a renda total mensal do consumidor e as parcelas das suas dívidas vencidas e a vencer no mesmo mês.

Ainda que tais medidas busquem remediar um problema, elas falharam em prescrever como deve ser calculada a renda mensal total do cliente. Mais importante. O legislador ignorou o fato de que os emissores muito provavelmente não terão acesso ao quadro completo das dívidas pendentes e a vencer do cliente no momento da oferta de crédito (por exemplo, dívidas pendentes com serviços públicos, entidades de ensino, entre outros), mas, sim, somente na audiência de conciliação de que trata o art. 104-A, da Lei Federal nº 8.078/90.

Para prevenir o superendividamento, é essencial que os emissores adotem práticas responsáveis e eficazes na concessão de crédito. As principais medidas preventivas incluem a realização de uma análise detalhada da situação financeira dos clientes, levando em consideração sua renda, despesas e histórico de crédito. Essa avaliação deve incluir a verificação da capacidade real de pagamento e a definição de limites de crédito compatíveis com a situação financeira do cliente.

Tal preceito se alinha ao disposto no Normativo de Crédito Responsável SARB 010/2013 do Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, estabelece que “*considera-se contratação de crédito responsável aquela que possibilite verificar a adequação da oferta de crédito realizada ao perfil econômico e à capacidade de pagamento do consumidor contratante, sob avaliação da instituição financeira, especialmente quando se tratar de público potencialmente vulnerável, com base nas informações declaradas e disponíveis nos bancos de dados públicos e privados de crédito*”.⁴⁴⁰

dos Tribunais, 2009. p. 9-33

439 Código de Defesa do Consumidor. Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

440 Disponível em: [https://cmsarquivos.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20SARB%20010-2013%20-%20vers%C3%A3o%20vigente%20alterada%20pela%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%014-2018\(5\).pdf](https://cmsarquivos.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20SARB%20010-2013%20-%20vers%C3%A3o%20vigente%20alterada%20pela%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%014-2018(5).pdf). Acesso em 07.08.2024.

Mas não é só. As instituições devem fornecer informações claras e compreensíveis sobre as condições do crédito, incluindo taxas de juros, prazos de pagamento e encargos associados. A transparência ajuda os consumidores a tomar decisões informadas e a evitar surpresas desagradáveis no futuro.

Neste ponto, mais recentemente o Conselho Monetário Nacional editou a Res. CMN 5.112/23 alterando a Resolução CMN 5.004/2022⁴⁴¹ para estabelecer novas medidas de transparência e divulgação de informações com o objetivo de prevenir a inadimplência dos portadores de cartões.

As alterações estabelecem, por exemplo, que nas transações de crédito destinadas a financiar saldos devedores de faturas de cartões de crédito e outros instrumentos de pagamento pós-pago, deve ser fornecido um Documento Descritivo de Crédito a todos os clientes da instituição fornecedora do financiamento, incluindo pessoas jurídicas. Esse documento inclui as seguintes informações adicionais: (i) o limite total e utilizado de crédito para cada tipo de transação; (ii) o valor original da dívida; (iii) o valor total atualizado cobrado como juros e encargos financeiros aplicáveis; e (iv) o valor total atualizado que ainda pode ser cobrado como juros e encargos financeiros aplicáveis à transação.

Essas informações devem ser fornecidas para cada transação de financiamento contratada, itemizadas por conta de pagamento pós-pago, tanto de forma individual quanto consolidada quando o portador do cartão possuir mais de um instrumento de pagamento pós-pago.

Outra medida de prevenção ao superendividamento é a promoção de programas de educação financeira. Esta é uma estratégia crucial para ajudar os consumidores a entenderem melhor a gestão de suas finanças pessoais e a evitarem práticas de consumo irresponsáveis. As instituições de pagamento podem oferecer workshops, cursos e materiais informativos sobre planejamento financeiro e uso responsável do crédito.

441 Res. CMN 5.004. Art. 4º. § 3º Para operações de crédito vinculadas à conta de pagamento pós-paga, o Documento Descritivo do Crédito deve:

I - ser fornecido para todos os clientes, inclusive pessoas jurídicas;

II - adicionalmente às informações de que trata o caput, informar:

a) o limite de crédito total e utilizado para cada tipo de operação;

b) o valor original da dívida;

c) o valor total atualizado cobrado a título de juros e encargos financeiros aplicáveis; e

d) o valor total atualizado que ainda pode ser cobrado a título de juros e encargos financeiros aplicáveis referente à operação; e

III - apresentar as informações referentes a cada operação de crédito contratada, segregadas por conta de pagamento pós-paga, de forma individual e consolidada.

§ 4º Para fins da apresentação de forma consolidada de que trata o inciso III do § 3º, devem ser apresentadas as seguintes informações, nos termos da regulamentação vigente:

I - saldo devedor consolidado;

II - taxa média ponderada de juros anual, nominal e efetiva; e

III - prazo médio ponderado total e remanescente.

§ 5º Para fins deste artigo, consideram-se operações de crédito vinculadas à conta de pagamento pós-paga as operações de crédito rotativo e de parcelamento de fatura.

Vale destacar que, desde 1º de julho de 2024, devem constar nas faturas de cartões e instrumentos pós-pagos informações sobre a adoção de medidas de educação financeira voltadas para clientes e usuários individuais, incluindo empreendedores individuais, bem como medidas que contribuam para a organização e planejamento de orçamentos pessoais e familiares, a formação de poupança financeira e resiliência, e a prevenção de inadimplência nas transações e superendividamento. O Banco Central do Brasil também determinou que os emissores sejam aderentes a uma política de educação financeira baseada em princípios de ética, responsabilidade, transparência, diligência e valor ao cliente, assim como estabeleçam mecanismos para monitoramento e controle da política de educação financeira, nomeando um diretor responsável por assegurar o cumprimento da política e demais obrigações estabelecidas.

CONCLUSÃO

O artigo explorou a concessão de crédito em conta pós-paga, destacando suas características e a legislação pertinente, e focou nos critérios de concessão, regras para aumento e redução do limite e, ao final, na prevenção do superendividamento.

O crédito em conta pós-paga, apesar de oferecer flexibilidade e acesso ao crédito, apresenta riscos significativos que podem levar ao superendividamento dos consumidores. A análise feita revela que somente mediante a concessão responsável de crédito é possível equilibrar os interesses de emissores e a proteção dos consumidores.

O futuro da concessão de crédito em conta pós-paga no Brasil deve ser guiado por uma abordagem que considere tanto os benefícios da inovação financeira quanto a necessidade de proteger os consumidores dos riscos associados ao superendividamento. A implementação de uma regulamentação mais robusta, a promoção de educação financeira e o estabelecimento de práticas responsáveis são passos cruciais para assegurar um sistema de crédito justo e equilibrado.

RECUPERAÇÃO INTERNACIONAL DE ATIVOS: ESTRATÉGIAS E FERRAMENTAS JURÍDICAS PARA CREDORES BRASILEIROS

DANIELA NALIO SIGLIANO⁴⁴²

INTRODUÇÃO

No contexto de recuperação de créditos de alto valor, é comum encontrar devedores com ativos localizados no exterior, especialmente nos Estados Unidos e Uruguai. Este artigo explora diversas estratégias e ferramentas jurídicas, como o procedimento de Discovery nos EUA, estruturação de desvio ao Uruguai e a homologação de sentenças estrangeiras, que podem ser utilizadas por credores brasileiros para recuperar ativos internacionais. Além disso, abordamos jurisprudências relevantes brasileiras e internacionais que moldam e influenciam esses processos.

BUSCA INTERNACIONAL DE BENS

A busca internacional de bens envolve a utilização de tecnologias avançadas e processos jurídicos conduzidos por profissionais especializados para identificar ativos escondidos no exterior. Devedores frequentemente transferem recursos para outros países para evitar a execução de dívidas, utilizando métodos como a alienação de ativos móveis e imóveis, desvios de valores, formação de grupo internacional, e a criação de empresas offshore. Identificar esses ativos requer o uso de tecnologia avançada e protocolos internacionais.

DISCOVERY NOS EUA: UMA FERRAMENTA PODEROSA

O Discovery⁴⁴³, regulado pela Seção 1.782 do título 28 do Código dos Estados Unidos, permite a litigantes estrangeiros obter provas nos Estados Uni-

442 Autora: SIGLIANO, Daniela Nalio. Founder Effort- Recuperação Transnacional de Ativos. Sócia fundadora do Sigliano Sociedade de Advogados. Especialista em Investigação Patrimonial, Due Diligence e fraude transnacional - Mestre em Direito Processual Cível - Especialista em Recuperação de Crédito - MBA/ USP em Administração de Empresas e Recursos Humanos - Especializada em Falência e Recuperação de Empresas - MBA em Gestão de Negócios e Operações financeiras estruturadas.

443 MONTEIRO, Bruno Vicente Grando. A SEÇÃO 1782 DO TÍTULO 28 DO UNITED STATES CODE: O Discovery como Mecanismo de Obtenção de Provas nos Estados Unidos para Instruir Demandas em Trâmite Perante o Judiciário Brasileiro.

dos para serem usadas em procedimentos legais fora do país. Esta ferramenta é mais abrangente do que os procedimentos de produção antecipada de provas no Brasil, permitindo o acesso a registros privados e sigilosos que normalmente só seriam acessíveis em demandas criminais ou tributárias.

Seção 1.782 do título 28 do Código dos Estados Unidos.

“§ 1782 - (a) A corte distrital do distrito em que uma pessoa residir ou se encontrar pode determinar que ela dê o seu testemunho ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa para ser utilizada em um procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes da acusação formal. A ordem pode ser feita mediante carta rogatória emitida, ou pedido feito por um tribunal estrangeiro ou internacional ou a pedido de qualquer pessoa interessada e pode ordenar que o depoimento ou declaração seja dado, ou documento ou outra coisa seja produzido, perante uma pessoa designada pelo tribunal. Em virtude de sua nomeação, a pessoa nomeada tem poderes para administrar qualquer juramento necessário e tomar o depoimento ou declaração. A ordem pode prescrever a prática e o procedimento, que podem ser, no todo ou em parte, a prática e o procedimento do país estrangeiro ou do tribunal internacional, para tomar o depoimento ou declaração ou produzir o documento ou outra coisa. Na medida em que a determinação não prescreva o contrário, o depoimento ou declaração será tomado, e o documento ou outra coisa produzida, de acordo com as Federal Rules of Civil Procedure.

Uma pessoa não pode ser obrigada a dar seu testemunho ou declaração ou a produzir um documento ou outra coisa que viole qualquer privilégio legalmente aplicável.

(b) Este capítulo não impede que uma pessoa nos Estados Unidos dê voluntariamente seu depoimento ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa, para uso em um processo em um tribunal estrangeiro ou internacional perante qualquer pessoa e de qualquer maneira aceitável para ele.”

Jurisprudências sobre Investigação Patrimonial Transnacional.

A jurisprudência norte-americana⁴⁴⁴ tem sido fundamental na interpretação e aplicação da Seção 1.782, moldando como a Discovery pode ser utilizada por litigantes estrangeiros para investigar e recuperar ativos internacionais. A seguir, apresentamos alguns casos relevantes:

In re Gianoli Aldunate, 3 F.3d 54 (2d Cir. 1993): Este caso envolveu litigantes chilenos que solicitaram a assistência de um tribunal distrital dos EUA para obter provas de uma instituição financeira americana. O tribunal concedeu o pedido, estabelecendo um precedente importante para o uso da Seção 1.782 em litígios internacionais.

In re Postalis, 2022 WL 211063 (S.D.N.Y. Jan. 24, 2022): Neste caso, um tribunal federal em Nova York negou um pedido de Discovery sob a Seção 1.782 feito contra o Bank of New York Mellon. O tribunal considerou que o pedido poderia ser resolvido no Brasil, destacando a discricionariedade dos tribunais americanos em conceder ou negar pedidos de Discovery com base na eficiência e necessidade processual.

Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004): Este caso emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos ampliou o escopo da Seção 1.782, permitindo que um requerente estrangeiro solicite Discovery nos EUA mesmo que não haja um processo judicial pendente no exterior. A decisão destacou que a Seção 1.782 deve ser interpretada de forma ampla para promover a cooperação judicial internacional.

⁴⁴⁴ BORN, Gary. *International Litigation in United States Courts*

In re Application of Euromepa S.A., 51 F.3d 1095 (2d Cir. 1995): Neste caso, o tribunal de apelações decidiu que a Seção 1.782 pode ser utilizada para obter documentos e testemunhos nos EUA para serem usados em uma arbitragem internacional na França. A decisão ressaltou a flexibilidade⁴⁴⁵ da Seção 1.782 em relação a diferentes tipos de procedimentos legais internacionais.

OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL TRANSNACIONAL

Além do Discovery, existem outras ferramentas⁴⁴⁶ e estratégias que podem ser utilizadas na investigação patrimonial transnacional:

Cartas Rogatórias: Solicitações formais entre tribunais de diferentes países para a coleta de provas ou execução de decisões judiciais. Esse mecanismo é utilizado para obter cooperação internacional direta entre as autoridades judiciais.

Acordos de Assistência Mútua (MLATs): Acordos bilaterais que facilitam a cooperação jurídica entre países, permitindo a troca de informações e a coleta de provas. Esses acordos são particularmente úteis em casos de investigação criminal e de combate à lavagem de dinheiro.

Agências de Investigação Privada: Empresas especializadas em rastreamento de ativos internacionais utilizam técnicas avançadas de investigação para localizar e documentar ativos ocultos em várias jurisdições⁴⁴⁷.

Redes de Cooperação Internacional: Organizações como a Interpol e o *Egmont Group* promovem a cooperação entre autoridades financeiras e policiais de diferentes países, facilitando a troca de informações e a coordenação de investigações transnacionais.

Plataformas de Troca de Informações Financeiras: Iniciativas como o *Common Reporting Standard* (CRS) da OCDE facilitam a troca automática de informações financeiras entre países, ajudando a identificar ativos ocultos e combater a evasão fiscal.

JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRAS

A jurisprudência brasileira também oferece precedentes importantes sobre a investigação patrimonial transnacional e a cooperação jurídica internacional.

STJ, REsp 1.709.029/SP (2018): Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a validade de provas obtidas através de cooperação internacional. A decisão reforça a importância da colaboração entre jurisdições para a obtenção de provas e recuperação de ativos.

445 BEDERMAN, David J. The Expanding Scope of Discovery Under 28 U.S.C. § 1782.

446 PITTA, Rafael Gomiero. Discovery e Outros Instrumentos Processuais do Common Law: A Eficiência dos Meios Probatórios na Resolução de Conflitos nas Fases Iniciais do Procedimento Civil (Pre-suit e Pretrial).

447 Effort-CO www.effort-co.com.br

STJ, REsp 1.219.229/RJ (2011): O STJ decidiu que documentos obtidos através de cartas rogatórias enviadas aos Estados Unidos poderiam ser utilizados em processos judiciais no Brasil. Este caso destacou a viabilidade e a importância da cooperação internacional na obtenção de provas.

TJSP, Apelação Cível nº 1001675-84.2015.8.26.0100 (2018): O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) analisou um caso em que a obtenção de provas nos EUA foi essencial para a resolução do litígio. A decisão destacou a importância do uso de mecanismos internacionais de cooperação para a recuperação de créditos.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Além do Discovery⁴⁴⁸, os Estados Unidos oferecem meios para a homologação de sentenças estrangeiras, permitindo que decisões judiciais brasileiras sejam reconhecidas e executadas em solo americano. Este procedimento envolve a apresentação de uma petição ao tribunal competente, acompanhada da documentação que comprova a validade da sentença estrangeira. A homologação facilita a recuperação de créditos ao permitir a execução de bens de devedores que transferiram ativos para os EUA.

DESAFIOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Discovery e a homologação de sentenças estrangeiras ofereçam poderosas ferramentas para a recuperação de créditos, esses procedimentos são complexos e caros. Eles requerem uma estratégia bem delineada e um investimento financeiro significativo, o que os torna viáveis principalmente para litígios de vulto financeiro relevante.

A globalização e a crescente transferência de ativos para o exterior tornam essas ferramentas cada vez mais essenciais para credores brasileiros. Utilizar o Discovery⁴⁴⁹ e a homologação de sentenças estrangeiras pode permitir que credores recuperem ativos de devedores que buscam se proteger além-mar, promovendo a justiça e a eficiência no sistema jurídico global.

Ocultação de Bens no Uruguai por Devedores Brasileiros: Motivos, Métodos e Soluções.

Os devedores brasileiros escolhem o Uruguai para ocultar bens por várias razões:

- Sigilo Bancário: Embora o sigilo bancário no Uruguai⁴⁵⁰ tenha sido enfraquecido nos últimos anos devido à pressão internacional, ainda

448 BEDERMAN, David J. The Expanding Scope of Discovery Under 28 U.S.C. § 1782.

449 PERRY, Amanda S. Discovery in Aid of Foreign Proceedings: A Critical Analysis of 28 U.S.C. § 1782.

450 GONZÁLEZ, Jose Luiz. Derecho Financiero y Recuperación de Activos

há uma percepção de que o país oferece um nível relativamente alto de confidencialidade financeira.

- Proximidade Geográfica: A proximidade do Uruguai com o Brasil facilita a transferência de ativos e a realização de transações financeiras.
- Vantagens Fiscais: O Uruguai oferece regimes fiscais atrativos, incluindo isenções e incentivos para investidores estrangeiros, tornando-o um destino popular para a alocação de ativos.
- Ambiente Regulatório Favorável: As leis uruguaias permitem a criação de empresas offshore e outras estruturas legais que facilitam a ocultação de ativos.
- Estabilidade Econômica e Política: O Uruguai é considerado um país estável economicamente e politicamente, proporcionando um ambiente seguro para a manutenção de ativos.

MÉTODOS DE OCULTAÇÃO DE BENS - OS DEVEDORES UTILIZAM VÁRIOS MÉTODOS PARA OCULTAR BENS NO URUGUAI:

Criação de Empresas Offshore: Empresas offshore são frequentemente utilizadas para esconder a verdadeira propriedade de ativos. Essas entidades podem possuir contas bancárias, imóveis e outros bens em nome de terceiros ou entidades anônimas.

Contas Bancárias em Nome de Terceiros: A abertura de contas bancárias em nome de familiares, amigos ou empresas de fachada é uma prática comum para ocultar a verdadeira titularidade dos ativos.

Investimentos em Imóveis: A compra de imóveis em nome de empresas offshore ou terceiros é uma forma eficaz de ocultar patrimônio.

Transferências Internacionais: Transferências frequentes e complexas entre várias jurisdições podem dificultar o rastreamento dos ativos.

Uso de Trusts e Fundos de Investimento: Trusts e fundos de investimento são utilizados para dispersar e esconder ativos, dificultando a identificação dos beneficiários finais.

UNIÃO EUROPEIA

Na Europa, mecanismos semelhantes estão ganhando força. A União Europeia⁴⁵¹ tem adotado medidas para facilitar a cooperação judicial entre estados membros, permitindo a recuperação de ativos através de procedimentos trans-

451 VELLUTI, Samantha. The European Union and Its Policies: A European Perspective

fronteiriços. A Diretiva Europeia 2014/41/EU⁴⁵² sobre a Ordem Europeia de Investigação (OEI) é um exemplo de como a cooperação judicial pode ser fortalecida para combater a evasão de ativos.

REGULAMENTO (UE) 2018/1805

Além da Diretiva Europeia 2014/41/EU que facilita a coleta de provas entre Estados-Membros da UE, outro exemplo importante de mecanismo para fortalecer a cooperação judicial e combater a evasão de ativos⁴⁵³ é o Regulamento (UE) 2018/1805 sobre o sequestro e a confiscação de ativos.

Objetivo: Este regulamento estabelece um sistema para o sequestro e a confiscação de ativos criminosos em processos penais e é aplicado entre Estados-Membros da UE. Seu objetivo é facilitar a cooperação e a assistência mútua na recuperação de ativos, incluindo bens obtidos de forma ilícita.

OUTROS EXEMPLOS DE MECANISMOS

- Sistema de Informação Schengen (SIS): Utilizado para o intercâmbio de informações sobre pessoas procuradas e bens roubados, incluindo ativos financeiros. Facilita a cooperação entre autoridades policiais e judiciais dos Estados-Membros.
- Europol: A Agência Europeia de Polícia Criminal auxilia na coordenação de investigações e operações transnacionais, incluindo aquelas focadas na recuperação de ativos.
- Eurojust: Coordena a cooperação judicial entre Estados-Membros da UE e oferece suporte em casos de grande complexidade, incluindo a recuperação de ativos e a execução de ordens de confisco.
- Convenção de 2005 sobre o Confisco de Bens: Embora não seja exclusiva da UE, esta convenção internacional, que muitos países europeus assinaram, estabelece um quadro para a cooperação internacional na recuperação de ativos e o confisco de bens obtidos através de atividades criminosas.

CONCLUSÃO

A Seção 1.782 do direito norte-americano e os meios de homologação de sentença estrangeira nos Estados Unidos representam instrumentos jurídicos

⁴⁵² Diretiva Europeia 2014/41/EU sobre a Ordem Europeia de Investigação (OEI).

⁴⁵³ LEVI, Michael. Money Laundering and Its Regulation

essenciais para facilitar a cooperação judicial internacional e promover a eficácia do sistema jurídico global, podendo serem utilizados em recuperações de crédito de forma bastante proeminente.

O Discovery e a homologação de sentença estrangeira são alternativas que devem cada vez mais serem exploradas em um mundo globalizado em que já não mais raro um devedor brasileiro, de perfil empresarial, ser proprietário de uma casa, de algumas casas, de ações e cotas de sociedades, de automóveis de luxo, embarcações e simplesmente investimentos financeiros em países em que se julga protegido da atuação de seus credores.

A colaboração transnacional na recuperação de ativos tem avançado significativamente nos últimos anos, refletindo um compromisso global crescente com a transparência e combate a fraude. A União Europeia tem sido uma líder ativa neste processo, promovendo a integração de políticas e a harmonização de práticas entre seus estados membros para facilitar a cooperação em investigações e recuperações de ativos. Através de mecanismos como a Diretiva de Confisco de Ativos e o Sistema de Informação Schengen, a UE tem se esforçado para criar um ambiente legal e operacional robusto para lidar com ativos de origem ilícita.

O Uruguai, por sua vez, tem se destacado por suas iniciativas de alinhamento com padrões internacionais e seu empenho em fortalecer a cooperação com outros países e blocos regionais, incluindo a União Europeia. O país tem implementado reformas significativas em suas políticas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro, buscando aumentar a eficácia de suas próprias instituições e facilitar a recuperação de ativos em colaboração com parceiros internacionais.

Essa interconexão entre a União Europeia e o Uruguai é um exemplo notável de como colaborações transnacionais podem criar um sistema mais eficiente e coeso para enfrentar desafios globais no campo da recuperação de ativos. As sinergias entre diferentes jurisdições não apenas ampliam o alcance das operações de recuperação, mas também fortalecem a capacidade coletiva de combater fraudes, crimes e promover a justiça. A continuidade e o aprofundamento dessas colaborações são essenciais para garantir que os ativos ilícitos sejam recuperados e utilizados de forma a beneficiar as sociedades afetadas inclusive satisfazendo credores e implantando mais confiança nas operações financeiras e concessão de crédito.

Não são poucas as demandas de recuperação de créditos em que o credor e seus assessores legais se deparam com devedores que possuem ativos além-mar, muitos nos Estados Unidos da América, mas não limitando-se a esse, não sendo esse um obstáculo intransponível para que a execução cruze as Américas e passe a se desenvolver onde estão os ativos daquele devedor.

ANÁLISE REGULATÓRIA DOS ATIVOS VIRTUAIS

TOKENS DE PAGAMENTO

PATRÍCIA MOINO⁴⁵⁴

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a regulamentação brasileira no tocante ao mercado financeiro e de capitais e os tokens de pagamento, mostrando como os entes reguladores enxergam o tema e seus possíveis desdobramentos. Para atingir esse objetivo, o texto discute os aspectos institucionais relativos ao conceito dos tokens de pagamento, bem como faz a análise dos desdobramentos possíveis regulatórios.

Palavras-chave: Macroeconomia, Mercado Financeiro e de Capitais, Token de Pagamento, Criptoativos, Ativos Virtuais, Cryptocurrency, Token Economics, Tokenomics, Costly Signalling.

Sumário: Introdução; Os Tokens de Pgamento; Os Entes Reguladores e os Tokens Da Dynasty; Consulta Formal à CVM; O Buyback & Burn dos DYN; e Panorama Regulatório dos Tokens de Pagamento.

INTRODUÇÃO

O Mercado Financeiro e de Capitais é um sistema complexo que movimenta o capital global. Ele conecta investidores e empresas, proporcionando um ambiente para investimentos e financiamentos. O mercado financeiro tem uma longa história que remonta há séculos. Desde os primórdios da civilização humana as pessoas buscam maneiras de trocar bens e serviços e, ao longo do tempo, desenvolveram sistemas e instituições para facilitar essas transações.

O Mercado Financeiro é um conceito geral. Ele abrange também outros mercados, inclusive o mercado de capitais. Isso significa que tudo que envolve o sistema financeiro faz parte do pacote, mas podemos dizer que existem quatro mercados principais:

⁴⁵⁴ Advogada formada pela Universidade Mackenzie, atua na área de Mercado de Capitais desde 2018, e-mail: patmoino@gmail.com

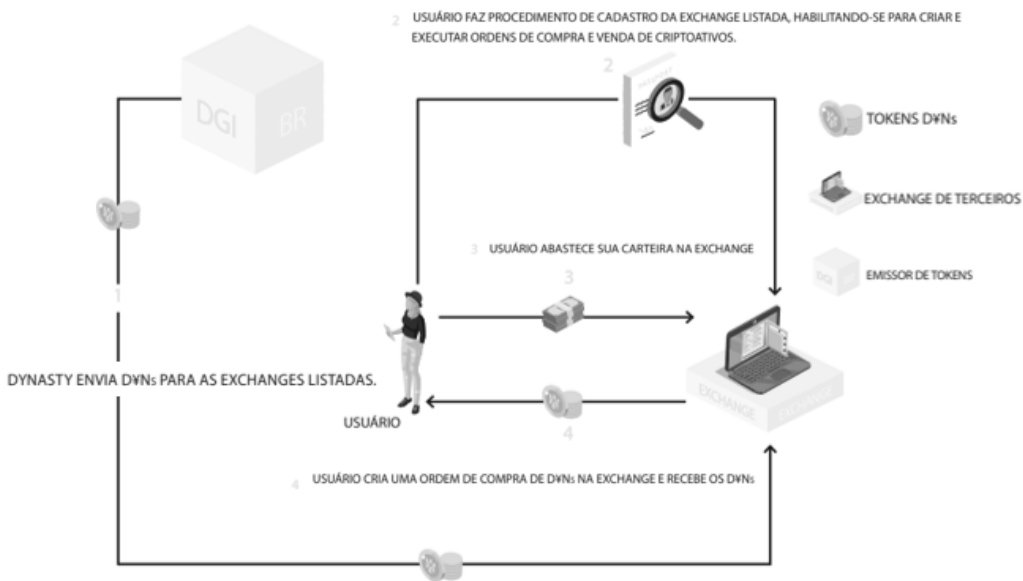
- **Mercado Monetário:** regulado pelo Bacen, onde o dinheiro circula no curto prazo, tipo transferências e depósitos que acontecem em um prazo de 24 horas em bancos e fintechs;
- **Mercado de Crédito:** mercado onde as pessoas buscam empréstimos e outras formas de obter mais renda, pagando juros por isso. São exemplos o cheque especial ou o empréstimo pessoal, com outros tipos de crédito;
- **Mercado de Câmbio:** regulado pelo Bacen, lida basicamente com tudo que envolve moedas estrangeiras. Empresas com foco na exportação trabalham diretamente com esse segmento; e
- **Mercado de Capitais:** Regulado pela CVM, o Mercado de Capitais é responsável, principalmente, por capitalizar as empresas. Ou seja, é nele que os negócios conseguem capital diretamente pelos investidores, pela venda de ações ou debêntures.

O mercado de capitais, ou valores mobiliários, é um dos segmentos existentes no sistema financeiro brasileiro. Trata-se de um setor econômico responsável por intermediar negociações financeiras entre instituições, pessoas físicas e investidores, é fundamental para o funcionamento da economia global, desempenhando um papel crucial na alocação eficiente de recursos e no financiamento das atividades empresariais. O objetivo do mercado de capitais é proporcionar um mecanismo para que empresas e governos possam captar recursos diretamente dos investidores, e, dessa forma, financiem projetos de expansão, inovação e outros investimentos que demandem capital substancial.

OS TOKENS DE PAGAMENTO

Para o caso em concreto vamos analisar os tokens de pagamento da Dynasty Global Investments BR Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob nº 40.658.184/0001-04, com sede na Capital do Estado de São Paulo, à Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 4055 (“DGI” ou “Dynasty”) que veio atuar no Brasil como uma empresa de tecnologia *cripto* que atua como emissora dos tokens⁴⁵⁵ de pagamento DYN. Fundada na Suíça em 2016 e com filial sediada no Brasil em 2021, tem como um dos fundadores o brasileiro Eduardo Carvalho, com mais de 10 anos de experiência no mercado imobiliário e de tecnologia.

⁴⁵⁵ São sinônimos para fins do presente artigo: criptoativos (termo usado pela SRF), ativos virtuais (adotado pela Lei nº 14.478/22) e/ou tokens.



Fonte: <https://whitepaper-pdf-app-87bfd17af4c6.herokuapp.com/>

O DYN é projetado para acomodar uma vasta gama de transações dentro do ecossistema. Ele permite aos titulares (i) converterem seu dinheiro para tokens DYN- usando a tecnologia blockchain, fornecendo aos detentores de DYN uma alternativa para armazenamento e transação dos mesmos; e (ii) utilizarem os DYNs para pagamentos nos parceiros comerciais integrantes do ecossistema.

A DGI não veio atuar especificamente no mercado imobiliário tradicional, mas atuar na nova intersecção mercado imobiliário e tecnologia. Entretanto, o mercado imobiliário quando acessado através de veículos financeiros, como é o caso dos tokens DYNs, exige o cumprimento das normas financeiras pertinentes. Quando o mercado se depara com um novo produto financeiro os entes reguladores precisam analisar e apontar como aquele produto será regulado uma vez que precisam analisar as questões referentes ao status legal e regulatório do novo instrumento.

OS ENTES REGULADORES E OS TOKENS DA DYNASTY

A era do blockchain criou um verdadeiro quebra-cabeça para os reguladores do mercado financeiro e de capitais. Principalmente startups e novas empresas cripto encontraram maneiras pioneiras de usar ativos digitais como meio de financiamento para seus projetos, mas isso pode causar problemas legais quando os títulos não são devidamente tratados. E o mercado financeiro e de capitais é bastante suscetível a manobras de manipulação de mercado.

Em que pese a discussão sobre se os DYNs serem *securities* tokens ou tokens de pagamento (criptomoeda), a Dynasty sempre defendeu se tratar de tokens de pagamento (ERC-20), com a característica de lastro no mercado imobiliário global. Esta fusão única entre o setor imobiliário e a categorização enquanto token de pagamento coloca os DYNs em uma posição distinta no mercado de criptomoedas. Enquanto mantêm a essência dos tokens de pagamento, que utiliza o potencial máximo da tecnologia blockchain – similar ao que ocorre com as criptomoedas como o Bitcoin – os DYNs se diferenciam por estarem diretamente vinculados a ativos tangíveis do mundo real, especificamente ativos imobiliários. Esta característica confere aos DYNs uma base mais concreta e um potencial ilimitado, conforme dito pela própria DGI em seu *Whitepaper* (disponível em: <https://whitepaper-pdf-app-87bfd17af4c6.herokuapp.com/>).

Segundo a própria Dynasty, o seu propósito é “(Fornecer) um token de pagamento com utilização global e com referência no mercado imobiliário”. Para tanto utiliza a rede ethereum do blockchain como instrumento transacional para trazerem a globalização e descentralização para o próximo nível. Adicionalmente, “com o fim específico de proteção do poder de compra dos DYNs, a Dynasty adquire ativos imobiliários ao redor do mundo e se utiliza do fluxo de caixa oriundo de tais ativos para implementar mecanismo de “Buyback & Burn”, que consiste, basicamente, na compra de tokens em mercado secundário e posterior cancelamento (queima) para incrementar a escassez e, conseqüentemente, incentivar um volume de sua circulação no mercado.”

Veremos mais a frente que o mecanismo *Buyback & Burn* foi o que mais suscitou discussões para a caracterização ou não do token como *securitie* ou pagamento.

Ao fazermos uma análise da natureza jurídica das criptomoedas é imperioso lembrar que apesar do nome criptomoedas, tradução livre significa “moedas cripto ou virtuais”, elas não são legalmente consideradas moedas, pois a lei determina que somente o real é moeda nacional, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 9.069/95. Somente a União, ou ente federado estrangeiro análogo, pode emitir moeda, conforme art. 21, inciso vii, da Constituição Federal, o que não é o caso das criptomoedas.

As criptomoedas também não podem ser consideradas moedas eletrônicas, uma vez que a Lei nº 12.865/13, a Lei do Sistema Brasileiro de Pagamentos, define em seu art. 6º, inciso vi: “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”, o que não é o caso das criptomoedas. O Banco Central, no Comunicado 31.379/2017, no item 5, ratificou o entendimento de que as criptomoedas são distintas das moedas eletrônicas da Lei nº 12.865/13: “moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos

denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.”

Se o token DYN não é uma moeda no conceito legal palavra, o que ele seria? Em linha com o Parecer de Orientação nº 40/2022 (“Parecer CVM 40”), primeiro parecer da CVM que tratou especificamente sobre os criptoativos, objeto de nossos comentários em outubro do ano passado⁴⁵⁶, a CVM já tinha deixado claro que dependendo do criptoativo, este poderia ser considerado valor mobiliário e se assim enquadrado deveria seguir todo o arcabouço regulatório aplicável aos valores mobiliários (incluindo, sem limitação, registro de emissor, ofertas públicas, escrituração, custódia, etc).

- *COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM*

O Parecer CVM 40 estabeleceu os limites de atuação da Autarquia e a forma como a CVM pode e deve exercer seus poderes para normatizar e regular os criptoativos, ou seja, somente quando forem classificados como valores mobiliários.

Nesse sentido, o Parecer CVM 40, a CVM indica que um criptoativo pode ser um valor mobiliário nas hipóteses em que representa digitalmente um dos valores mobiliários previstos no rol taxativo previsto no art. 2º, nos incisos i a viii, da Lei nº 6.385/76 e/ou na Lei nº 14.430/22 (isto é, certificados de recebíveis em geral) ou se enquadra no conceito de contrato de investimento coletivo (“CIC”), previsto no art. 2º, inciso ix, da Lei nº 6.385/76.

Tal possibilidade ganha relevância quando se parte da constatação de que, em 2001, com a reforma da Lei nº 6.385/76, a definição de valor mobiliário passou não apenas a abranger outros instrumentos, anteriormente não considerados sob tal rubrica, mas também a incorporar uma nova potencialidade: ante a redação dada a alguns incisos do art. 2º daquele diploma, tornou-se possível, por interpretação, verificar se novos instrumentos poderiam ou não ser caracterizados como valores mobiliários. Rompia-se, assim, um modelo inaugurado em 1976, no qual a lista de tais instrumentos era fechada, taxativa.

Essa nova possibilidade se dá, em especial, a partir de três incisos do referido artigo: os incisos VII e VIII, por intermédio dos quais se passou a caracterizar os derivativos como valores mobiliários; e o inciso IX, que, replicando o que já constava da Medida Provisória nº 1.637/98 e posteriormente convertida na Lei nº 10.198/01, utiliza o conceito de CIC, aparentado do conceito norte-americano de

⁴⁵⁶ Newsletter do EFCAN Advogados “CVM publica Parecer de Orientação sobre criptoativos e o mercado de valores mobiliários”, disponível em: <https://efcan.com.br/publicacoes/>

securities. Como diversos autores referem-se, com frequência, a ao menos uma das duas categorias (derivativos e CIC), senão a ambas, para procurar a natureza dos créditos de carbono, será brevemente discutida, na sequência, cada uma delas.

Portanto a CVM somente regulará aquilo que for valor mobiliário, ou por determinação legal ou pela análise do caso em concreto. Tudo aquilo que for um criptoativo e não for um valor mobiliário, não será regulado pela CVM.

Se determinado título for considerado um valor mobiliário, significa dizer que ele deve se sujeitar às regras e à fiscalização da CVM. Isso implica uma mudança significativa na forma como esses títulos podem ser ofertados e negociados no mercado.

- *BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN*

A Lei nº 14.478/22 estabelece o que seria um ativo virtual por exclusão, ou seja, tudo aquilo que não for: a) valor mobiliário; b) ativos financeiros e quaisquer ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento; c) moeda fiduciária nacional ou estrangeira; d) moeda eletrônica definida na forma do art. 6º, inciso vi, da Lei nº 12.865/13; e e) pontos e recompensas de programas de fidelidade, bem como “instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços.

Portanto, qualquer representação digital de valor de emissão e circulação eletrônica usada para pagamento ou investimento, que não se enquadrar nas exclusões indicadas acima, está sujeito à Lei nº 14.478/22, conforme disposto em seu art. 8º, apenas as instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN poderão prestar exclusivamente o serviço de ativos virtuais ou cumulá-lo com outras atividades.

Em 14/12/2023, o BACEN abriu uma consulta pública com o objetivo de obter contribuições e informações para elaboração, pela autarquia, de regulamentos concernentes aos ativos virtuais de que trata a Lei nº 14.478/22, a mesma foi finalizada em 31/01/2024⁴⁵⁷. Com os devidos subsídios obtidos, a regulação dos ativos virtuais pelo BACEN está entre as prioridades da agenda deste ano. Após a conclusão da primeira consulta pública em janeiro deste ano, o BACEN planeja lançar uma segunda consulta pública no segundo semestre. Esta consulta abrangerá normas gerais de atuação dos prestadores de serviços e processos de autorização. O objetivo é incorporar as contribuições recebidas e finalizar as propostas normativas ainda este ano.

⁴⁵⁷ Consulta Pública BACEN nº 97/2023, disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudienciaPage?15>

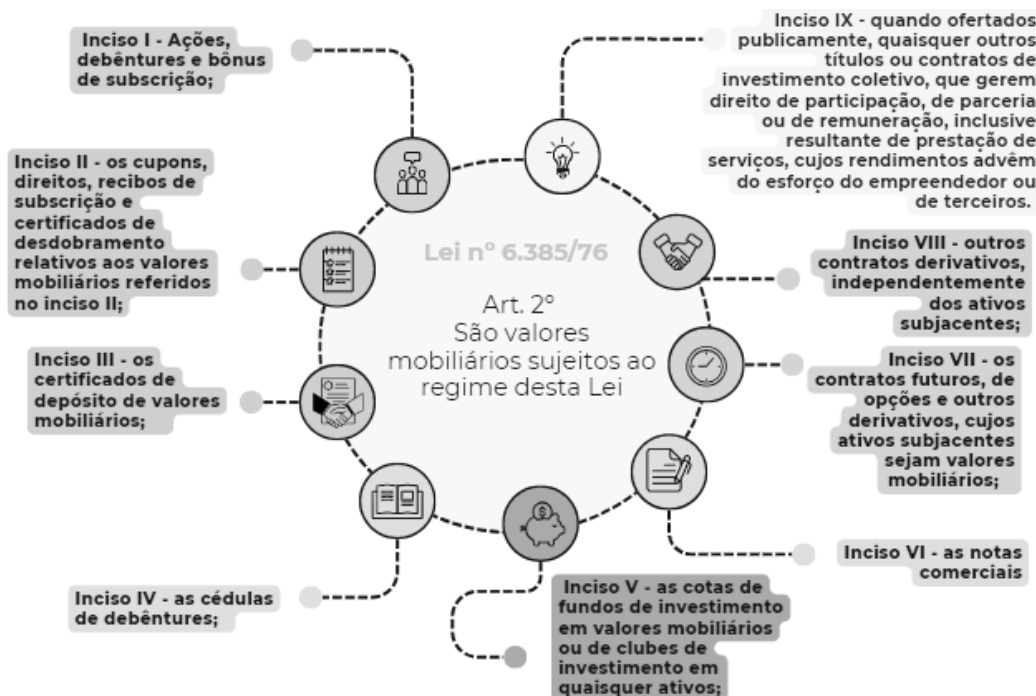
CONSULTA FORMAL À CVM

É muito interessante lembrar que, na prática, a maior preocupação da DGI tem girado em torno da possibilidade de caracterização dos DFNs como valores mobiliários pela CVM. Afinal, existe uma regulamentação robusta para tratar dos valores mobiliários, enquanto por outro lado, ainda não há uma regulamentação para tratar dos ativos virtuais regulados pela Lei nº 14.478/22.

Para se assegurar de possíveis contratempos, a DGI realizou uma consulta formal à CVM a respeito de qual é qualificação jurídica do seu token DFN. Passados dois anos, em abril de 2024 a decisão do colegiado foi que **o DFN não é considerado um valor mobiliário (security token), mas simplesmente um token de pagamento (criptomoeda).**

Para analisar casos em concreto da qualificação jurídica do que é um valor mobiliário, a CVM segue a determinação legal da Lei nº 6.385/76, que, conforme apontado acima, possui no seu inciso IX do art. 2º, o conceito aberto introduzido pelo CIC.

Com isso, são valores mobiliários: (i) todos os listados nos incisos I ao VIII do artigo 2º da Lei nº 6.385/76; (ii) quaisquer outros criados por lei, ou regulamentação específica, como valores mobiliários, um exemplo temos os certificados de recebíveis imobiliários – CRI's, os certificados de investimentos audiovisuais, entre outros; e (iii) **quaisquer outros que se enquadrem no inciso IX do artigo 2º da Lei nº 6.385/76 conforme citado abaixo.**



Percebe-se assim que a variedade de ativos que podem ser considerados valores mobiliários é bem extensa, o que implica que a CVM tem competência sobre uma grande variedade de ativos e sobre uma grande variedade de agentes que colocam esses ativos no mercado.

Para determinar se um ativo financeiro é considerado um valor mobiliário, com base no art. 2º, inciso IX da Lei nº 6.385/76, conforme citado acima, a CVM adota a interpretação parecida da Suprema Corte dos Estados Unidos no que diz respeito à aplicação do Teste de Howey. Sem prejuízo, a depender do caso concreto, o entendimento pátrio pode divergir. O Teste de Howey foi uma estrutura estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos – SEC para determinar se um ativo financeiro se qualifica como um valor mobiliário. A SEC defende fortemente o uso do Teste Howey para determinar se uma empresa ou produto cripto é um valor mobiliário.

Interessante lembrar que o próprio Teste de Howey nasceu do caso datado de 1946, de um produto oriundo do mercado imobiliário. Uma vez que a Howey Co. arrendou e cuidou de pomares de laranjas e concordou em compartilhar a receita resultante com os proprietários de terras e a Howey Co. não registrou essas transações na SEC, esse fato fez com que fosse levada a uma reunião no tribunal. A decisão final da Suprema Corte decidiu que os contratos de arrendamento se qualificam como valor mobiliário e deveriam cumprir a lei da SEC. Como resul-

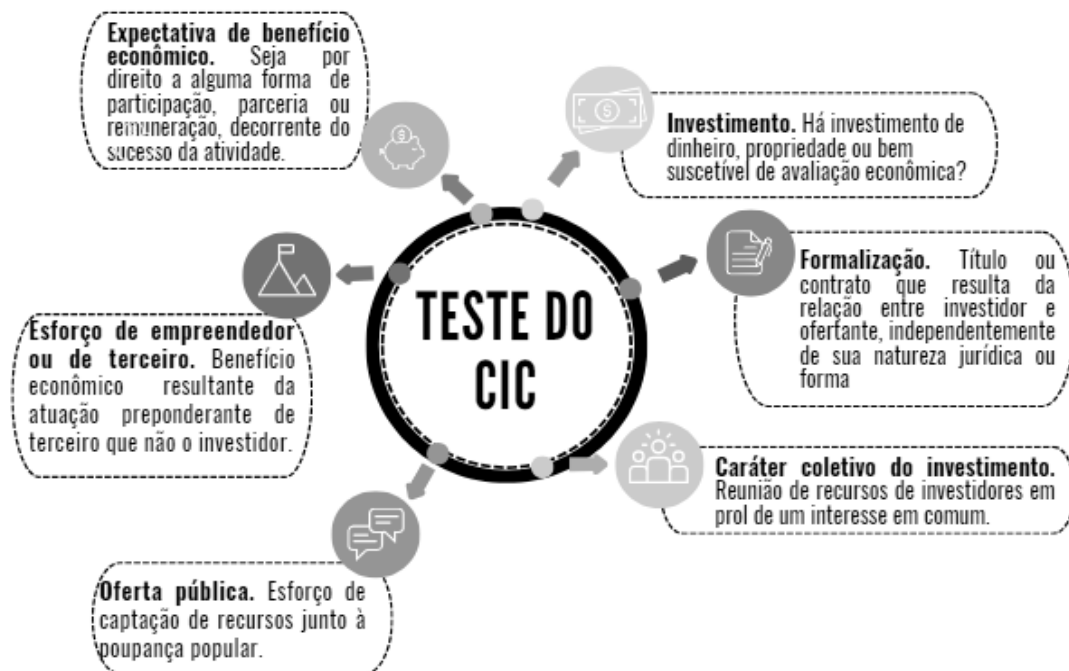
tado, a Suprema Corte criou o Teste de Howey, sendo 4 questionamentos que ao respondidos definem se um título é ou não um valor mobiliário. Veja só:



Sobre a mistura do conceito legal brasileiro com o americano sobre o que é um valor mobiliário, acabamos de enumerar as características do Teste de Howey, conceito que a jurisprudência americana construiu para a expressão *investment contract* (um dos diversos itens do rol de instrumentos definidos como *securities*, no artigo 2, inciso 1, da Securities Act of 1933).

Por óbvio, são características muito próximas do conceito legal brasileiro para contrato de investimento coletivo. No Brasil, o conceito aberto no Brasil está restrito a saber se o ativo financeiro é um CIC descrito no art. 2º, inciso IX da Lei nº 6.385/76, se este for o caso o CIC em questão é um valor mobiliário sujeito ao regime da Lei nº 6.385/76.

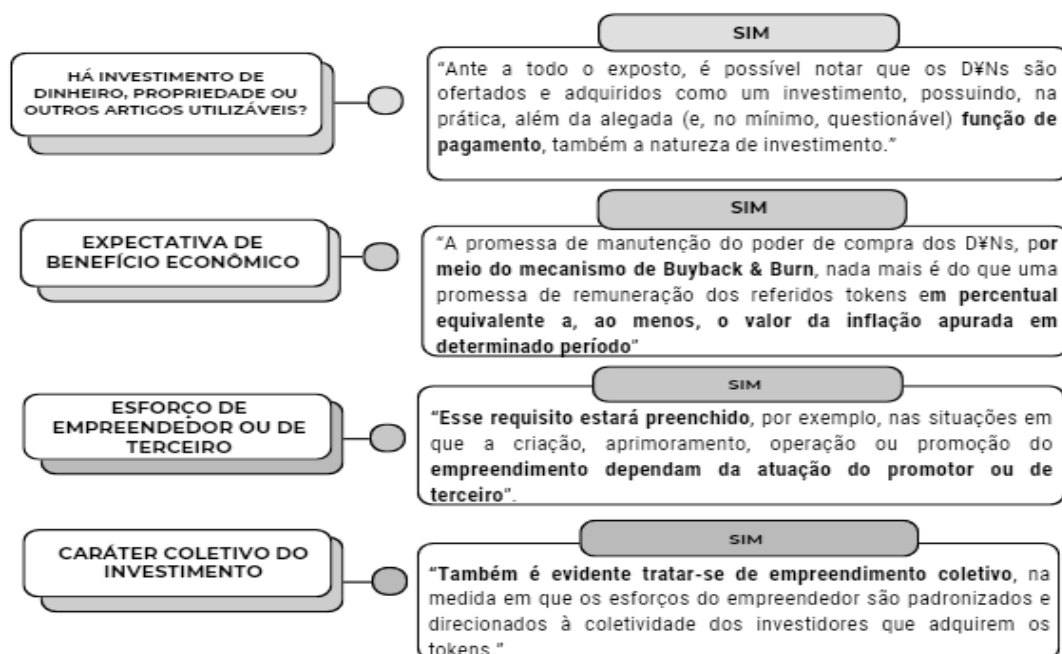
Nesse sentido, para fins de caracterização de um CIC, o Colegiado da CVM tem reiteradamente considerado as seguintes características de um contrato de investimento coletivo para decidir se determinado título é ou não um valor mobiliário:



A decisão final da CVM no caso dos DYNs⁴⁵⁸ é que o DYN não é um valor mobiliário porque não há o enquadramento do DYN como um Contrato de Investimento Coletivo – CIC, previsto no conceito aberto do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76. Entretanto, a citada decisão não foi unânime, girando a discussão em razão do mecanismo *Buyback and Burn* ao que os DYNs estão sujeitos. Nesse sentido, vale nos debruçarmos sobre o entendimento manifestado pelos membros da autarquia. Repassamos resumidamente as etapas consideradas nessa análise da CVM por cada um dos membros votantes no caso DYN.

⁴⁵⁸ Reg. nº 3015/24 CVM, de 30/04/2024, disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2024/20240430_R1/20240430_D3015.html

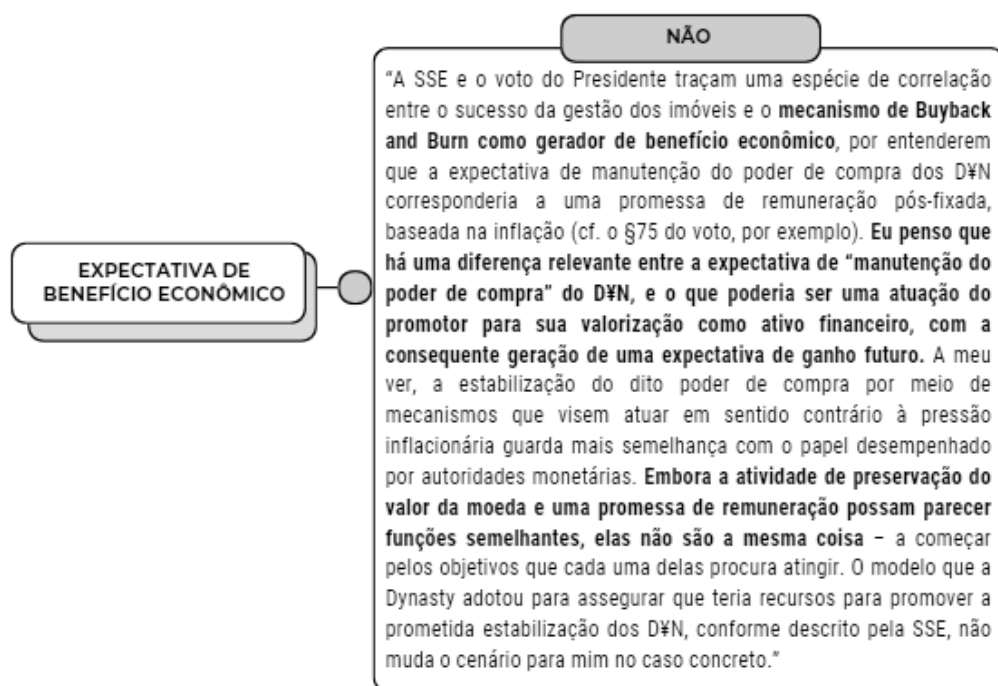
ANÁLISE DO PRESIDENTE DA CVM JOÃO PEDRO NASCIMENTO:



O Presidente João Pedro Nascimento concluiu que os DYNs se enquadram ao conceito de valor mobiliário, uma vez que estariam presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato de investimento coletivo, nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76, de modo que sua oferta estaria sujeita a registro prévio ou dispensa da CVM.

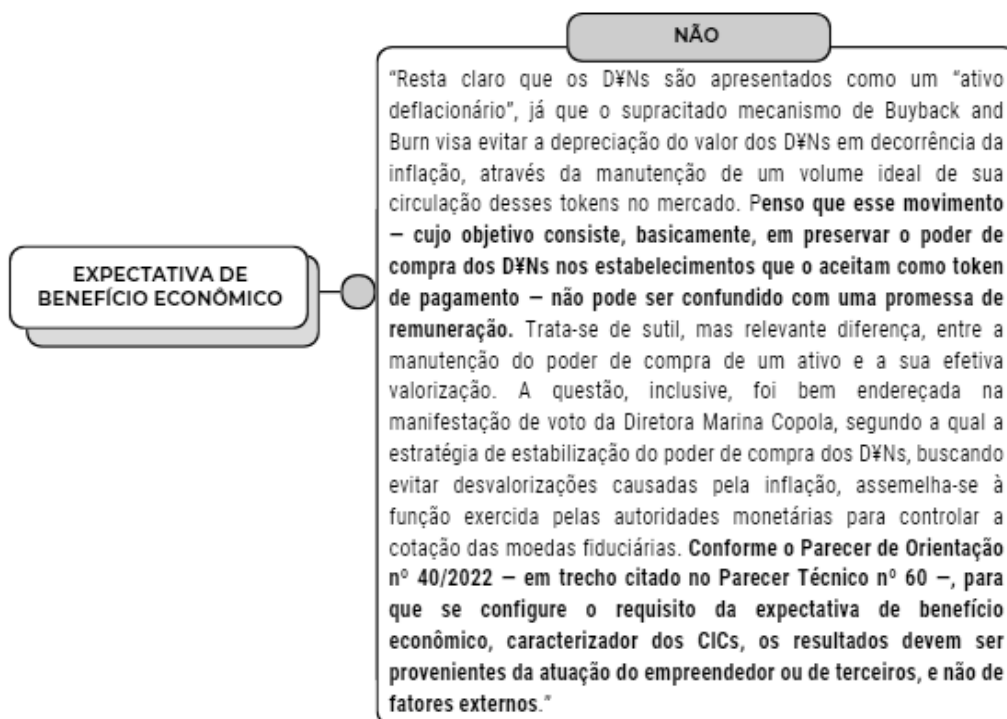
Assim, o Presidente votou ratificando as conclusões contidas no Parecer Técnico nº 60, proferido pela Superintendência de Securitização e Agronegócio – SSE.

ANÁLISE DA DIRETORA DA CVM MARINA COPOLA:



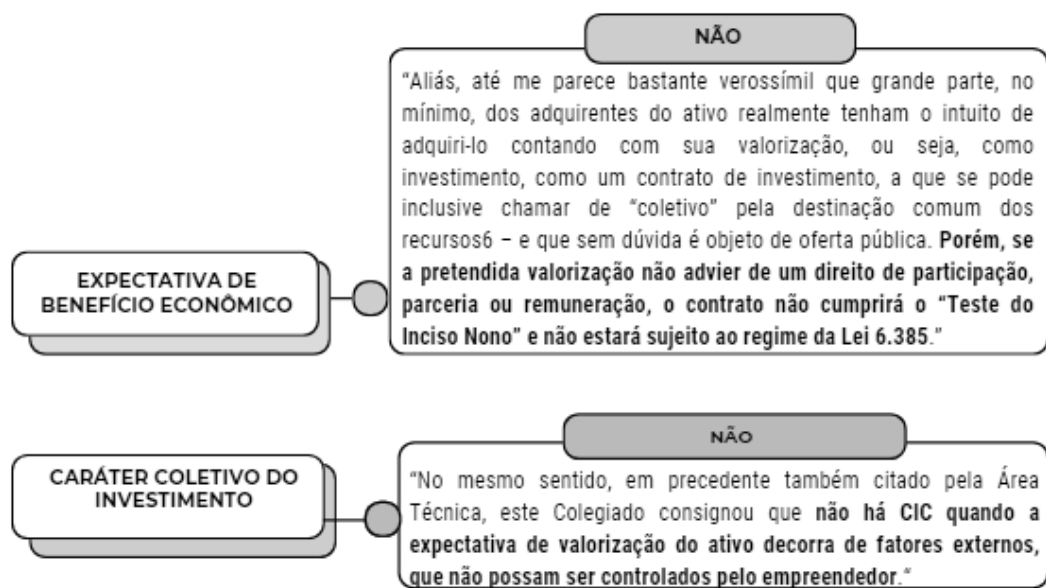
A Diretora Marina Copola concluiu que os DYNs **não** se enquadram ao conceito de valor mobiliário, uma vez que o mecanismo de *Buyback & Burn* não é gerador de benefício econômico e, portanto, não estariam presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato de investimento coletivo, nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76.

ANÁLISE DO DIRETOR DA CVM
OTTO EDUARDO F. DE ALBUQUERQUE LOBO:



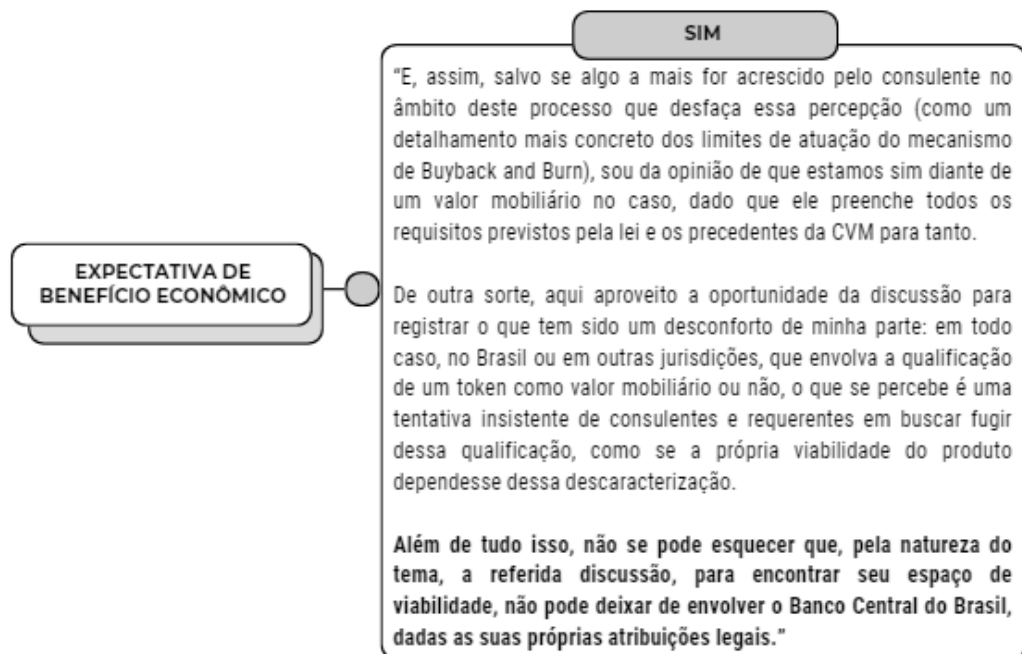
O Diretor Otto Eduardo F. de Albuquerque Lobo concluiu que os DFNs **não** se enquadram ao conceito de valor mobiliário, uma vez que o mecanismo de *Buyback & Burn* não é gerador de benefício econômico, assim como a Diretora Marina Copola, bem como não há resultado financeiro obtido por esforço de terceiros ou atuação empreendedora, e, portanto, não estariam presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato de investimento coletivo, nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76.

ANÁLISE DO DIRETOR DA CVM JOÃO ACCIOLY:



O Diretor João Accioly concluiu que os DYNs **não** se enquadram ao conceito de valor mobiliário, uma vez que o mecanismo de *Buyback & Burn* não é gerador de benefício econômico, assim como a Diretora Marina Copola e o Diretor Otto Lobo, bem como não há resultado financeiro obtido por esforço de terceiros ou atuação empreendedora, assim como o Diretor Otto Lobo, e, portanto, não estariam presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato de investimento coletivo, nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76.

ANÁLISE DO DIRETOR DA CVM DANIEL MAEDA:



O Diretor Daniel Maeda apresentou manifestação de voto pelo não provimento do recurso, acompanhando o voto do Presidente João Pedro Nascimento, destacando seu entendimento de que os DYNs se enquadram ao conceito de valor mobiliário, uma vez que o mecanismo de Buyback & Burn aparentemente é gerador de benefício econômico.

Vale destacar que a CVM ainda não possui entendimento consolidado sobre o tema. Significando que o DYN pode vir a ser considerado um valor mobiliário no futuro, caso se comporte como um nas dinâmicas do mercado. **Ou seja, hoje o DYN não é um valor mobiliário, mas pode vir a ser considerado um.**

O *BUYBACK & BURN* DOS DYN

Conforme já apontado, notório perceber que o mecanismo do *Buyback & Burn* dos DYNs foi ponto controverso na decisão final da CVM, tendo o Presidente João Pedro Nascimento e o Diretor Daniel Maeda votando a favor da qualificação dos DYNs como valor mobiliário por conta deste mecanismo que consideraram como uma forma de gerar benefício econômico, ao contrário dos diretores Marina Copola, Otto Lobo e João Accioly que justificaram o oposto, que o *Buyback & Burn* seria uma forma de estabilizar os DYNs.

AFINAL, O QUE É ESSE *BUYBACK & BURN*?

Na Web3, o *Buyback & Burn* tem duas partes sequenciais, para recomprar tokens é preciso de uma reserva (ou receita) e a partir disso o projeto cripto pode manter seus tokens em seu controle, pode redistribuí-los (por exemplo, por meio de recompensas do ecossistema) ou queimá-los. Em um modelo *Buyback & Burn*, os tokens recomprados são enviados para um endereço cripto que não pode ser acessado (às vezes chamado de “endereço queimador”). Há muitos exemplos da utilização do mecanismo do *Buyback & Burn* pelo ecossistema cripto, por exemplo:

- **FTX** (uma exchange): realiza o *Buyback & Burn* de seu token nativo FTT semanalmente. Eles recompram e queimam aproximadamente 33% (trinta e três por cento) da receita de taxas por meio da exchange. A FTX planeja realizar esse processo até que 50% (cinquenta por cento) do fornecimento total de tokens tenha sido queimado;
- **Binance** (uma exchange): realiza o *Buyback & Burn* de seu token nativo BNB trimestralmente. O tamanho da recompra e queima é baseado no volume trimestral de negociação na bolsa de valores, ainda planejam queimar até 50% (cinquenta por cento) do fornecimento total de tokens; e
- **MakerDAO** (um grande protocolo financeiro descentralizado que sustenta o stablecoin DAI): realiza o *Buyback & Burn* de seu token nativo MKR. O mecanismo de *Buyback & Burn* utiliza participações acumuladas em DAI para comprar o token MKR em um mercado aberto e queimá-lo.

O artigo “*Buyback and burn mechanisms: Price manipulation or value signalling?*” de autoria de Darcy W. E. Allen, Chris Berg e Sinclair Davidson (disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4231845) discute, especificamente, sobre o mecanismo do *Buyback & Burn*, que é uma forma de recompra e queima comumente praticada no ambiente cripto da Web3, e que é uma forma dos projetos cripto sinalizarem ao mercado que são um negócio de rede legítimo (em vez de um esquema de pirâmide).

Segundo os próprios autores, o mecanismo de *Buyback & Burn* é capaz de tornar um token escasso, logo, manipula o seu preço. Embora o *Buyback & Burn* não possa aumentar o valor de um negócio, pode revelar informações aos potenciais investidores sobre a natureza (e o sucesso) do negócio. Logo, essa estratégia não agrega valor ao token ou ao seu emissor:

“Se a lógica central para uma recompra e queima de token é aumentar a escassez do token em si e, posteriormente, aumentar seu preço, então essa estratégia não

agrega valor ao token ou ao projeto. Esta explicação é uma violação dos teoremas de M&M. Os tokens não se tornam mais valiosos simplesmente porque são mais escassos. O preço do token pode aumentar, mas a capitalização de mercado dos tokens permanece inalterada. O aumento de preços é uma ilusão monetária. O valor que os tokens representam permanece inalterado. (...) O valor é criado pela interação de compradores e vendedores dispostos a negociar em um mercado. Ela não é criada pela escassez de instrumentos financeiros, mas sim pela saciedade das necessidades humanas. É mais provável que a prevalência de esquemas de recompra e queima seja impulsionada pela necessidade de sinalizar informações valiosas ao mercado. Neste caso, essa informação de que existe um mecanismo de Buyback & Burn é que o negócio está genuinamente experimentando efeitos de rede positivos e não é um esquema de pirâmide.” (tradução livre, original disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4231845)

Há um esforço da Dynasty para estabilização do valor dos DYNs no mercado secundário, que é decorrente de seu esforço na gestão dos imóveis que referenciam a emissão dos DYNs. A utilização (gestão) dos referidos imóveis gera receitas financeiras que, por sua vez, viabilizam o mecanismo de *Buyback & Burn*. Além disso, a Dynasty atuará oferecendo vantagem aos revendedores para aceitar e manter DYNs.

A remuneração recebida pelos detentores dos DYNs seria representada pelo aumento na participação dos DYNs em circulação, decorrente do procedimento de *Buyback & Burn*, e respectiva expectativa de valorização, assim como pelo direito ao detentor do DYN de fazer parte do “Dynasty Club”, com vantagem e prioridade em relação ao uso da propriedade, além de eventuais outros benefícios/remunerações que o empreendedor venha a conferir aos detentores dos DYNs, com base no rendimento proveniente dos imóveis que servem de lastros para os DYNs.

PANORAMA REGULATÓRIO DOS TOKENS DE PAGAMENTO

Visto que hoje o DYN não foi considerado um valor mobiliário pela própria CVM e o DYN é uma tecnologia que atua com um mecanismo para manter seu poder de compra dentro da tecnologia blockchain, portanto fora da jurisdição da CVM. Por outro lado, é uma prestadora de serviços de ativos virtuais, e como tal estará sujeita à Lei nº 14.478/22, conforme disposto em seu art. 8º.

Como a norma específica para regulamentar a prestação dos serviços de ativos virtuais ainda não existe, todas as prestadoras de serviços de ativos virtuais precisam se atentar para a nova regulamentação por parte do BACEN que deve vir entre o segundo semestre de 2024 e primeiro semestre de 2025. Tão logo a

nova regulamentação seja criada, a DGI deverá buscar uma assessoria jurídica para conseguir sua autorização do BACEN para funcionar.

A colaboração entre os setores público e privado, o envolvimento de especialistas em regulamentação e tecnologia, será fundamental para superar esses obstáculos e promover o desenvolvimento sustentável da tecnologia blockchain.

A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS RELACIONADA A CONTINGÊNCIAS AMBIENTAIS NO AGRONEGÓCIO

GABRIELLA DI TOMMASO LATORRE⁴⁵⁹
CARLOS AURÉLIO MAGALHÃES MELO⁴⁶⁰

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é estruturado e regulado por agentes normativos, entidades supervisoras e operacionais que viabilizam a intermediação financeira entre agentes superavitários e agentes deficitários de modo a promover o desenvolvimento econômico do país. De acordo com o resultado das Contas Nacionais de 2024, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em março de 2024, ocorreu uma expansão de 15,1% na agropecuária em relação ao ano anterior, principalmente em razão do crescimento de produção e ganho de produtividade da atividade⁴⁶¹, o que demonstra o resultado este vinculado ao aumento da necessidade alimentar e de consumo e que demonstra a atenção que a economia tem dado ao setor agropecuário e produtivo.

Nesse contexto, o interesse na captação e a disponibilidade de recursos financeiros ao agronegócio têm sido objeto de discussão desde o desenvolvimento de textos normativos e regulatórios específicos ao setor como também em razão do aumento da correlação existente entre o mercado financeiro e o meio ambiente, tendo em vista preocupações relacionadas a parâmetros de sustentabilidade e preservação do meio ambiente, bem como meios de produção renováveis e menos nocivos ao meio ambiente.

As instituições financeiras quando da concessão de crédito têm o dever de garantir a segurança e a legitimidade de suas operações com a finalidade de diminuir os riscos de danos, sejam eles aos tomadores de crédito ou a terceiros,

459 Gabriella Latorre é formada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015), inscrita na OAB/SP sob o nº 377.843, e com L.LM no Insper em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais (2020).

460 Carlos Melo é formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

461 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Contas Nacionais Trimestrais - Indicadores de Volume e Valores Correntes (out-dez. 2023). Atualizado em 01 mar. 2024. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2121/cnt_2023_4tri.pdf. Acesso em: 04 ago. 2024.

em observância ao princípio da transparência e ao equilíbrio do mercado. Por sua vez, em matéria ambiental, há de serem considerados determinadas exigências regulatórias e princípios socioambientais, como o princípio da prevenção, que de acordo com Terence Trennepohl é: “*aquele em que se constata, previamente, a dificuldade ou a impossibilidade da reparação ambiental, ou seja, consumado o dano ambiental, sua reparação é sempre incerta ou excessivamente onerosa*”⁴⁶², e o princípio da precaução que *consiste em evitar que medidas de proteção sejam adiadas em razão da incerteza que circunda os eventuais danos ambientais*”⁴⁶³.

No que tange o agronegócio, as contingências ambientais são preocupações intrínsecas ao setor, podendo ser até mesmo um impeditivo para a consecução dos negócios. No Brasil, por exemplo, a denominada “Moratória da Soja”⁴⁶⁴ visa reduzir o desmatamento na floresta amazônica brasileira através de sanções comerciais direcionadas àqueles que desmatarem o bioma Amazônia, ainda que o façam nos termos previstos na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, conforme alterada (“Código Florestal”). Da mesma forma, os Princípios do Equador⁴⁶⁵, ligado ao Banco Mundial por meio de uma iniciativa do *International Finance Corporation* (IFC), referem-se a um conjunto de diretrizes socioambientais a serem observadas por instituições financeiras voluntariamente aderentes em nível mundial quando da concessão de crédito para fins de gerenciamento do risco, avaliação de custos e impactos e propagação de políticas sustentáveis.

Assim, quando do descumprimento das normas, acordos e regulamentações ambientais do agronegócio, é questionável a quem deve ser imputada a responsabilidade de reparação. O dever de diligência quando da concessão do crédito deve ser considerado ou tão somente a ação que gerou a violação ambiental por si só?

2. RESPONSABILIDADE

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conforme alterada (Política Nacional do Meio Ambiente) (“Lei 9.605”), a responsabilidade tem caráter tríplice, ou seja, o infrator pode ser responsabilizado por dano ambiental de forma independente na esfera civil, administrativa e penal, sem que seja configurado o princípio do *non bis idem*⁴⁶⁶. Conforme exposto a

462 Trennepohl, Terence. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 53

463 VITTA, Heraldo Garcia. Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41

464 BRASIL. Moratória da Soja: Compromisso com o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2022. Disponível em: <<https://moratoriadasoja.com.br/home>>. Acesso em: 04 ago. 2024.

465 EQUATOR PRINCIPLES. The Equator Principles. Disponível em: <https://equator-principles.com/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

466 Princípio do non bis idem consiste na vedação à dupla punição pelo mesmo ato ou fato em prol da segurança jurídica e da proteção dos direitos individuais.

seguir, essa característica existe em razão do caráter complementar e acessório que cada uma das esferas aborda ao tratar da violação ao meio ambiente.

2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL

Em sua forma tradicional, historicamente, existem quatro fatores que dificultavam a associação da responsabilidade civil como um instrumento de proteção ao meio ambiente: (i) a visão de que a responsabilidade civil ocorre depois do fato (*post factum*), destinando-se a reparação e não à prevenção de danos; (ii) a complexidade no vínculo entre a conduta do infrator e o dano ambiental; (iii) a dificuldade em quantificar o valor monetário a reconstituição do bem lesado, nos casos em que seja estabelecida uma indenização em razão do dano; e (iv) a visão acadêmica existente quanto a proteção ao meio ambiente ser de domínio exclusivo do Direito Público.

Contudo, considerando que o direito é uma ciência social adaptável, tratando-se a responsabilidade civil de um instrumento voltado à disciplina de relacionamento entre indivíduos e de intervenção do direito na vida das pessoas, esta passou a ser uma ferramenta importante para fins do preenchimento de lacunas no que se refere a dano ambiental, principalmente no que tange ao caráter monetário. Na Constituição Federal de 1988, o §3º do artigo 225 prevê que os infratores do meio ambiente serão sancionados penal e administrativamente por suas atividades e condutas lesivas, independentemente da obrigação de reparação dos danos causados, de modo que a responsabilidade civil segue neste caso a mesma linha, conforme ilustra Renato Buranello em sua obra: “*A responsabilidade civil, aqui, segue o princípio do poluidor pagador, que impõe àquele que lucra com a atividade responder pelos riscos e prejuízos, já que é obrigado a indenizar ou reparar eventuais danos causados ao meio ambiente e a terceiros atingidos por sua atividade.*”⁴⁶⁷.

Assim, em matéria ambiental, a responsabilidade civil é caracterizada de forma objetiva, uma vez que a reparação dos danos ambientais não depende de comprovação de culpa do infrator. Conforme já decidido pelo Ministro Herman Benjamin no âmbito de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, “*Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem*”⁴⁶⁸, dessa forma, exige apenas a comprovação do nexo causal do evento danoso, a conduta lesiva e a conduta do poluidor, tratando-se de instituto fundamentalmente reparatório de competência do Poder Judiciário.

467 BURANELLO, Renato. Manual do Direito do Agronegócio. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 634.

468 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 650.728/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007.

2.2. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa, por sua vez, baseia-se na teoria da culpabilidade, segundo a qual se faz necessária a existência de elemento subjetivo de dolo ou culpa na conduta ilícita do infrator e na demonstração do nexo causal entre a ação e o dano ambiental, conforme entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁹.

Contudo, o tema ainda gera controvérsias no mercado, especialmente com relação a imputação da responsabilidade administrativa a instituições financeiras quando da concessão de crédito para atividades ambientais. Em decisão recente do Tribunal Regional Federal, o juízo da 11ª Vara Cível de São Paulo⁴⁷⁰, no âmbito de ação movida por determinada instituição financeira com o intuito de anular auto de infração que ensejou multa aplicada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (“IBAMA”) em razão do financiamento para plantio de milho em áreas embargadas localizadas no Estado do Mato Grosso sob o argumento de que não havia elemento subjetivo na aplicação da referida multa para configuração da responsabilidade administrativa ambiental, a Exma. Juíza Federal manteve a aplicação da multa sobre o argumento de que a conduta omissiva do banco no contexto da concessão do financiamento caracterizava o elemento subjetivo, enquanto, em sede administrativa, o IBAMA reconheceu a responsabilidade do poluidor indireto devido à violação de um dever de diligência quando da concessão do crédito. E, no âmbito do agronegócio a confusão entre responsabilidade administrativa e responsabilidade civil pode prejudicar as políticas de incentivo à concessão de crédito e desenvolvimento do setor e, por consequência, à economia brasileira.

Não obstante, os agentes de fiscalização ou os entes da Administração Pública direta ou indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando da aplicação de penalidades administrativas referem-se à aplicação de multa, advertência, interdição da atividade, entre outras medidas, sendo certo que para tanto o poder de fiscalização observa o disposto nos termos do artigo 70 da Lei 9.605, o qual determina que toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente configura uma infração administrativa ambiental.

Na doutrina, Édís Milaré ensina que: “[...] as responsabilidades administrativa e penal classificam-se como instrumentos de ‘repressão’ às condutas e às atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, diferenciando-se, assim, da responsabilização

469 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.3180.51/RJ. Julgado em: 08 maio 2019.

470 BRASIL. 11ª Vara Cível Federal de São Paulo. Tutela Cautelar Antecedente nº 5032377-78.2022.4.03.6100. Juíza Federal Regilena Emy Fukui Bolognesi. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), 27 nov. 2023.

*civil.*⁴⁷¹, por sua vez, as tutelas administrativas dos recursos ambientais também possuem caráter preventivo, como no caso da aplicação da sanção de interdição temporária de atividade por falta de licenciamento ambiental, mesmo que a atividade não tenha causado danos.

2.3. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Na esfera criminal, a responsabilidade pode ser imputada tanto ao infrator, pessoa física ou jurídica, do crime ambiental quanto ao diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, que tenha ciência acerca da conduta criminosa cometida contra o meio ambiente e não atue de forma a impedir a sua prática.

A acusação, neste caso, é feita pelo Ministério Público Federal ou Estadual observados os crimes tipificados na legislação específica conforme previsão dos limites de atuação impostos enquanto a aplicação de eventuais sanções penais levará em consideração o caráter subjetivo do réu, culpa ou dolo, bem como as penas inerentes a cada crime ambiental conforme previsto na legislação pertinente.

A Lei 9.605, por exemplo, determina as sanções penais e administrativas aplicáveis quando da verificação de condutas e atividades que causem danos ao meio ambiente. No âmbito penal, os artigos 2º, 3º e 4º da referida Lei abordam o concurso de práticas criminosas, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a desconsideração da personalidade jurídica, respectivamente. Por sua vez, no âmbito administrativo, a Lei 9.605 estabelece em seu artigo 72, § 8º, inciso IV, entre as sanções restritivas de direitos, a possibilidade de perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento oferecidas por instituições oficiais de crédito.

3. DILIGÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS BANCOS

A atuação das instituições financeiras no mercado financeiro por si só não consiste em atividade que gera risco ambiental dada a sua natureza, todavia, tendo em vista controvérsias com relação a atribuição da responsabilidade em matérias de cunho ambiental, a realização de operações financeiras que visem financiar atividades vinculadas ao meio ambiente, em especial, operações que fomentem o agronegócio, demandam uma cautela especial. Nesse contexto, Tosini destaca seis maneiras em que as instituições financeiras estão sujeitas a exposição de risco ambiental com impacto sobre o risco legal:⁴⁷²

471 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 684.

472 TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. *Risco ambiental para as instituições financeiras*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 87.

- a) *responsabilidade das instituições financeiras como poluidoras indiretas no financiamento de projetos de investimento, ou responsabilidade solidária;*
- b) *responsabilidade ambiental das instituições financeiras públicas em projetos de investimento;*
- c) *responsabilidade das instituições financeiras em financiamentos de atividades ou projetos na área de biotecnologia;*
- d) *responsabilidade das instituições financeiras como proprietárias de imóveis, contaminados ou em desacordo com a legislação ambiental, oferecidos em garantia de empréstimos;*
- e) *responsabilidade das instituições financeiras como novas proprietárias de imóveis tombados; e*
- f) *responsabilidade das instituições financeiras em financiamento imobiliário em áreas contaminadas.”*

Em linha com as preocupações acima, a adoção a práticas de ESG (*Environmental, Social and Governance*) têm tido relevância no âmbito empresarial, sendo este um indicador importante frente ao crescimento da preocupação as práticas sustentáveis e de responsabilidade social. Segue na mesma linha, a adesão por instituições financeiras aos Princípios do Equador, conforme acima exposto. Consequentemente, tanto o mercado financeiro quanto o empresarial como um todo tem se pautado no desenvolvimento de práticas que geram maior segurança e credibilidade na transparência e na realização de negócios, principalmente, quando da realização de financiamento de crédito ao setor agropecuário.

Adicionalmente, além das normas intrínsecas a cada instituição financeira com relação a questões regulatórias, de compliance, análise de crédito, dentre outras matérias, a disponibilidade de crédito agropecuário deve cumprir com as disposições previstas no arcabouço regulatório aplicável as operações agropecuárias, sendo certo que o avanço do interesse neste setor tem impulsionado inclusive a evolução da legislação deste setor da economia, conforme verifica-se junto as atualizações recentes no Manual de Crédito Rural.

A realização de auditorias específicas que atestem a regularidade ambiental, por meio da solicitação de certidões de órgãos de fiscalização, licenças (prévia, de instalação e de funcionamento), inscrições rurais, dentre outros documentos e informações, asseguram a segurança jurídica na concessão do crédito, de modo que no próprio Manual de Crédito Rural constam determinados requisitos que condi-

cionam a disponibilidade de recursos, como pode ser observado em seu item 2.1 para fins de concessão de crédito rural no âmbito do bioma amazônico⁴⁷³.

4. CONCLUSÃO

É válido reforçar que é do interesse do banco realizar operações financeiras com pessoas que exerçam suas atividades de forma regular, principalmente por questões reputacionais e de risco de crédito inerentes a este mercado. Todavia, tendo em vista que em matéria ambiental a omissão deste dever tem sido objeto de discussão em âmbito processual, principalmente com relação a imputação da responsabilidade administrativa, conforme visto acima, se faz necessária a aplicação de melhores esforços quando da diligência da concessão de crédito agropecuário, inclusive, mas não se limitando a análise de aspetos socioambientais. Até mesmo porque caso o entendimento da aplicação da responsabilidade administrativa a instituições financeiras continue a ser aplicado, certamente gerará complicações para concessão de crédito e poderá desestimular o mercado.

Por fim, é importante destacar que a proporção que eventuais danos ambientais podem vir a tomar estão fora do controle das instituições bancárias, razão pela qual cabe também aos financiados a responsabilidade em manter suas atividades devidamente monitoradas, principalmente no que se refere a infrações que não podem ser identificadas por meio de documentos.

⁴⁷³ 11 - A concessão de crédito rural para o financiamento de atividades agropecuárias nos municípios que integram o Bioma Amazônia, ressalvado o contido no item 14, ficará condicionada à: [...] (b) apresentação, pelos interessados, do recibo de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), instituído pela Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012; (c) verificação, pela instituição financeira, para o imóvel rural onde se situa o empreendimento objeto do crédito rural, na forma do MCR 2-9-11: I - da inexistência de embargos vigentes de uso econômico de áreas desmatadas ilegalmente no imóvel, conforme divulgado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama); II - da inexistência de restrições ao beneficiário assentado, por prática de desmatamento ilegal, conforme divulgado pelo Incra, no caso de financiamentos ao amparo do PNRA; III - da veracidade e da vigência dos documentos referidos neste item, mediante conferência por meio eletrônico junto ao órgão emissor, dispensando-se essa verificação quando se tratar de documento não disponibilizado em meio eletrônico; [...]

A CLÁUSULA *CROSS DEFAULT* NOS CONTRATOS COLIGADOS BANCÁRIOS

THE CROSS DEFAULT CLAUSE IN BANK RELATED CONTRACTS

BEATRIZ CAL TAVARES⁴⁷⁴

Resumo: O presente trabalho visa analisar a aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados, especialmente nos casos envolvendo mútuos bancários, com escopo em verificar os seus efeitos perante a cadeia constituída, na medida em que almeja constatar se aludida aplicação consiste em medida favorável ou não aos interesses dos contratantes. Para melhor análise, apresenta-se a teoria dos contratos coligados, com esboço em seu conceito e funções. Adiante, é abordada a responsabilidade civil nos contratos coligados, como forma de identificar a sua classificação perante as espécies de responsabilidade contratual e extracontratual. Por fim, a partir do estudo do inadimplemento dos contratos coligados, o trabalho busca retratar a atuação da cláusula *cross default* nestes negócios jurídicos, abordando entendimentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis à sua aplicação, com intuito de aferir as implicações da cláusula *cross default* nos contratos coligados, em especial, nas cadeias envolvendo mútuos bancários.

Palavras-chave: Contratos coligados. Cláusula *cross default*. Mútuo bancário. Inadimplemento.

Abstract: This paper aims to analyze the application of the cross-default clause in related contracts, specially in cases involving bank loans, with the purpose of verifying its effects on the constituted chain, insofar as it seeks to verify whether such application consists of a favorable or unfavorable measure to the interests of the contracting parties. For a better analysis, the theory of affiliated contracts is presented, outlining its concept and functions. Furthermore, civil liability in related contracts is addressed, as a means of identifying its classification before the contractual and extra-contractual liability species. Finally, based on

⁴⁷⁴ Advogada. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Formada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. e-mail: biacaltavares@gmail.com.

the study of default in related contracts, the paper seeks to describe the performance of the *cross default* clause in these legal business deals, addressing doctrinal understandings favorable and unfavorable to its application, in order to assess the implications of the cross default clause in related contracts, especially in chains involving bank loans.

Key words: Related contracts. Cross default clause. Bank loans. Default.

Sumário: Introdução. I. Contratos coligados; II. Responsabilidade civil nos contratos coligados; III. Inadimplemento nos contratos coligados. IV. Aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados envolvendo mútuos bancários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados, com o objetivo de verificar os efeitos de sua aplicação nas cadeias coligadas, em especial, nos casos envolvendo mútuos bancários e, assim, buscar identificar se referida cláusula é benéfica ou não aos interesses de cada um dos contratantes.

Para tanto, o estudo visa apresentar o conceito e função dos contratos coligados, com esboço em alguns exemplos práticos, para o fim de exibir as características fundamentais dos complexos coligados, mas também identificar suas consequências no mundo jurídico.

Nessa esteira, o trabalho também elucida a responsabilidade civil nos contratos coligados, na medida em que se busca identificar qual espécie de responsabilidade civil é aplicável nestes casos, se a contratual ou a extracontratual, pois os complexos coligados podem ser formados por partes iguais ou diversas e, nesta última hipótese, as partes dos contratos serão identificadas como terceiros perante às relações jurídicas, implicando-se, assim, na necessidade de verificar qual o tipo responsabilidade se aplicaria, para fins de melhor tratá-los.

Ainda, o artigo busca tratar especificamente do inadimplemento dos contratos coligados, visando identificar como os efeitos do inadimplemento de um dos negócios jurídicos poderá vir a afetar os demais a estes coligados, de modo a apresentar o método para melhor interpretação destas relações jurídicas, com intuito de compreender as possíveis implicações perante cada contrato e o fim visado pela cadeia coligada.

A partir disso, o trabalho se volta ao estudo da aplicação da cláusula *cross default* aos contratos coligados, com ênfase nos casos envolvendo mútuos bancários, a partir da apresentação do conceito de efeitos de aplicação da aludida cláusula e, assim, busca traçar um paralelo entre os entendimentos desfavoráveis

à sua aplicação e aqueles que a identificam como um importante papel perante as contratações coligadas, de modo a buscar analisar a afetividade de sua aplicação e os possíveis efeitos na cadeia coligada.

1. CONTRATOS COLIGADOS

Os contratos coligados são definidos como negócios jurídicos interligados por uma unidade de interesse que permeia toda a operação econômica, de modo que cada contrato possui sua função diante da finalidade principal e específica da cadeia coligada.

Segundo Orlando Gomes (2000, p.104), entende-se por contratos coligados dois contratos completos que, “embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro.” Nesse sentido, Francisco Crescenzo de Marino leciona:

contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca (MARINO, 2009, p.99).

A identificação de contratos como sendo coligados baseia-se na autonomia estrutural dos contratos e seu nexó funcional. Na visão de Rosario Nicolò (1936, p. 1477), os contratos são autônomos na medida em que cada qual possui o seu conteúdo e causa próprios; sendo que o nexó funcional deriva da vontade das partes no sentido de “subordinar os efeitos do depósito à sorte do negócio fundamental”.

Em complemento, ressalte-se o conceito apresentado por Rodrigo Xavier Leonardo (2003, p.138): “funcionalmente, os contratos estruturalmente individualizados mostram-se vinculados, na medida em que formam elementos de uma operação econômica unificada, sistematizada e funcionalizada.”

Para melhor análise do seu conceito, destaca-se alguns exemplos de contratos coligados, tais como os contratos com escopo na distribuição de combustível, na medida em que se constituem diversos negócios jurídicos (ex: comodato, locação do imóvel, compra e venda) cada qual com suas obrigações contratuais, mas que visam, em última análise, distribuir combustíveis.

Há ainda os contratos coligados vinculados às relações bancárias, objeto de estudo neste artigo, nos quais se verifica a relação entre os agentes financeiros e seus correntistas, tomadores de crédito e investidores; operações estas já reconhecidas pela jurisprudência como pertencentes a um complexo coligados.

A título exemplificativo, um contrato de compra e venda coligado a um contrato de financiamento denota que o primeiro contrato é o principal dessa coligação, uma vez que subsistiria ainda sem a existência do segundo. Contudo,

o inverso não se verifica, na medida em que o contrato de financiamento seria ineficaz caso o contrato de compra e venda não existisse ou fosse extinto, restando caracterizada, portanto, a sua natureza acessória.

Em síntese, os contratos coligados constituem-se em relações jurídicas autônomas entre si, interligadas por um nexo funcional econômico que implica em consequências jurídicas, assumindo cada contrato sua razão perante a contemplação de toda a operação econômica envolvida.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS COLIGADOS

Na análise dos contratos coligados, torna-se oportuno o estudo acerca da responsabilidade civil, haja vista a real possibilidade de descumprimento contratual de um ou mais contratos coligados, o que implicará na necessária identificação da responsabilidade civil de cada contratante.

Com efeito, na hipótese de descumprimento de um contrato coligado, o intuito permeia em analisar se há a possibilidade de responsabilização dos agentes integrantes desta rede, mas que sejam diretamente alheios ao contrato descumprido e, ainda, qual a modalidade de responsabilidade civil seria aplicada.

Considerando que os contratos coligados se constituem em relações autônomas interligadas na instrumentalização de uma só operação econômica, parece mais razoável analisar o instituto da responsabilidade civil perante toda a cadeia, isto é, não somente através de um olhar individual para cada negócio jurídico.

Isso porque existem direitos e deveres recíprocos que repercutem “para além das paredes” estruturais de cada contrato, visando a conservação relacional entre as partes integrantes da mesma rede contratual.

Assim, na hipótese de descumprimento obrigacional, surge a figura da responsabilidade civil, a qual deriva deste descumprimento contratual ou de atos contrários aos preceitos normativos.

Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana [...]. (TARTUCE, 2018, p. 515).

No tocante à responsabilidade contratual, deve-se entender como aquela que advém da inexecução total ou parcial de um negócio jurídico previamente estabelecido, ou seja, o descumprimento de uma obrigação contratual, como, por exemplo, inadimplemento ou mora, disposto nos artigos 389 e seguintes, e artigos 394 e seguintes, todos do Código Civil.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, por sua vez, baseia-se na violação de uma norma geral e abstrata, e no dever genérico de não lesar ou

trem, ou seja, trata-se da inobservância das normas de ordem pública que regem a vida civil. É a responsabilidade indenizatória que decorre da prática de um ilícito civil, sem que entre o agente e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica, com previsão nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

A este respeito, embora as cadeias coligadas sejam constituídas por diversos contratos em cujas partes possam ser diversas, é crível admitir a ampliação de conceito de partes para além da cláusula do contrato individual, oportunidade na qual aplica-se o conceito de simples parte contratante. Abordando sobre o tema, Fernando de Souza Amorim assevera:

considerando que o fato gerador do dano se deu dentro de uma relação de direito contratual, as normas a serem aplicadas deverão ser aquelas constantes do direito contratual. Ainda que isso ocorra através da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, tratando, ainda que com reservas, como “parte” aquele que diretamente não figura no contrato (AMORIM, 2020).

Em complemento, Luis Lorenzetti aborda aludidas relações sob a ótica do sistema finalístico contratual, de modo a enfatizar os efeitos de cada negócio perante a realização do fim visado pela cadeia coligada:

A teoria jurídica que permite explicar e estabelecer regras para solucionar conflitos que provém das redes não pode deixar de considerar as novidades que estas apresentam. O enfoque não pode se basear no contrato, mas na integração de um grupo deles que atuam em forma relacionada, de modo que o contrato é um instrumento para a realização de negócios. Este enfoque permite estabelecer que exista uma finalidade negocial supracontratual que justifique o nascimento e o funcionamento de uma rede (LORENZETTI, 1999, p. 54).

Portanto, nos contratos coligados os contratantes de cada um dos negócios jurídicos constituem, entre si, vínculos que adquirem características contratuais, independentemente de serem ou não partes diversas nestes contratos. Logo, sendo um dos contratantes prejudicado, haverá uma pretensão de natureza contratual e, por isto, há de se verificar a aplicação da responsabilidade contratual.

3. INADIMPLENTO NOS CONTRATOS COLIGADOS

Com intuito de melhor compreender o conceito de inadimplemento, é importante ressaltar a noção de adimplemento, o qual consiste no cumprimento da obrigação. Nos dizeres de Clovis do Couto e Silva: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim” (SILVA, 2006, p.17).

Judith Martins Costa entende o adimplemento como a realização, pelo devedor, da prestação concretamente devida, satisfatoriamente, ambas as partes tendo observado os deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias (MARTINS- COSTA, 2003, p.81).

Portanto, o adimplemento se volta para o cumprimento da prestação e dos deveres acessórios inerentes à relação constituída. Ao contrário *sensu*, o inadim-

plemento consiste na inexecução da obrigação, “a significar pura e simplesmente que a prestação não é realizada tal como era devida” (TELLES, 1983, p.260).

Nesta seara, importante pontuar a diferenciação entre o inadimplemento absoluto e a mora, eis que essa se reflete na própria maneira pela qual se dará a tutela dos interesses da parte lesada, nas lições de Agostinho Alvim:

Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente, quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora, no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionado subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento (ALVIM, 1980, p.15).

Nestes termos, entende-se como inadimplemento, o não cumprimento da prestação que lhe é devida, quando aquela obrigação não puder mais ser cumprida, situação na qual estar-se-á diante de um inadimplemento absoluto, ou, poderá consistir na simples mora, no caso em que a prestação não é realizada no tempo, lugar ou forma pactuados, mas ainda há possibilidade de cumprimento desta obrigação.

Diante da explanação acerca do inadimplemento, se visa analisar o aludido instituto perante os contratos coligados, visando identificar como interpretar tais negócios jurídicos, para assim, aferir os efeitos do inadimplemento perante a cadeia coligada.

A respeito da interpretação dos contratos coligados, Francisco Crescenzo de Marino defende a necessidade de interpretá-los de maneira global, isto é, de analisá-los de forma conjunta, em razão de serem contratos interligados entre si, embora cada qual possua sua individualidade (MARINO, 2009, p.148).

Por seu turno, Neimar Batista e Ana Rosa Amorim adotam o método lógico-sistêmico para interpretação dos contratos coligados, ao buscarem a análise de cada contrato de forma unitária e relacionarem todas as relações jurídicas perante o complexo constituído; em suas palavras:

O método interpretativo a ser adotado para interpretações de contratos coligados é um método lógico-sistemático por excelência, visto que a exigência de coerência interna e o afastamento de contradições conduzem a uma análise lógica e a necessidade de cotejo das disposições contratuais e destas com a legislação leva a uma análise sistemática. Não basta apenas buscar a coerência interna: é preciso ainda que essas disposições se harmonizem com a dos demais instrumentos contratuais, numa movimentação interpretativa tanto vertical como horizontal (BATISTA; AMORIM, 2019, p. 73).

Com efeito, “não basta apenas buscar a coerência interna num único instrumento contratual: é preciso ainda que essas disposições se harmonizem com a dos demais instrumentos contratuais, numa movimentação interpretativa tanto vertical como horizontal”(BATISTA; AMORIM, 2019, p. 73).

A este respeito, Emília Belo defende que a interpretação dos contratos coligados requer duas tarefas do intérprete, quais sejam, identificar a existência ou

não da coligação entre os instrumentos contratuais e, caso a coligação esteja presente, identificar as influências que um contrato exerce sobre o outro, bem como a sua finalidade (BELO, 2014, p. 87).

A título exemplificativo, a autora evidencia a necessidade da análise da coligação como um todo, na hipótese em que o intérprete esteja avaliando a possibilidade de existência de cláusulas abusivas em determinado negócio jurídico, visto que “uma cláusula, que poderia ser considerada abusiva no âmbito de um único contrato, pode na verdade ser lícita quando vista no âmbito da coligação” (BELO, 2014, p. 87).

Deste modo, a doutrina defende a visão global dos contratos coligados, ou seja, a análise conjunta de cada instrumento contratual, já que um complementa o outro, na medida em que cada qual tem uma função específica para o alcance do nexo funcional da coligação.

Exemplificando o inadimplemento nos contratos coligados, ressalte-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a coligação entre o contrato de compra e venda e prestação de serviço com consumidor; e o financiamento celebrado pela empresa com a instituição financeira. No caso, a empresa teria entregado ao consumidor um produto que veio a apresentar vícios, motivo pelo qual, este ajuizou demanda em face da empresa e da instituição financeira.

Em decisão, a Corte Superior entendeu que o inadimplemento teria prejudicado diretamente o nexo finalístico da cadeia coligada e, considerando a importância do contrato de financiamento como forma de incremento àquela atividade empresarial, decidiu pela responsabilização civil da instituição financeira (STJ, 2018).

Portanto, à luz das características da coligação contratual e das teorias acerca de sua adequada interpretação, infere-se a necessidade de analisá-los em conjunto, para, assim, identificar se o inadimplemento de um implicou em efeitos aos demais, podendo sim afetá-los, a depender do sucesso ou não do objeto principal da coligação.

4. APLICAÇÃO DA CLÁUSULA *CROSS DEFAULT* NOS CONTRATOS COLIGADOS ENVOLVENDO MÚTUOS BANCÁRIOS

A partir da noção de contratos coligados, o trabalho passa a abordar a cláusula *cross default* e sua aplicação nestes negócios jurídicos, em especial nos casos envolvendo mútuos bancários. Neste sentido, segundo Joana Dias, tal cláusula tem a função de declarar ao credor a possibilidade de exigir o vencimento antecipado do empréstimo, em caso de descumprimento de outros empréstimos celebrados (DIAS, p.207).

Para Bruno Ferreira, a tradução “incumprimento cruzado” pode ensejar confusão, uma vez que “podem estar aqui incluídas situações de fato que não dependam de uma imputação ao devedor”, sendo preferível referir-se à “falha cruzada” (FERREIRA, 2011, p. 222).

Nesta esteira, Adriana Giffoni atribui o termo falha cruzada ao conceituar cláusulas que identificam a falha do contratante desde o momento em que houver o descumprimento às demais relações jurídicas; em suas palavras:

A expressão *cross default* é proveniente da língua inglesa e significa “falha cruzada”. No meio financeiro refere-se àquelas cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (default) no contrato em questão toda vez que deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos (GIFFONI, 2001, p.148).

Além disso, é oportuno ressaltar o interessante papel desta cláusula como a plena capacidade de interligar os distintos compromissos e, ao mesmo tempo, vir a mitigar o princípio da relatividade contratual, consoante Almeida Costa assevera:

O que chama a atenção no caso da cláusula *cross default* é que suas estipulações acerca da perda do benefício do prazo, por terem a capacidade de interligarem distintos compromissos, firmados em outras relações jurídicas, impõe um regime que ultrapassa as fronteiras da relatividade contratual (COSTA, 1983, p.1260).

Nessa ideia da mitigação do princípio da relatividade é que se identificam os contratos coligados, especialmente em cadeias envolvendo mútuos bancários, pois o inadimplemento de um dos contratos poderá influenciar diretamente os demais pertencentes ao complexo coligado.

Diante desta mitigação, faz-se possível identificar que uma das consequências do *default* de um dos contratos virá a se propagar perante a cadeia construída, consoante bem exarado por Fernando Pessoa Jorge, o qual nomina este fenômeno como o domínio *effect* e o “rastilho de pólvora bastante para atribuir a todos os demais credores beneficiários de uma cláusula *cross default* direito similar” (JORGE, p.41).

Para Bruno Sbrissia, a razão constante da presença da referida cláusula nos contratos de mútuo não seria jurídica, mas sim prática, no sentido de assegurar o adimplemento do negócio; consoante leciona:

mesmo estando geralmente perante um devedor forte, o credor quer assegurar-se que o mutuário entende a dimensão do negócio e as consequências do seu incumprimento, incluindo então cláusulas como estas de modo a “assustar” o devedor ao cumprimento pontual da obrigação (SBRISIA, 2020).

Por fim, o aludido autor conclui que sua aplicação é efetivamente como reforço de garantia, mas também há a possibilidade de que sua generalização implique em graves consequências ao mutuário, em especial, no efeito dominó dos contratos celebrados pelo devedor. (SBRISIA, 2020).

Sobre o denominado efeito dominó, ressalte-se a lição de Ulrich Eder, o qual sustenta que a ausência de gerenciamento de aludida cláusula pelo devedor poderá culminar em uma situação delicada perante as suas obrigações:

Os devedores corporativos que não tenham estratégia clara e consistente para negociar, aceitar e gerenciar cláusulas de inadimplemento cruzado irão facilmente ver-se em uma selva de diferentes termos e condições. Isso pode resultar em uma série de ocorrência de inadimplemento cruzado (EDER, 2011).

Além disso, se verifica a aplicação desta cláusula como uma forma de alocação dos riscos contratuais, em especial, quando se trata de contratos coligados, haja vista que cada contratante assume sua responsabilidade perante a finalidade comum visada.

A respeito desta alocação de riscos, Aline de Miranda Terra e Paula Greco Bandeira identificam sua importância para regulação do fim econômico, vindo a implicar no equilíbrio contratual; em suas palavras:

A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes. Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (BANDEIRA; TERRA, 2015).

Nesse aspecto, as próprias autoras ressaltam a possibilidade de alargamento da responsabilidade dos contratantes, imputando-lhes uma responsabilidade maior do que aquela comumente assumida em determinado tipo contratual, impulsionando, assim, no próprio sinalagma contratual.

Nessa esteira, Eduardo Takemi Kataoka defende que a aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados tem o importante papel de redução dos riscos sofridos pelos credores:

A peculiaridade da cláusula *cross default* está no fato de que o “inadimplemento” eleito como condição resolutiva não está no contrato onde está a cláusula, mas sim em outro, o que funciona, [...] para reduzir o risco sofrido por um dos credores envolvidos na operação econômica considerada do ponto de vista global ou mesmo para garantir resultados adequados do ponto de vista negocial (KATAOKA, 2008, p.108).

Assim, considerando que a referida cláusula possibilita ao credor exigir o vencimento antecipado dos contratos mediante o descumprimento das obrigações contratuais de um dos negócios coligados, a sua aplicação poderá servir como meio de redução de risco ao qual o credor está exposto frente ao devedor.

Deste modo, a inserção da cláusula implicará maior segurança ao contratante, em especial, no que tange aos contratos de mútuos bancários, nos quais é possível verificar uma redução significativa de riscos para o credor de recuperar o seu crédito.

Em acréscimo, a aplicação da referida cláusula assume importante papel como meio de gestão de riscos e garantia de maior segurança ao contratante lesado pelo descumprimento contratual, vindo a implicar em maior segurança jurídica, na medida em que obriga os contratantes a realizarem o devido gerenciamento da cláusula, para evitar o vencimento antecipado de todas as operações.

Assim, se verificam relevantes efeitos na aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados envolvendo contratos de mútuos bancários, especialmente na mitigação de riscos ao credor frente ao devedor inadimplente.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o estudo se norteou na identificação dos contratos coligados e suas características fundamentais, com esboço nos elementos constitutivos destas relações, visando, por conseguinte, analisar a cláusula *cross default* e sua aplicação nos contratos coligados, em especial, nas cadeias envolvendo contratos de mútuo bancário.

Nessa senda, o trabalho apresentou exemplos práticos de contratos coligados, com intuito de compreender sua formação e consequências no mundo jurídico. A partir daí, buscou-se estudar a responsabilidade civil nos contratos coligados, através dos conceitos de responsabilidade contratual e extracontratual, vindo a concluir que os participantes de cada um dos contratos possuem vínculos com os demais, na medida em que cada relação jurídica se volta para a efetivação do fim visado pela cadeia coligada, situação a qual implica na configuração de responsabilidade contratual na hipótese de quebra de um dos contratos.

Além disso, o estudo tratou do inadimplemento dos contratos coligados, visando identificar o efeito do inadimplemento de um dos contratos perante os demais, mediante análise individual de cada contrato e conjunta de todos os contratos. Assim, o estudo verificou que o inadimplemento poderá sim afetar as outras relações jurídicas, desde que comprovados os seus efeitos diante da impossibilidade de alcançar o fim visado pela cadeia coligada.

Adiante, o artigo se voltou ao estudo da aplicação da cláusula *cross default* nos contratos coligados, com ênfase nos casos envolvendo mútuos bancários, mediante a análise conceitual e a elucidação de entendimentos contrários e favoráveis à sua aplicação.

A partir do estudo, se verificou a importância de aplicação desta cláusula nos contratos coligados, em especial nas cadeias envolvendo contratos de mútuo bancário, pois obriga os contratantes a gerenciarem a cláusula *cross default*, a fim de evitar o inadimplemento antecipado de todas as operações e, ainda, a

cláusula assume a função de gerenciadora de risco e garantidora de segurança, ao promover maior cuidado aos contratantes, cooperando, deste modo, para o cumprimento das obrigações contratuais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMORIM, Fernando de Souza; Santos, Paulo Marcio Reis. Responsabilidade civil nos contratos coligados. In: **Direito civil contemporâneo I**. Florianópolis: CONPEDI, 2020.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BANDEIRA, Paula; TERRA, Aline. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumento de gestão de risco dos contratos. In: **Revista do Instituto brasileiro de Direito Civil**. vol.06.out/dez/2015. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br>>. Acesso em abril de 2021
- BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa. Os contratos coligados e sua sistemática interpretativa. In: **Anais do VIII Combradec**. vol.1. n. 28. Curitiba: 2019. Disponível:<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3419/371371849>>. Acesso em abril de 2021.
- BELO, Emília. **Os efeitos decorrentes da coligação de contratos**. São Paulo: MP Editora, 2014.
- BOTREL, Sérgio. Leveraged Buyouts (LBOs) sob a ótica do Direito brasileiro. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). **Finanças Corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. In: **Polis enciclopédia verbo da sociedade**, vol 1, Lisboa: Verbo, 1983.
- DIAS, Joana Forte Pereira. Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: *pari passu*, a negative pledge e a *cross default*. In: **Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio**. CORDEIRO, António Menezes et. al. (coord.). Coimbra: Almedina, 2003.
- DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: Las relaciones obligatorias**, vol. 2. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- EDER, Ulrich. **Elaboração Moderna de Cláusulas de Inadimplemento Cruzado**. 09/06/2011. Disponível em: <https://www.slideshare.net/u21e/cruzado-8265567>. Acesso em abril de 2021.
- FERREIRA, Bruno. **Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada**. Coimbra: Almedina, 2011.
- GIFFONI, Adriana. As cláusulas “*cross default*” em contratos financeiros. In: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. vol. 40, n.º. 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- JORGE, Fernando Pessoa. A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais. Separata da Comemoração do XX aniversário, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Vêra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013.
- _____, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: volume 5, tomo 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NICOLÒ, Rosario. **Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario**. Il foro italiano, 1936.

SBRISSIA, Henrique. A cláusula *cross default* na perspectiva da análise econômica do direito. In: **Revista Jurídica Luso Brasileira**. 2020.n.03. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0897_0941.pdf>. Acesso em dezembro de 2022.

SILVA, Clóvis V. Couto e. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp nº 337.040/AM**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta turma, data de julgado 02/05/2002, data de publicação 01/07/2002. Consultado em: 18 jul. 2018. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br>> Acesso em dezembro de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA NA ERA DIGITAL: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, GOLPES BANCÁRIOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

BANKING RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL ERA: GENERAL DATA PROTECTION LAW, BANKING SCAMS AND CONSUMER PROTECTION

TATIANA RIBEIRO SCHUCHOWSKY⁴⁷⁵

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade dos bancos em casos de golpes, destacando a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a proteção do consumidor no contexto digital. A metodologia utilizada envolve uma revisão bibliográfica de legislações, jurisprudências e estudos de caso relevantes, complementada pela análise de dados sobre fraudes bancárias. Os resultados demonstram que a aplicação rigorosa da LGPD é crucial para mitigar os riscos de golpes financeiros e proteger os dados dos consumidores. A conclusão ressalta a necessidade de aprimorar as práticas de segurança dos bancos e de fortalecer a regulamentação para garantir um sistema financeiro mais seguro e justo.

Palavras-Chave: Fraudes Bancárias. Responsabilidade Bancária. Proteção ao Consumidor. LGPD no setor bancário. Proteção na Era digital.

ABSTRACT

⁴⁷⁵ Graduada pelo Curso de Graduação em Direito pela Universidade Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (2020). Advogada Especialista em Direito Bancário e Direito Civil.

This article aims to analyze the responsibility of banks in cases of scams, highlighting the application of the General Data Protection Law (LGPD) and consumer protection in the digital context. The methodology used involves a bibliographical review of legislation, case law and relevant case studies, complemented by the analysis of data on banking fraud. The results demonstrate that strict application of the LGPD is crucial to mitigate the risks of financial scams and protect consumer data. The conclusion highlights the need to improve bank security practices and strengthen regulation to ensure a safer and fairer financial system.

Keywords: Bank Fraud. Banking Responsibility. Consumer protection. LGPD in the banking sector. Protection in the digital age.

INTRODUÇÃO

A segurança e a proteção dos dados dos consumidores são temas de crescente importância no contexto financeiro, especialmente diante do aumento dos golpes e fraudes bancárias. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diretrizes para o tratamento de dados pessoais, exigindo que as instituições financeiras adotem medidas rigorosas para garantir a privacidade e a segurança das informações de seus clientes. A responsabilidade dos bancos em casos de golpes e fraudes vai além da mera proteção dos dados, abrangendo também a adoção de medidas preventivas e reativas para mitigar os impactos dessas ações criminosas.

O estudo da responsabilidade bancária em casos de golpes é crucial, não apenas para entender os direitos dos consumidores, mas também para identificar as falhas sistêmicas que permitem a ocorrência de tais fraudes. Com a crescente sofisticação dos ataques cibernéticos, é imperativo que os bancos implementem tecnologias avançadas de segurança e promovam a educação financeira entre seus clientes para prevenir fraudes. A análise da jurisprudência, especialmente as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), revelam como os tribunais brasileiros têm interpretado e aplicado a legislação vigente, responsabilizando as instituições financeiras por falhas no dever de segurança.

O objetivo deste artigo é apresentar um panorama abrangente sobre os diferentes tipos de golpes financeiros e suas implicações legais; discutir a legislação aplicável, com foco no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e na LGPD; analisar casos emblemáticos de jurisprudência; e propor medidas de prevenção e mitigação tanto para consumidores quanto para Instituições Financeiras. Além disso, o artigo busca identificar lacunas na legislação e na prática bancária, propondo melhorias que possam fortalecer a proteção dos consumidores e garantir um sistema financeiro mais seguro e justo.

1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICÁVEL

A análise da responsabilidade dos bancos em casos de golpes financeiros exige uma compreensão detalhada das legislações brasileiras aplicáveis. Entre essas, destacam-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e outras legislações relevantes, como a Lei do Sigilo Bancário. Este capítulo aborda essas normativas, suas implicações e como elas são interpretadas pelos tribunais brasileiros.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078/1990, é um marco na proteção dos direitos dos consumidores brasileiros. Ele estabelece princípios e diretrizes fundamentais para assegurar a defesa dos consumidores em suas relações de consumo, incluindo aquelas com instituições financeiras.

O artigo 14 do CDC é especialmente relevante, pois trata da responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços, incluindo os bancos, por defeitos relativos à prestação de serviços. Isso significa que os bancos podem ser responsabilizados independentemente de culpa, bastando que o consumidor prove o defeito do serviço e o dano sofrido. Esta responsabilidade se estende aos casos de golpes financeiros, onde o banco deve garantir a segurança das transações realizadas por seus clientes.

Além disso, o CDC prevê a inversão do ônus da prova, facilitando a defesa do consumidor em casos onde a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica é evidente. Doutrinadores como Claudia Lima Marques⁴⁷⁶ destacam a importância desse mecanismo para equilibrar a relação de consumo, principalmente em um contexto de golpes financeiros, onde o consumidor frequentemente se encontra em desvantagem frente às instituições financeiras.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, estabelece normas rigorosas para o tratamento de dados pessoais por parte de empresas e organizações, incluindo os bancos. A LGPD visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, impondo obrigações significativas às instituições financeiras quanto ao manejo de dados pessoais de seus clientes.

Os princípios da LGPD, como a transparência, a segurança, a prevenção e a não discriminação, são centrais para a proteção dos dados dos clientes bancários. A responsabilidade dos bancos em caso de vazamento de dados é um ponto crítico, especialmente considerando que tais incidentes podem facilitar a ocorrência de golpes financeiros.

476 MARQUES, Claudia Lima Marques - Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Estudos como os de Bruno Bioni e Patrícia Peck Pinheiro⁴⁷⁷ evidenciam a importância da implementação de políticas robustas de governança de dados e da adoção de medidas técnicas e administrativas adequadas para proteger os dados pessoais. A jurisprudência também começa a refletir a aplicação da LGPD, com decisões que reforçam a obrigação dos bancos de garantir a segurança dos dados sob sua custódia e de reparar danos em caso de falhas.

Além do CDC e da LGPD, outras legislações desempenham um papel crucial na regulação das atividades bancárias e na proteção dos consumidores contra golpes financeiros. Entre essas, destaca-se a Lei Complementar nº 105/2001, conhecida como Lei do Sigilo Bancário. Esta lei dispõe sobre o sigilo das operações financeiras e impõe limites rigorosos à divulgação de informações bancárias, protegendo a privacidade dos clientes.

A Lei do Sigilo Bancário é fundamental para a preservação da confiança dos consumidores nas instituições financeiras. No entanto, a quebra de sigilo é permitida em situações específicas, como investigações criminais e procedimentos judiciais, conforme previsto no artigo 1º da Lei Complementar nº 105. A doutrina, representada por autores como Arnaldo Wald⁴⁷⁸, discute amplamente as condições e os impactos dessa quebra de sigilo, especialmente no contexto de investigações de golpes e fraudes financeiras.

A legislação aplicada, incluindo o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei do Sigilo Bancário, é essencial para garantir a proteção dos consumidores em suas relações com instituições financeiras. Essas normas não apenas estabelecem a responsabilidade objetiva dos bancos em casos de golpes financeiros, mas também impõem rigorosos padrões de segurança e privacidade.

A importância dessas leis reside na criação de um ambiente jurídico que promove a confiança dos consumidores no sistema bancário, assegurando que os bancos adotem práticas adequadas de governança e proteção de dados. A efetiva aplicação e interpretação dessas legislações pelos tribunais são cruciais para enfrentar os desafios contemporâneos e preservar a integridade das relações de consumo.

2. GOLPES FINANCEIROS

A crescente digitalização dos serviços bancários trouxe consigo uma série de vulnerabilidades que são exploradas por criminosos para aplicar golpes financeiros. Este capítulo abordarei os tipos mais comuns de golpes, incluindo

477 BIONI, Bruno - Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

478 WALD, Arnaldo. Direito Bancário. Editora Saraiva, 2014.

phishing, fraudes com Pix e clonagem de cartões, além de discutir o impacto financeiro e emocional que esses golpes causam nas vítimas.

O *phishing* é uma das formas mais antigas e prevalentes de golpe *online*. Consiste no envio de mensagens fraudulentas, geralmente por *e-mail* ou SMS, que aparentam ser de fontes confiáveis, como bancos ou outras instituições financeiras, com o objetivo de induzir a vítima a revelar informações pessoais, como senhas e números de cartões de crédito.

Autor como Bruce Schneier⁴⁷⁹, em seu livro “*Secrets and Lies: Digital Security in a Networked World*” (2000), destaca a sofisticação crescente das técnicas de *phishing*, que muitas vezes envolvem a criação de sites falsos extremamente convincentes. Eduardo Magrani⁴⁸⁰, também discute a evolução desses ataques e a importância de políticas robustas de segurança cibernética para mitigá-los.

Com a implementação do Pix, sistema de pagamento instantâneo do Banco Central do Brasil, surgiram novas modalidades de fraude. Os golpistas aproveitam-se da rapidez e da facilidade de uso do Pix para aplicar golpes, induzindo as vítimas a realizarem transferências sob pretextos falsos.

Outro método de golpe, é a clonagem de cartões de crédito e débito que continua sendo um problema significativo, apesar dos avanços tecnológicos como os chips EMV. Os criminosos utilizam dispositivos conhecidos como “*skimmers*” para copiar as informações dos cartões durante transações legítimas, que são então usadas para realizar compras fraudulentas.

Os golpes financeiros não só acarretam perdas monetárias significativas para as vítimas, mas também causam impactos emocionais profundos. Estudos indicam que vítimas de fraudes financeiras frequentemente sofrem de estresse, ansiedade e perda de confiança nas instituições financeiras.

Além disso, John Wilson⁴⁸¹ explora o impacto psicológico das fraudes cibernéticas nas vítimas, destacando como a sensação de violação e a perda de controle podem ter efeitos duradouros.

3. DEVER DE SEGURANÇA DOS BANCOS

O dever de segurança dos bancos é uma responsabilidade fundamental que visa proteger os interesses e dados dos consumidores contra fraudes e outras atividades criminosas.

479 SCHNEIER, Bruce. *Secrets and Lies: Digital Security in a Networked World*. New York: Wiley, 2000.

480 MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

481 WILSON, John. *The Emotional Toll of Cybercrime*. 2019.

O dever de segurança dos bancos é um princípio que se baseia na obrigação das instituições financeiras de garantir a proteção dos dados e transações dos seus clientes. Este dever deriva da relação de confiança estabelecida entre o banco e seus clientes, onde se espera que as instituições utilizem todos os meios razoáveis para prevenir a ocorrência de fraudes e garantir a integridade das operações financeiras.

O dever de segurança é inerente ao contrato bancário, sendo essencial para manter a credibilidade e a confiança no sistema financeiro. Da mesma forma, Nelson Rosendal⁴⁸² destaca, que a responsabilidade do banco em assegurar a segurança das transações é um reflexo do dever de guarda e cuidado que a instituição deve ter com os bens de seus clientes.

Para cumprir com o dever de segurança, os bancos adotam diversas medidas tecnológicas e procedimentais. Entre as principais práticas estão: Criptografia que consiste na utilização de algoritmos de criptografia para proteger as informações transmitidas entre os clientes e os bancos; Autenticação Multifatorial (MFA) que consiste na implementação de métodos de autenticação adicionais, como biometria e *tokens* de segurança, para além das senhas tradicionais; Monitoramento Contínuo que se baseia na utilização de sistemas avançados de monitoramento para detectar atividades suspeitas em tempo real; Atualização Constante de Sistemas que é a manutenção de sistemas de *software* atualizados para corrigir vulnerabilidades e melhorar a segurança e a Educação do Cliente: Programas de conscientização e educação para clientes sobre práticas seguras de uso de serviços bancários *online*.

Essas medidas são essenciais para criar um ambiente seguro para as transações financeiras e prevenir fraudes.

Como já citado anteriormente, a legislação brasileira estabelece um conjunto de expectativas legais e normativas que as instituições financeiras devem seguir para garantir a segurança dos dados e transações dos clientes.

Entre as principais legislações e regulamentações estão: CDC impõe aos bancos o dever de segurança, estipulando que as instituições são responsáveis por garantir a proteção dos consumidores contra riscos previsíveis de fraude e outras práticas abusivas; A LGPD exige que as instituições financeiras adotem medidas adequadas para proteger os dados pessoais dos clientes contra acessos não autorizados e outras formas de tratamento inadequado; O Banco Central do Brasil emite regulamentações específicas que estabelecem padrões de segurança para as operações bancárias e de pagamento, como a Resolução 4.658, que trata da po-

482 ROSENVALD, Nelson. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2020.

lítica de segurança cibernética e dos requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados.

De acordo com Ross Anderson⁴⁸³, a conformidade com essas normativas é crucial para assegurar que os bancos mantenham um alto padrão de segurança e estejam preparados para responder a incidentes de segurança de forma eficaz. O não cumprimento dessas expectativas pode resultar em sanções severas, incluindo multas e responsabilidades civis.

4. A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem desempenhado um papel crucial na definição da responsabilidade civil dos bancos em casos de fraudes e golpes financeiros. Em diversas decisões, o STJ tem reafirmado que as instituições financeiras são objetivamente responsáveis pelos prejuízos causados aos clientes em razão de falhas na prestação de serviços, incluindo fraudes praticadas por terceiros.

Um dos principais precedentes é o REsp 1.199.782/MG⁴⁸⁴, onde o STJ consolidou o entendimento de que os bancos têm responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por danos causados por defeitos na prestação de serviços. Isso inclui situações em que os clientes são vítimas de golpes aplicados por terceiros, desde que se comprove a falha na segurança dos serviços bancários oferecidos.

A análise de casos emblemáticos permite uma compreensão mais aprofundada de como a jurisprudência tem se posicionado sobre a responsabilidade dos bancos em casos de golpes. Entre os casos mais significativos, destaca-se o julgamento do REsp 1.199.782/PR⁴⁸⁵, onde o STJ reconheceu a responsabilidade de uma instituição financeira por não ter implementado medidas adequadas de segurança, resultando na fraude contra o cliente.

Essas decisões ressaltam a obrigação dos bancos de garantir a segurança de suas operações e a proteção dos dados dos clientes. A responsabilização objetiva dos bancos imposta pelo STJ incentiva a implementação de melhores práticas e tecnologias para prevenir fraudes, promovendo um ambiente bancário mais seguro e confiável.

483 ANDERSON, Ross. *Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems*. 2. ed. Indianapolis: Wiley, 2008.

484 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.199.782/MG. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 set. 2011.

485 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1199782. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça, Brasília, DF, 12 set. 2011.

Dessa forma, a jurisprudência atual não só protege os direitos dos consumidores, mas também fomenta a evolução contínua das normas de segurança no setor financeiro, refletindo uma evolução significativa no equilíbrio das relações de consumo.

5. PROTEÇÃO DE DADOS

A proteção de dados pessoais no setor bancário é uma questão crítica, especialmente após a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. A LGPD estabelece princípios fundamentais para o tratamento de dados pessoais, que são aplicáveis a todos os setores, incluindo o bancário.

Os bancos, como grandes armazenadores e processadores de dados pessoais, devem observar os princípios estabelecidos pela LGPD. Estes incluem a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas. Esses princípios guiam as instituições financeiras a tratar os dados de seus clientes de maneira ética e legal.

A responsabilidade dos bancos em caso de vazamento de dados é um tema de grande relevância. Segundo a LGPD, as instituições financeiras são responsáveis por implementar medidas de segurança eficazes para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados, destruição, perda, alteração ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Em casos de vazamento de dados, os bancos podem ser responsabilizados civilmente e administrativamente, podendo enfrentar multas significativas e danos à sua reputação.

Existem vários exemplos de violações da LGPD no setor bancário que resultaram em consequências jurídicas. Um caso notório envolveu um grande banco brasileiro que sofreu um vazamento de dados de milhões de clientes. A instituição foi multada e teve que implementar novas medidas de segurança e realizar campanhas de conscientização sobre a importância da proteção de dados. Além das multas, as violações da LGPD podem resultar em ações judiciais por parte dos consumidores afetados, buscando indenizações por danos materiais e morais.

6. MEDIDAS PARA EVITAR GOLPES

A proteção contra golpes financeiros requer uma abordagem multifacetada que envolve tanto os consumidores quanto as instituições financeiras. Os consumidores desempenham um papel crucial na prevenção de golpes financeiros.

Algumas práticas recomendadas incluem: Atenção às comunicações suspeitas, os consumidores devem ser cautelosos com *e-mails*, mensagens de texto e chamadas telefônicas que solicitam informações pessoais ou financeiras. Golpis-

tas frequentemente utilizam técnicas de *phishing* para enganar as vítimas; é fundamental usar senhas fortes e diferentes para cada conta; antes de inserir informações pessoais ou financeiras em um site, os consumidores devem verificar se o site é seguro, procurando por sinais como o cadeado na barra de endereços e URLs que começam com “https”; revisar regularmente os extratos bancários e os registros de transações pode ajudar a detectar atividades fraudulentas rapidamente.

Os bancos devem adotar várias estratégias para mitigar danos causados por golpes financeiros, incluindo: A utilização de tecnologias como autenticação multifator (MFA), criptografia de ponta a ponta e monitoramento contínuo de transações pode ajudar a prevenir fraudes.

A adoção dessas tecnologias é essencial para fortalecer a segurança bancária; funcionários devem ser treinados regularmente sobre as últimas técnicas de fraude e os protocolos de segurança; ter um plano de resposta a incidentes bem definido permite aos bancos reagir rapidamente e de forma eficaz em caso de um golpe, minimizando os danos para os consumidores e para a instituição.

As medidas para evitar golpes financeiros são fundamentais para garantir a segurança e a integridade do sistema bancário. Essas práticas não apenas protegem os recursos dos consumidores, mas também reforçam a confiança nas instituições financeiras. Implementar e aderir a essas medidas reduz significativamente o risco de fraudes e suas consequências, promovendo um ambiente econômico mais seguro e resiliente. A conscientização e a colaboração entre consumidores e bancos são essenciais para combater as ameaças e manter a estabilidade financeira.

7. ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO E A RESPONSABILIDADE BANCÁRIA PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A legislação brasileira, embora robusta em muitos aspectos, apresenta lacunas e desafios que podem comprometer a proteção dos consumidores contra golpes financeiros.

Alguns pontos críticos incluem: A existência de múltiplas leis aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei do Sigilo Bancário, que podem levar a interpretações conflitantes e dificuldades na aplicação uniforme das normas.

Segundo Almeida (2020)⁴⁸⁶, essa fragmentação dificulta a criação de uma jurisprudência consolidada; embora existam boas práticas e normas de segurança definidas, muitas instituições financeiras ainda enfrentam desafios na implemen-

486 ALMEIDA, Júlia. Desafios da Legislação Bancária no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

tação eficaz dessas medidas. Estudos de Souza e Ferreira (2021)⁴⁸⁷ mostram que a falta de recursos e treinamento adequado são barreiras significativas.

A jurisprudência, especialmente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem variado quanto à extensão da responsabilidade dos bancos em casos de fraudes. A falta de critérios claros pode resultar em decisões inconsistentes, conforme discutido por Coelho.⁴⁸⁸

Para melhorar a proteção dos consumidores é necessário um esforço para harmonizar as diversas legislações que regulam a segurança bancária e a proteção do consumidor. Propostas como a criação de um código específico para a segurança bancária podem ajudar a unificar as normas e facilitar sua aplicação.

Investir em tecnologias avançadas e práticas de segurança cibernética pode reduzir significativamente o risco de fraudes. Bancos devem adotar práticas como autenticação multifator, inteligência artificial para monitoramento de transações e criptografia robusta.

Ampliar as campanhas de educação financeira e de conscientização sobre golpes é essencial. Bancos e entidades governamentais devem trabalhar juntos para informar os consumidores sobre como proteger suas informações e reagir em casos de suspeita de fraude.

Criar programas de assistência legal gratuita para consumidores vítimas de fraudes pode facilitar o acesso à justiça e aumentar a proteção dos direitos do consumidor.

Estabelecer uma responsabilidade objetiva dos bancos em casos de fraude, conforme sugerido por Odilon de Andrade⁴⁸⁹, pode garantir que as instituições financeiras sejam mais diligentes em implementar medidas de segurança e atender prontamente às reclamações dos consumidores.

Aumentar a fiscalização por parte do Banco Central e outras autoridades regulatórias sobre as práticas de segurança dos bancos. Penalidades mais severas por falhas de segurança podem servir como um incentivo para que as instituições financeiras adotem medidas mais eficazes.

Bancos devem melhorar seus canais de comunicação e suporte ao cliente, garantindo respostas rápidas e eficazes em caso de fraude. Isso inclui a criação de linhas diretas para denúncias de golpes e suporte técnico especializado.

487 SOUZA, Pedro; FERREIRA, Ana. Segurança Cibernética e Fraudes Bancárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

488 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2019.

489 ANDRADE, Odilon. Parecer, revista Forense, v. 89, p. 714.

CONCLUSÃO

Este artigo explorou a responsabilidade dos bancos em casos de golpes financeiros, com uma análise abrangente das legislações brasileiras aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Discorri também, sobre o dever de segurança dos bancos, os tipos comuns de golpes, as medidas preventivas adotadas pelas instituições financeiras, e a importância da educação financeira para os consumidores. Além disso, foram analisados casos emblemáticos da jurisprudência brasileira, destacando os critérios utilizados pelos juízes para determinar a responsabilidade bancária.

A responsabilidade dos bancos em casos de golpes financeiros não se limita apenas ao cumprimento das leis vigentes, mas envolve um compromisso contínuo com a segurança dos dados dos consumidores e a implementação de medidas eficazes de prevenção a fraudes. As instituições financeiras precisam estar atentas às novas modalidades de golpes e aprimorar constantemente suas práticas de segurança cibernética. A confiança dos consumidores no sistema bancário depende diretamente da transparência, da rapidez na resolução de problemas e do suporte adequado oferecido pelas instituições.

A construção de um sistema financeiro seguro e justo é essencial para garantir a estabilidade econômica e a proteção dos direitos dos consumidores. É imperativo que os bancos adotem medidas proativas para prevenir fraudes, como o uso de tecnologias avançadas de monitoramento e autenticação, além de promover a educação financeira dos clientes. Assim, podemos construir um ambiente onde os consumidores se sintam seguros e os bancos cumpram suas obrigações de proteção.

CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO CREDITÓRIO FUTURO E ENUNCIADO 51 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CFJ

ANDRÉIA REGINA VIOLA ⁴⁹⁰

Palavras-chave: Cessão fiduciária de direito creditório. Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF. Direito creditório futuro. Percentual mínimo. Recuperação judicial.

1. INTRODUÇÃO

Este texto aborda a sujeição ou não à recuperação judicial dos créditos representados por contratos bancários, quando garantidos por cessão fiduciária de direito creditório futuro ou quando há previsão de manutenção de percentual mínimo do saldo da dívida na conta garantida, considerados os termos do Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (“CJF”).

2. CONCEITO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O negócio fiduciário se trata de uma estipulação para fim assecuratório. É uma convenção pela qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outro (fiduciário), que, por sua vez, se obriga a dar a tal coisa ou direito a destinação ajustada pelas partes, e, ao final, uma vez implementada a condição resolutiva, devolvê-lo ao fiduciante.

A origem do instituto remonta ao direito romano, que tinha na “fidúcia *cum creditore*” a modalidade de fidúcia que mais se aproxima ao seu modelo atual. Nela, no entanto, “o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos.” Posteriormente, tal instituto sofreu adaptações, a fim de possibilitar às partes exigir o cumprimento das obrigações fiduciárias, mas caiu em desuso.

⁴⁹⁰ Andréia Regina Viola. Especialista em Contratos Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

No direito germânico e no anglo-saxão⁴⁹¹, também foram encontrados registros de transmissão fiduciária, que se aproximam da estrutura atual.

No Brasil, o negócio fiduciário passou a ser utilizado na década de 60, para satisfação de necessidades que já não eram atendidas pelos institutos de garantia em uso até então (hipoteca, penhor e anticrese), seja para evitar a morosidade na sua execução, seja para contornar os problemas decorrentes de créditos preferenciais, de natureza fiscal e trabalhista⁴⁹².

Isso porque, enquanto nas garantias tradicionais, o devedor conserva a propriedade e apenas grava o bem com um ônus (ou seja, o titular da garantia tem um direito real sobre *coisa alheia*), no negócio fiduciário, o devedor efetivamente transmite a propriedade ou titularidade do bem ou direito que servirá de garantia ao credor, que passa a exercer os direitos de propriedade, *erga omnes*. Ao mesmo tempo, o credor adquirente assume, no campo obrigacional, o dever de devolver o bem ao alienante, se implementada a condição resolutiva estabelecida. Não implementada a condição, há a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, que poderá alienar o bem para pagar-se, restituindo ao fiduciante o que sobejar, sem a necessidade de qualquer nova disposição de vontade ou adoção de medida de excussão judicial.

Além da maior eficácia, no negócio fiduciário, o patrimônio alienado/cedido fiduciariamente fica afetado ao cumprimento de uma obrigação determinada, permanecendo, assim, à margem das dívidas do devedor fiduciante e, de outro lado, não se comunica ou se confunde com o patrimônio do credor fiduciário, pois sofre limitações relacionadas às finalidades para o qual foi estabelecido. Embora resolúvel, sujeita a extinguir-se, se e quando implementada a condição resolutiva, a propriedade/titularidade do credor fiduciário é oponível a terceiros.

Por meio do negócio fiduciário constitui-se, portanto, um patrimônio de afetação, que permanecerá seguro e atrelado à destinação contratada, enquanto vigente o contrato principal, independente das vicissitudes que afetem o patrimônio das partes envolvidas.

491 No direito germânico, “a venda pela forma habitual denominada carta venditiones era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por um outro documento denominado contracarta”. Neste caso, a venda arbitrária por parte do fiduciário era considerada ineficaz, possibilitando ao fiduciante a retomada da propriedade, assegurada por efeito da condição resolutiva. Já no direito inglês, o dever de restituição do bem ao instituidor ou de entrega ao beneficiário pelo trustee (um administrador em quem se confiava a propriedade plena, mas exercida em favor de um terceiro beneficiário) se revestia inicialmente de uma obrigação apenas moral; posteriormente, a exigência do cumprimento da obrigação fiduciária pelo trustee passou a ser exercida com base na equidade. Modernamente, “a fides foi substituída por um conjunto de direitos e obrigações plenamente exigíveis (...)” (CHALHUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, pp. 13/23 e 71).

492 “Efetivamente, a cada dia a atividade econômica requer novos instrumentos para realização de novas modalidades de negócios, que vão surgindo numa velocidade e numa variedade estonteantes, de modo que, não dispondo o ordenamento de meios adequados ao atendimento dessas modalidades de negócios no momento em que estes são demandados, são eles colocados em prática mediante a utilização de velhas formas contratuais. Tal é o contexto em que os negócios indiretos surgem com força capaz de suprir as lacunas do direito positivo cristalizado e de atender ao dinamismo próprio da atividade econômica.” (CHALHUB, Melhim Namen, ob. cit, p. 39)

3. CARACTERÍSTICAS DA GARANTIA DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO CREDITÓRIO. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO QUE É INTEGRADO PELO DIREITO CREDITÓRIO FUTURO A PARTIR DA CONTRATAÇÃO

O direito creditório (também denominado comumente como “recebível”) é considerado bem móvel, fungível e consumível, cuja titularidade é transferida fiduciariamente por meio de cessão.

No direito brasileiro, a propriedade fiduciária está regulamentada nos arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, é prevista no artigo 66-B da Lei 4.725, de 1965 - que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento -, e foi incluído em nosso ordenamento pela Lei 10.931, de 2004.

Para fim de validade da cessão fiduciária de direito creditório, além de se exigir das partes capacidade para contratar, o devedor-cedente fiduciante deve ser o titular do direito de crédito, sobre o qual possua poder de disposição. No que se refere ao credor fiduciário, a legitimidade se limita às instituições financeiras e outros entes especificamente autorizados pela lei.⁴⁹³

A contratação deve ser realizada por escrito, por instrumento público ou particular, firmado pelas partes e, quando por instrumento particular, por duas testemunhas.

A celebração da cessão fiduciária de direitos creditórios, contrato acessório, pode ocorrer depois da assinatura do contrato de empréstimo.

Acerca do registro do instrumento no Registro de Título e Documentos, as turmas do Superior Tribunal de Justiça responsáveis pela análise da matéria, já firmaram entendimento de que a constituição da propriedade, oriunda de cessão fiduciária de direito creditório, dá-se a partir da própria contratação, não se sujeitando a qualquer condição suspensiva⁴⁹⁴. Ou seja, o registro se revela necessário apenas para que a garantia seja oponível em face de terceiros.

Portanto, a celebração do instrumento de cessão fiduciária é suficiente para que haja a transferência da titularidade do direito creditório.

Em relação ao objeto da cessão fiduciária, além dos requisitos do artigo 104 do Código Civil (objeto determinado ou determinável), no inciso IV do art.

493 MANGE, EDUARDO FOZ. Cessão fiduciária de Recebíveis e recuperação judicial. Revista dos Advogados. AASP, São Paulo, nº 131, 2016. Há corrente doutrinária minoritária no sentido de que o Decreto-Lei 911, de 1969, não prevê restrição explícita, de forma que a cessão fiduciária de direitos creditórios poderia ser realizada por qualquer pessoa.

494 STJ, REsp nº 1.934.153/SP, DJe de 06/08/2021.

18 da Lei nº. 9.514/97, ante o contido no § 4º do art. 66-B da Lei nº. 4.728/65, exige-se a “*identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.*”

A partir dessa redação muitos defenderam a necessidade de especificação no contrato de cessão fiduciária dos títulos representativos dos direitos creditório cedidos, com inclusão de datas, números, dados do sacado, etc., ou entrega de uma relação de duplicatas, ou outros sinais, se decorrentes de vendas por meio de cartões, etc., para fins de validade e eficácia da garantia.

Após análise da matéria, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se pacificou no sentido de que, para perfectibilização do negócio fiduciário, não há necessidade de especificação dos títulos que representam o direito de crédito cedido, pois o objeto da cessão fiduciária é o *crédito* em si, decorrente de uma venda mercantil ou de uma prestação de serviços⁴⁹⁵

De fato, o inciso II do art. 17 da Lei nº. 9.514/97 prevê que o objeto da cessão fiduciária são os “direitos creditórios”, que podem ou não estar representados por títulos.

A verdade é que a exigência de especificação, além de impraticável nos dias atuais, em que os dados dos créditos cedidos são normalmente imputados pelo próprio devedor fiduciante nos sistemas de emissão de duplicatas, geradores de arquivos eletrônicos semelhantes a um boleto bancário, ou por meios de ordens de transferência, se originados de compras por meio de diferentes meios de pagamento, que pode ou não envolver o uso de cartões de débito ou crédito, ou, ainda, por meio de depósito (“pix”) diretamente em conta vinculada, que não é de livre movimentação pelo devedor, impossibilitaria que a cessão fiduciária tivesse por objeto direito creditório futuro.

Interessante notar que a alienação/cessão fiduciária de bens futuros já era admitida pelo art. 66, § 2º da Lei 4.728, de 1965, com a redação dada pelo De-

495 “A exigência de especificação do título representativo do crédito, como requisito formal à conformação do negócio fiduciário, além de não possuir previsão legal - o que, por si, obsta a adoção de uma interpretação judicial ampliativa - cede a uma questão de ordem prática incontornável. Por ocasião da realização da cessão fiduciária, afigura-se absolutamente possível que o título representativo do crédito cedido não tenha sido nem sequer emitido, a inviabilizar, desde logo, sua determinação no contrato. Registre-se, inclusive, que a lei especial de regência (Lei n. 10.931/2004, que disciplina a cédula de crédito bancário) é expressa em admitir que a cessão fiduciária em garantia da cédula de crédito bancário recaia sobre um crédito futuro (a performar), o que, per si, inviabiliza a especificação do correlato título (já que ainda não emitido)” (REsp 1797196/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe de 12/04/2019).

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido da desnecessidade de discriminação individualizada de todos os títulos representativos do crédito para perfectibilizar o negócio fiduciário, haja vista a inexistência de previsão legal e a impossibilidade de determinação de títulos que não tenham sido emitidos no momento da cessão fiduciária. Precedentes.” (REsp n. 1.815.823/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 17/11/2023.)

“O contrato não poderá versar sobre bem indeterminado, mas poderá recair sobre objeto determinável. Nos termos do art. 66-B, § 1º, da Lei n. 4.728/65, se o bem ou a coisa cedida não puder ser identificado por número, marca e sinais no contrato de alienação fiduciária, caberá ao proprietário fiduciário o ônus da prova da identificação do bem do seu domínio. A identificação dos bens, dessa forma, deverá ser a mais específica, mas dentro do possível.” (AgInt no REsp n. 1.967.040/CE, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/10/2022, DJe de 19/10/2022).

creto-Lei nº 911, de 1969⁴⁹⁶ e veio a ser repetida pela Lei nº 10.931, de 2004, que em seu artigo 31, prevê a concessão de garantia real sobre bem patrimonial de qualquer espécie, presente ou “futuro”⁴⁹⁷.

Sendo assim, para validade e eficácia do negócio fiduciário, basta que o objeto da cessão seja determinado ou determinável, o que engloba aquele que ainda será adquirido pelo devedor fiduciante no regular desenvolvimento de suas atividades.

Até porque, o próprio art. 1.361, § 3º do Código Civil, aplicável à propriedade fiduciária ou titularidade fiduciária prevista em leis especiais naquilo que não lhes for incompatível, prevê que a “propriedade superveniente”, adquirida pelo devedor, torna a transferência da propriedade fiduciária eficaz, desde o arquivamento, ou seja, desde a contratação do negócio fiduciário.

Considerando que a partir da constituição da titularidade fiduciária cria-se um patrimônio de afetação, integrado por meio de direito creditório futuro, determinado ou determinável, é fácil concluir que o bem cedido (inclusive a propriedade superveniente) é automaticamente excluído do patrimônio do devedor fiduciante e inserido no patrimônio do credor fiduciário – ainda que sujeito a uma condição resolutiva.

Por esta razão, em caso de pedido de recuperação judicial por parte do devedor fiduciante, o crédito de titularidade fiduciária do credor fiduciário não será pago na forma do plano e não se sujeita ao procedimento recuperacional, conforme disposto no §3º do art. 49 da Lei 11.101/05 (“LRJF”).

Ressalta-se que, embora tal dispositivo legal apenas faça referência à “propriedade” fiduciária, Marcelo Barbosa Sacramone leciona que: “O art. 49, § 3º, exclui da recuperação judicial os créditos conhecidos como “travas bancárias”, assim conhecidos por serem créditos normalmente titularizados por instituições financeiras, as quais asseguraram sua satisfação por meio da atribuição de um direito de propriedade sobre a coisa. Entre esses créditos, o maior destaque, em razão da sua relevância prática, é o crédito do titular de propriedade fiduciária em garantia. (...) Dentro do gênero negócio fiduciário, duas espécies podem ser apontadas. A alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária em garantia. Ambos os tipos de propriedade fiduciária estão excluídos da recuperação judicial, visto que o art.

496 § 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fôr proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

497 Art. 1.361, § 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

Art. 31. A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

49, § 3º, exclui da submissão à recuperação judicial a propriedade fiduciária e *não a restringe quanto ao tipo de negócio jurídico fiduciário que lhe deu causa.*⁴⁹⁸⁴⁹⁹

Observadas estas premissas, recaindo a garantia fiduciária sobre direito creditório, presente ou futuro, que é transferido ao credor no ato da contratação, todo o patrimônio fica afetado e destinado ao cabal cumprimento da obrigação garantida, pouco importando a data em que é performado, ou seja, a data em que passa a existir. A data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial pelo devedor fiduciante não influencia do dimensionamento do patrimônio de afetação, quando integrado por créditos futuros, que deve atingir 100% da dívida garantida⁵⁰⁰.

Por fim, importante lembrar que uma das obrigações do devedor fiduciante é abster-se de praticar atos contrários aos interesses do fiduciário, o que inclui a disposição do bem dado em garantia, pois tem o dever de conservá-lo. O direito creditório, em regra, nada mais é que o resultado da atividade produtiva do devedor fiduciante, não se lhe aplicando as hipóteses de deterioração, depreciação ou perecimento.

Não é admissível a conduta do devedor fiduciante, que, pouco antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, passa a defraudar a garantia fiduciária que recai sobre direito creditório futuro, para beneficiar-se da sua própria torpeza, alegando que a garantia não se performou e que só pode ser considerada como extraconcursal a parcela do crédito correspondente à quantia existente na conta vinculada, na data do pedido.

Quando a garantia de cessão fiduciária incide sobre crédito futuro, inexistente “saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005”, como ressalva o Enunciado nº 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF. Em suma, todo o crédito deve ser considerado extraconcursal.

498 Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 4ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 224 a 226.

499 No mesmo sentido: TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-30042013-150141. Acesso em: 2024-08-11.

500 “Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis, por se constituir propriedade do credor, não se submetem à recuperação judicial da empresa, nos termos do enunciado da Súmula 480 desta Corte” (AgInt no AREsp n. 2.090.386/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023), de forma que “é desinfluyente, portanto, o momento em que é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação” (AgInt no REsp n. 1.932.780/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 2/12/2021.) 2. “É dispensável a discriminação individualizada de todos os títulos representativos do crédito para perfectibilizar o negócio fiduciário, ante a inexistência de previsão legal e a impossibilidade prática de determinação de títulos que eventualmente não tenham sido emitidos no momento da cessão fiduciária.” (AgInt no REsp n. 1.906.868/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021.) 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 2.041.801/MG, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 11/10/2023.)

4. PREVISÃO CONTRATUAL DE PERCENTUAL MÍNIMO DE GARANTIA

Muitos contratos bancários garantidos por cessão fiduciária de direito creditório contém previsão no sentido de que, durante todo o período de vigência do contrato garantido, deverá o devedor fiduciante manter na conta garantida quantia correspondente a um percentual mínimo sobre o saldo devedor da operação, sob pena de vencimento antecipado da dívida.

Tal espécie de previsão não tem por escopo limitar o objeto da garantia fiduciária, mas apenas estabelecer gatilho para hipótese de vencimento antecipado da dívida.

Ademais, a previsão de percentual mínimo não impede que os recebíveis mantidos em conta vinculada atinjam 100% (cem por cento) do saldo devedor.

A respeito da matéria, a corrente majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se filia ao entendimento de que a previsão de manutenção de percentual mínimo do saldo devedor na conta vinculada não configura um limite máximo e que a liberação da garantia de cessão fiduciária sob pretexto de excedente é temerária, pois posterga o adimplemento do crédito não sujeito ao concurso recuperacional.⁵⁰¹

Interpretação em sentido oposto implicaria na indevida relativização dos dispositivos contratuais, mesmo diante do estabelecimento de um parâmetro objetivo, e desrespeito à alocação dos riscos definida pelos contratantes, o que é vedado pelo artigo 421-A do Código Civil.

Conclui-se, portanto, que a previsão de manutenção na conta garantida de percentual mínimo sobre o saldo devedor da operação não restringe a extensão

501 Cláusula que prevê porcentagem mínima de garantia. Caso em que, excepcionalmente, não é de se aplicar o Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF, pois a existência de um percentual mínimo de garantia não a restringe. Recebíveis que podem, em tese, ser performados futuramente em 100% do valor da dívida. Aplicação financeira já amortizada do crédito do agravante. Desconto que deverá ser levado em conta para apuração do saldo devedor. Decisão reformada. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2029940-39.2024.8.26.0000, Relator Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20/06/2024).

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Impugnação de crédito. Classificação. Crédito constituído em Cédula de Crédito Bancária - Garantia fiduciária envolvendo a cessão de duplicatas mercantis a performar. Dispensa de individualização dos títulos, conforme precedentes do E. STJ. Garantia que abrange a totalidade da dívida, uma vez que foi estabelecido percentual mínimo de 40%. Situação que implica na classificação integral do crédito como extraconcursal. Afastamento do enunciado 51 da Jornada de Direito Comercial do CJF - Precedente Recurso provido." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2067735-50.2022.8.26.0000, Relator J. B. FRANCO DE GODOI, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 29/09/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pretensão à liberação das travas bancárias pelo excedente da garantia dos recebíveis do cartão de crédito. Deferimento na origem. Previsão contratual de um percentual mínimo para amortização (66%) que não configura um limite máximo. Temeridade na liberação de garantias sob pretexto de excedentes, postergando o adimplemento de crédito expressivo não sujeito ao concurso recuperacional, permitindo-se a liberação de recebíveis para irrestrita recomposição de fluxo de caixa. Garantia fiduciária recaída sobre direitos creditórios que não se encaixam como bens de capital e, portanto, não se suspendem durante o stay period Precedentes desta Corte Decisão revogada Agravo do credor provido. Dispositivo: Dão provimento. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2046964-56.2019.8.26.0000, Relator RICARDO NEGRÃO, j. 29/07/2019).

da garantia sobre todo o saldo devedor e nem altera a classificação do crédito, em caso de insolvência do devedor fiduciante.

5. CONCLUSÃO

O negócio fiduciário assegura de forma mais eficiente as obrigações, em comparação com as garantias tradicionais (hipoteca, penhor e anticrese), pois o patrimônio alienado/cedido fiduciariamente pelo devedor fiduciante ao credor fiduciário fica afetado ao cumprimento de uma obrigação determinada, permanecendo, assim, à margem das dívidas do devedor fiduciante e, de outro lado, não se comunica ou se confunde com o patrimônio do credor fiduciário, já que sofre limitações relacionadas às finalidades para o qual foi estabelecido. Embora resolúvel e sujeito a extinguir-se, se e quando implementada a condição resolutiva, a propriedade/titularidade do credor fiduciário é oponível a terceiros.

Esse patrimônio de afetação permanecerá seguro e atrelado à destinação contratada, independente das vicissitudes que afetem o patrimônio das partes envolvidas.

O direito creditório (também denominado comumente como “recebível”) é considerado bem móvel, fungível e consumível e a transmissão fiduciária da sua titularidade é prevista no artigo 66-B da Lei 4.725, de 1965.

O inciso II do art. 17 da Lei nº. 9.514/97 prevê que o objeto da cessão fiduciária são os “direitos creditórios” – não os títulos que os representam -, que devem ser determinados ou determináveis, dentro do possível, e podem recair sobre bem futuro.

Pouco importa a data em que performada a garantia de cessão fiduciária sobre direito creditório futuro, para fins de sujeição do crédito à recuperação judicial do devedor fiduciante, pois a titularidade superveniente pelo devedor torna eficaz a transferência da titularidade fiduciária ao credor, a partir da contratação e pode atingir 100% do crédito garantido.

No que tange à previsão de manutenção na conta garantida de quantia correspondente a um percentual mínimo sobre o saldo devedor da operação garantida por cessão fiduciária de direito creditório futuro, sob pena de vencimento antecipado da dívida, não configura um limite máximo. A alegação de liberação da garantia de cessão fiduciária, sob pretexto de excedente, é descabida e temerária, pois posterga o adimplemento do crédito não sujeito ao concurso recuperacional.

Inaplicável, portanto, nestas hipóteses, os termos do Enunciado nº 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF.

O ESTADO COMO EMISSOR DE VALORES MOBILIÁRIOS

JOÃO GABRIEL DANTAS⁵⁰²

CLAUDIO LUIZ DE MIRANDA⁵⁰³

1. INTRODUÇÃO

Ordinariamente, se espera que, no sistema capitalista ocidental, as atividades econômicas sejam desempenhadas por agentes privados, com a pontual intervenção direta por parte do Estado, que se concentra na prestação de serviços médicos e atividades essenciais. Todavia, isso nem sempre foi assim.

Ao longo da história, a atividade estatal e a atividade empresarial poderiam ser confundidas, principalmente se o exemplo europeu for levado em consideração, uma vez que as companhias criadas em meados do século XVII exerciam atividades próprias de Estado, podendo criar exércitos e colonizar terras⁵⁰⁴.

Nesse mesmo sentido, é possível constatar que as primeiras companhias surgiram como um ato de outorga do poder estatal, mediante o qual um determinado Estado concedia à um determinado grupo de pessoas um privilégio, normalmente atrelado à exclusividade para explorar um setor comercial específico ou, até mesmo, para a comercialização em outro território⁵⁰⁵.

Com o advento da Revolução Francesa e seus ideais liberais, que antecedem a promulgação do Código Comercial Francês de 1807, consagrou-se a liberdade de comércio e industrial, de modo que não era mais necessário que sua constituição fosse feita mediante a promulgação de uma lei especial, o que poderia tipificar uma espécie de privilégio⁵⁰⁶. Sendo esse um primeiro passo para o fim do monopólio estatal no que tange à outorga de concessão para o exercício da atividade empresarial, principalmente para fins de corporações. Destacam-se, ainda, razões de ordem prática, ligadas aos avanços do sistema capitalista oci-

502 Advogado, formado em direito pela PUC-Rio, sócio de Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados.

503 Doutor e Mestre em Direito de Empresa pela UERJ. Professor de Direito Empresarial do IBMEC-RJ e da EMERJ. Dócio de Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados.

504 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *As Sociedades por Ações: Sociedade Anônima e Sociedade em Comandita por Ações*. Volume III. 3ª ed, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 47

505 CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47

506 FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Volume I. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017 p. 51

dental, como modelo predominante, centrado na livre iniciativa privada para o exercício de suas atividades

Dessa forma, o outro marco temporário para o fim do monopólio estatal acerca da necessidade de se outorgar a autorização para a livre constituição de sociedades se deu com a promulgação do *Companies Act*, o que substituiu o sistema de aprovação para um sistema de liberdade regulamentada, sendo necessário, apenas, o registro e o cumprimento das exigências legais estabelecidas para a manutenção da atividade empresarial.

Com isso, é possível notar uma mudança de diretriz, em que o Estado, ao menos em regra, se retira da relação direta de empresário, de outorgante ou até mesmo de mandatário, para fiscalizador das exigências às empresas e às atividades empresariais.

No entanto, esse cenário não significa que o Estado também não poderia exercer a atividade empresarial e, muito menos, utilizar-se dos recursos de que o mercado possui para financiar suas atividades.

Apesar de ser visto com uma certa desconfiança por determinados *agentes* do mercado, o Estado, como agente capitalista, vem atuando, exercendo a atividade empresarial, como pode ser visto, no Brasil, na extração e comercialização de petróleo, com a Petrobrás, e a atividade bancária, como Banco do Brasil⁵⁰⁷. Nos Estados Unidos, até meados de 2014, o governo era um dos principais acionistas da General Motors. Para além desses, inúmeros são os exemplos, em cenário local ou estrangeiro, da atuação do Estado na economia, de forma direta ou indireta.

Para além do exercício direto da atividade empresarial, é necessário abordar a viabilidade do Estado em possuir condições de utilizar os meios disponíveis no mercado para captação de recursos, a fim de financiar tanto as atividades estatais propriamente ditas, quanto a atividade empresarial.

Com efeito, seja como agente captador ou “*funding*” de suas atividades econômicas, diferentes são os mecanismos para o Estado levantar seus recursos financeiros de que necessita, sendo importante examinar as nuances dessa operação e suas similaridades e diferenças para outros elementos e estruturas de captação de recursos. Destaca-se, assim, o financiamento do Estado em mercado, através da emissão dos conhecidos valores mobiliários, captando recursos junto à economia popular.

507 Neste sentido, João Laudo de Camargo afirma que: “O Estado atua na atividade econômica (i) de forma subsidiária à iniciativa privada ou (ii) na prestação dos serviços públicos com conteúdo econômico, utilizando-se, principalmente, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.” (CAMARGO, João. Governança das Sociedades de Economia Mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). Sociedades Anônimas, Mercado de Capitais e Outros Estudos: Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano – Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 578).

Em razão do exposto, o presente artigo se propõe a analisar o Estado como emissor de valores mobiliários, passando pelas formas de financiamento das atividades que podem ser praticadas pelo Estado, pela experiência internacional e brasileira, com foco na emissão de valores mobiliários pelo Estado tanto para financiar a atividade estatal tanto para financiar o a atividade empresarial exercida pelo Estado, bem como trazendo as perspectivas para o futuro acerca do tema.

2. O FINANCIAMENTO DAS ATIVIDADES ESTATAIS

Por muito tempo, entendia-se que o financiamento das atividades estatais eventualmente residia na arrecadação de impostos, na forma de sua respectiva destinação e em demais meios comuns, como venda de ativos e pelo endividamento. Dessa forma, o poder público consegue financiar determinados serviços e atividades, como obras públicas, a saúde, educação e os demais setores que exigem a atuação do Estado⁵⁰⁸.

Ao mesmo tempo, no período pós crise de 1929, a economia global ficou bastante fragilizada, de forma que, em muitos lugares, foi possível observar o Estado atuando em setores da economia, o que se mantém até os dias atuais. No Brasil, por exemplo, é possível observar que o Estado atua, nos dias de hoje, em setores estratégicos da economia, como na atividade bancária⁵⁰⁹, atividade petroleira⁵¹⁰ e na distribuição de energia elétrica⁵¹¹, dentre outros.

A própria Constituição Federal garante meios ao Estado para exercer de forma direta a atividade econômica, ressalvados os casos em que haja a garantia da segurança nacional e a primazia do interesse coletivo⁵¹², ou seja, estabelece meios e determina uma restrição, a fim de manter a maioria das atividades nas mãos da iniciativa privada.

Constituição Federal, Art. 173. “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*”

508 Luiz Emygdio Franco da Rosa Jr, nos ensina que “a atividade financeira é exercida nos campos da receita, onde o Estado obtém recursos, da gestão, referente à administração e conservação do patrimônio público, e da despesa, relativo à aplicação dos recursos produzidos para o cumprimento dos fins estatais” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 12

509 Caixa Econômica Federal, como uma empresa pública e Banco do Brasil, como uma sociedade de economia mista.

510 Petrobrás, como uma sociedade de economia mista.

511 Eletrobrás, como uma sociedade de economia mista.

512 “O preceito define as bases constitucionais da atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, exigindo que esta se dê pela via da legalidade, apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional e a relevante interesse coletivo.” GRAU, Eros Roberto. In Comentários à Constituição do Brasil. 2013. São Paulo, Saraiva/Almeida, p. 3.351.

Dentro de certos limites e respeitando a livre concorrência, como preceitua o § 4º⁵¹³ do artigo acima citado, o Estado é um agente de mercado e pode ser visto como empreendedor, ou até mesmo investidor, devendo agir em conformidade com os preceitos básicos do direito administrativo⁵¹⁴, que são aderentes à, apenas, os membros da administração pública, não sendo aplicado às organizações que atuam exclusivamente na iniciativa privada⁵¹⁵.

Desse modo, surge a indagação: como essas empreitadas podem ser financiadas? Com o avanço da tecnologia muitos investimentos precisaram ser feitos para garantir a eficiência nas prestações de serviços e venda de produtos. A Petrobrás, como exemplo, não extrai petróleo da mesma forma que extraia no período de sua fundação. Ademais, as empresas que estão sob o controle de um ente governamental também podem ter problemas de balanço, de modo que é necessário antecipar suas contas, desde que seja mediante antecipação de recebíveis ou emitindo títulos de dívida ao mercado. Nesse sentido, o Estado, ao intervir na economia, necessita de meios próprios para financiar suas operações.

No primeiro momento, pode-se responder a tal questionamento com base nos meios que legalmente estão à disposição do Estado para organizar sua receita, quais sejam: (i) o aumento da carga tributária, mediante a cobrança de novos ou mais tributos; (ii) por meio do aumento da dívida pública⁵¹⁶, mediante a emissão de título de dívida e majorando o endividamento; (iii) mediante a venda de determinados ativos que são de sua propriedade⁵¹⁷; e (iv) o aumento da emissão de moeda pelos Banco Central.

513 § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

514 “Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatoria para o bom administrador e na interpretação do Direito Administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF/88; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei Federal 9.784, de 29.1.99” (MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. 2016. São Paulo: Malheiros, p. 91-92.)

515 Manoel Vargas nos ensina que: “[p]or força do art. 173 da Constituição Federal, que contém as normas de fundo sobre as sociedades de economia mista, estas estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sem prejuízo dos princípios da administração pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -, inclusive licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, na forma da lei, pois integra, a administração indireta. Consubstanciam a exploração direta e excepcional pelo Estado da atividade econômica, só permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (VARGAS, Manoel. *A crise das Sociedades de Economia Mista no Brasil: Limites da Subordinação ao Interesse Público*. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Coord.). *Lei das S.A. em seus 40 anos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 71).

516 Nas lições de Gabriela Codorniz, Laura Patela e Marina Copola, “entende-se por dívida pública a dívida contraída pelos tesouros nacional, estaduais ou municipais para financiar os déficits orçamentários dos respectivos governos, incluindo-se, aqui, o refinanciamento das próprias dívidas, ou a captação de recursos para a realização de operações com finalidades específicas, desde que com autorização legal prévia. A dívida pública, quando mobiliária, é representada por títulos emitidos pela União, estados e municípios¹³⁸, que serão ofertados ao público. Sob a ótica do adquirente, que passará a figurar como credor do governo, trata-se de investimento em renda fixa com baixo risco de crédito.” (CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 78).

517 Um exemplo recente desse cenário está na venda do Edifício Meia Noite, um patrimônio histórico da cidade do Rio de Janeiro, sendo o primeiro arranha-céu da América Latina, pela União à Prefeitura do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 28,9 milhões

Apesar de serem instrumento eficientes, nem sempre é possível ou recomendável que o Estado se recorra deles para se financiar com vantagens especializadas, de modo que é necessário analisar os impactos de cada caminho adotado.

Precede-se assim, que o Estado pode praticar atos exclusivos a fim de combater o desequilíbrio de suas contas, ou até mesmo, garantir os investimentos nas atividades empresariais. Justamente pelas consequências dessas medidas, que as alternativas de mercado foram desenvolvidas, para que o Estado possa financiar a sua produção e atuação direta na economia.

Com efeito, o Estado não só exerce e coordena a atividade empresarial como também pode se aproveitar de parte da estrutura disponível no mercado para captar investimentos, a fim de garantir o desenvolvimento dessas atividades.

Dessa forma, pode-se observar, por exemplo, que há sociedades de economia mista com capital aberto em bolsa de valores do Brasil⁵¹⁸ e, até mesmo, emitindo títulos de dívidas, como será destrinchado em capítulo específico sobre o tema.

Antes de se aprofundar na dinâmica de emissão de valores mobiliários pelo Estado, cumpre averiguar se isso seria exclusivo para suas atividades empresariais ou pode, o Estado, se utilizar das estruturas disponíveis no mercado para captar investimentos relacionados às suas atividades típicas de Estado, quais sejam, destinação de recursos para a saúde, segurança, construção e desenvolvimentos de escolas, ou até mesmo antecipar os recebíveis da carga tributária, para financiar as atividades estatais propriamente ditas?

2.1. O FINANCIAMENTO DE ATIVIDADES TÍPICAMENTE ESTATAIS POR MEIO DE INVESTIMENTOS PRIVADOS

Para responder a esse novo questionamento, pelas leis brasileiras, é necessário adentrar o conceito de orçamento público⁵¹⁹. O orçamento público pode ser definido como um ato periódico do Poder Legislativo que prevê e autoriza ao Poder Executivo as despesas necessárias para o funcionamento dos serviços públicos e outros fins econômicos, conforme definido pela política econômica do país, bem como a arrecadação das receitas já previstas em lei⁵²⁰. Tal autorização decorre mediante projeto de lei, conhecida como LOA – Lei Orçamentária

de reais. Disponível em <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/noticias/2023/marco/uniao-oficializa-venda-do-edificio-a-noite-para-a-prefeitura-do-rio>.

518 B3 S.A. – Brasil Bolsa Balcão.

519 A presente análise, para fins de delimitação de escopo e análise das possibilidades, se concentrará no estudo do termo sob a perspectiva federal, não obstante, em certa medida e de maneira adaptada, para servir como orientação para semelhantes análises no âmbito das demais esferas de estudo.

520 JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 20ª ed. 2007, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p. 65-66.

Anual –, no cenário do Governo Federal e deve ser implementada pelos entes da administração pública tão logo publicada.

Tal diploma normativo funciona como orçamento para diversos setores de atuação do Estado, passando por orçamentos fiscais e relacionados à seguridade social, por orçamento destinados à investimentos, e até a autorização para contratação de operações de crédito e emissão de instrumentos de dívida pública⁵²¹.

No entanto, pode-se haver uma imprevisibilidade relacionada à tal orçamento, uma vez que casos que não estão previstos na lei, e tampouco na vontade dos legisladores, podem acontecer de modo a atrapalhar os planos previstos na LOA, um exemplo mais recente está na pandemia do COVID19, no qual grande parte do orçamento destinado para o ano de 2020 foi destinado ao combate do vírus, havendo a frustação de mais de R\$ 179 bilhões de reais em receitas correntes, além de mais impactos que acarretaram em um gasto muito além do previsto no ano, para o Governo em exercício na época⁵²².

Para além de casos extraordinários como o descrito acima, existem casos comuns, como por exemplo, a queda de arrecadação de tributos, que pode estar atrelada à diversos fatores, inclusive no inadimplemento de determinados tributos. Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, divulgou um número de execuções em curso no Brasil no ano de 2020, que ultrapassa o valor de 26 milhões de ações nesse sentido⁵²³.

Assim, pode-se observar, por exemplo, no Art. 8º da LOA do exercício financeiro de 2022, uma previsão expressa para contratação de crédito e emissão de dívida pública para fins de equilíbrio das contas públicas, conforme abaixo demonstrado:

Lei de nº 14.303/2022

“Art. 8º Com fundamento no disposto no § 8º do art. 165 e no inciso III do caput do art. 167 da Constituição e no inciso I do § 1º do art. 32 da Lei Complementar nº 101, de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, sem prejuízo do disposto no inciso V do caput do art. 52 da Constituição, ficam autorizadas a contratação e a realização das operações de crédito junto a organismos multilaterais a que se refere o art. 100 da Lei nº 14.194, de 2021 - Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2022, e das previstas nesta Lei, exceto aquelas classificadas com a fonte de recursos “944”, incluída a emissão de:

I - títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional; e

521 Exemplo retirado da Lei nº 14.303/2022, que estimava a receita e fixava as despesas da União para o exercício financeiro de 2022.

522 Informação disponível em <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo-2020/06-orcamento-publico.html#:~:text=Previs%C3%A3o%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria&text=A%20LOA%202020%20tamb%C3%A9m%20fixou,R%24%20416%2C60%20bilh%C3%B5es.>

523 Informação disponível em <https://www.jota.info/justica/cnj-numero-de-execucoes-fiscais-pendentes-tem-maior-reducao-desde-2009-28092021#:~:text=Agora%20s%C3%A3o%2026.832.697%20de,federais%2C%20estaduais%20e%20cortes%20superiores.>

II - até 2.281.753 (dois milhões duzentos e oitenta e um mil setecentos e cinquenta e três) títulos da dívida agrária para atender ao programa de reforma agrária no exercício de 2022, observado o disposto no § 4º do art. 184 da Constituição, vedada a emissão com prazos decorridos ou inferiores a dois anos.”

Dessa forma, é possível que haja o financiamento da atividade estatal mediante a emissão de valores mobiliários, devendo-se, para tanto, observar se tal crédito encontra base nas LOA.

Além disso, existem hipóteses de financiamento da atividade estatal que não estão inseridas no âmbito da LOA, uma vez que os recursos adquiridos pela própria empresa pública, que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, de modo que não se trata de receita ou captação de crédito por parte do próprio ente público⁵²⁴, como a emissão de ações, mediante oferta pública de ações, de sociedades de economia mista, o que, em via de regra não gera despesa direta para o Poder Público, apenas para a sociedade, que é uma empresa privada.

Nesse sentido, de forma objetiva, aplica-se a mesma regra destinadas às empresas privadas no tocante ao seu patrimônio, nos termos previstos no art. 44, II do Código Civil Brasileiro⁵²⁵. Para casos como esses, tais previsões de arrecadamento deveriam ingressar na LOA a partir do momento que gerasse receita para o Estado. No entanto, elas geram receita para a empresa pública.

Para além da necessidade de previsão na LOA, é necessário salientar que, para Estados, Municípios e para o Distrito Federal, cabe ao Senado Federal estabelecer o limite global e as condições da dívida mobiliária desses entes, como preceitua o Art. 52, IX da Constituição Federal.

Já para a dívida pública da União, foram designados poderes ao Congresso Nacional, com a necessidade de sanção por parte do Presidente da República, como preceitua o art. 48, XIV da Constituição Federal.

Sob essa ótica, é possível observar ser plenamente possível a emissão de valores mobiliários pelo Estado com o objetivo de financiar as suas atividades, tanto como empresário, como as atividades de Estado propriamente ditas, sendo sempre necessário observar os dispostos na Lei específica sobre o tema.

3. O ESTADO COMO EMISSOR DE VALORES MOBILIÁRIOS

Antes de apresentar uma análise mais aprofundada sobre a experiência brasileira, primeiro é necessário entender como funciona a emissão de valores

524 Para José dos Santos Carvalho Filho, “As empresas públicas e as sociedades de economia mista têm personalidade jurídica de direito privado, o que, nesse aspecto, as torna diferentes das autarquias, qualificadas como pessoas jurídicas de direito público” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 329

525 Lei nº 10.406/02

mobiliários e o que são tais instrumentos de captação de recursos à luz do contexto brasileiro.

Assim, é necessário discorrer sobre o conceito de valor mobiliário no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 6.385/76 cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM e, dentre outros, conceitua os valores mobiliários em seu art. 2º⁵²⁶.

Dentre as competências atribuídas à aludida autarquia no âmbito da Lei 6.385/1976, reside a atribuição de fiscalizar a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado. Com isso, existe uma necessidade latente em se definir o que é valor mobiliário, para fins de garantir, segurança jurídica para aqueles que estão captando o investimento, bem como para os que estão investindo.

Para além dos títulos enumerados no art. 2º da Lei 6.385/1976, o inciso IX desse dispositivo legal entende que quaisquer outros títulos, desde que haja um esforço de captação da poupança popular (oferta pública⁵²⁷), com o objetivo de que haja o investimento por parte daqueles que alocaram seus recursos, havendo rendimentos, seja por dividendos ou por remuneração, advindos daqueles que gerem a sociedade, ou ainda aqueles que captaram⁵²⁸ podem ser enquadrado como valores mobiliários, , conforme demonstrado abaixo:

“IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

Nesse sentido, pode-se observar que a legislação acima deixa um campo bastante aberto, uma vez que não restringe o conceito de valor mobiliário e, ao mesmo, permite que a CVM acompanhe as variações de mercado, que pode emitir valores mobiliários para além daqueles enumerados no art. 2º da Lei nº 6.385/76.

3.1. CONCEITO DE VALORES MOBILIÁRIOS

A legislação brasileira de uma forma geral, apesar de deixar um campo aberto para a fiscalização da CVM, não apresenta uma definição legal para valo-

526 Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

527 A CVM entende como oferta pública de distribuição “o ato de comunicação oriundo do ofertante, do emissor, quando este não for o ofertante, ou ainda de quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, atuando em nome do emissor, do ofertante ou das instituições intermediárias, disseminado por qualquer meio ou forma que permita o alcance de diversos destinatários, e cujo conteúdo e contexto representem tentativa de despertar o interesse ou prospectar investidores para a realização de investimento em determinados valores mobiliários, ressalvado o disposto no art. 8º.” Art. 3º da Resolução CVM nº 160.

528 CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº 6.385/76. 2015. São Paulo: Quartier Latin, p. 47-52

res mobiliários. O termo é citado pela primeira vez na legislação nacional com o advento da Lei nº 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. A Lei nº 6.385/76, por sua vez, elenca, de forma exemplificativa, o que pode ser considerado como valor mobiliário. Contudo, também não apresenta uma definição.

Pegando um gancho na experiência internacional, a procura de uma definição sobre valores mobiliários positivada, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em relevante decisão sobre o tema, buscou apresentar uma definição que é utilizada para definir valores mobiliários.

Contextualizando o caso, a sociedade W.J. Howey Co., uma companhia com sua sede no Estado da Flórida montou uma estrutura de *sale lease-back*, na qual vendia parte de suas terras à terceiros e arrendava essas mesmas terras, em nome de outra sociedade do mesmo grupo econômico. Os recursos captados com a venda de parte das terras eram utilizados seriam utilizados para desenvolver os lotes de plantação de laranja, inicialmente vendidos à terceiros. Assim, os investidores seriam remunerados a partir dos lucros obtidos pelas atividades exercidas pelas empresas do grupo Howey Co.

A autarquia estadunidense responsável pela fiscalização de emissão de valores mobiliários (*Securities and Exchanges Commission – SEC*) entendeu que tal negócio se tratava de emissão de valores mobiliários e o caso foi direcionado para julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos que, por maioria, entendeu que a oferta feita pelo grupo deveria ser submetida à registro perante a autarquia.

O caminho percorrido para chegar à conclusão de que o modelo de negócios, na verdade, se tratava de uma emissão de contrato coletivo de investimentos, a Suprema Corte criou o *Howey test*, conforme abaixo demonstrado, que serviu de inspiração para a definição genérica do art. 2º, IX da Lei nº 6.385/76:

*“Na ocasião, a Corte identificou certas características que precisam estar presentes para a caracterização de um instrumento como valor mobiliário, o que ficou conhecido como Howey test. Segundo o teste, o instrumento (contrato, título ou outro), será considerado um valor mobiliário quando (i) a pessoa investe recursos (ii) em um empreendimento conjunto (iii) esperando obter retorno financeiro (iv) oriundo unicamente dos esforços do empreendedor ou de terceiros. Os requisitos do Howey test são suficientes para caracterizar um valor mobiliário novo, mas os tribunais nem sempre exigem a presença de todos”*⁵²⁹

Assim, todo emissor de valores mobiliários deve proceder com o devido registro de toda emissão perante a autarquia responsável por fiscalizar o mercado de capitais. No caso do Brasil, é importante ilustrar que não existe a definição precisa da figura do emitente, ou exceções para este. Nesse sentido, o Estado, de forma direta ou através de seus veículos empresariais, pode emitir valores mobiliários.

529 PARENTE, Norma Jonssen. Tratado de Direito Empresarial Volume IV. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136

3.2. EFEITOS

Para além do entendimento doutrinário sobre o significado de valores mobiliários, existe, ainda, a necessidade de ressaltar a ideia de que a CVM, como autarquia regulamentadora do mercado de capitais, também pode exercer o seu poder de fiscalização para cima do Estado, não há nenhum impedimento.

Diversos foram os julgamentos nos quais a autarquia buscou penalizar o Estado em razão da sua atuação no âmbito da emissão de valores mobiliários, ou, de alguma forma, quando suas atitudes buscaram influenciar, de alguma forma, o resultado do mercado⁵³⁰.

Desse modo, antes de adentrar ao fato de que o Estado pode emitir valores mobiliários, é necessário adentrar que este deve respeitar todas as regras de mercados imposta pela autarquia, pela Lei nº 6.385/76 e pela Lei nº 6.404/76, a fim de garantir a paridade entre os agentes do mercado.

É necessário destacar que o Estado é dotado de uma confiança que muitos emissores privados de valores mobiliários não possuem, justamente por ser um Estado e o investidor ter a ciência de ver o seu dinheiro sendo investido e ter a quem recorrer, caso algo de errado ou estranho aos limites do mercado aconteça. Nesses casos, também é necessário que haja estabilidade política, a fim de traduzir uma confiança ainda maior aos investidores.

Assim, é possível adiantar a atuação do Estado como emissor de valores mobiliários nas hipóteses de (i) securitização⁵³¹, quando se busca antecipar algum recebível, seja de alguma empresa pública ou da dívida ativa; (ii) oferta pública de ações, nas hipóteses de oferta de ações de sociedade de economia mista; (iii) emissor de debêntures, que são os títulos de dívida das sociedades anônimas; e (iv) emissão dos Certificados de Potencial de Adicional de Construção – CEPACs.

Em relação a esse tópico, muito pode ser questionado a respeito da emissão de títulos da dívida pública, que também constituem uma forma do Estado de financiar suas atividades, conforme já foi demonstrado no presente trabalho. No entanto, a Lei nº 6.385/76, em seu art. 2º § 1º, enumera uma série de títulos que são excluídos do regime da Lei e, pela via lógica, não podem ser considerados valores mobiliários.

530 Dentre os julgamentos mais famosos encontra-se o PAS CVM RJ-2013-6635 no qual a autarquia decidiu, por unanimidade, por penalizar a União Federal por votar na AGE pela renovação das concessões de distribuição e transmissão de energia elétrica de companhias controladas pela Eletrobras, lhe aplicando multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por violação ao disposto no art. 115, §1º, da Lei nº 6.404/76.

531 O termo securitização é uma tradução literal do termo em inglês securitization, que significa transformar algo que não é valor mobiliário em valor mobiliário (securities).

Tal exclusão se dá justamente pelo fato de que a emissão desses títulos não está inserida no âmbito do mercado de capitais, e sim está inserida no mercado financeiro. Assim, quando o Estado emite títulos da dívida pública e os insere no mercado, a própria autoridade monetária atua sobre o nível de liquidez, de modo que vendem ou comprem títulos a depender do que desejam fazer com a liquidez destes, de forma direta⁵³².

3.3. O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS PELO ESTADO E A EMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

No Brasil dos dias atuais, a exploração de atividade econômica é exercida pelo Estado de forma excepcional, desde que observados os preceitos do art. 173 da Constituição Federal, conforme acima demonstrado. Nesse sentido, a ideia desse artigo é demonstrar como o Estado brasileiro se organiza para exercer a atividade econômica, passando por dois dos principais exemplos: empresa pública e sociedade de economia mista.

Antes de adentrar nas particularidades de cada forma de emissão que pode ser adotada pelo Estado, é necessário analisar o Decreto nº 1.091/94, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados por empresas controladas direta ou indiretamente pela União, definindo, em seu art. 1º, uma série de atos que podem ser praticados pelas empresas controladas pela União:

“Art. 1º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, controladas direta ou indiretamente pela União, somente poderão realizar os atos de natureza societária de que trata o presente decreto, mediante decisão de assembléia geral de acionistas, especialmente convocada para deliberar sobre as seguintes matérias:

I - alienar, no todo ou em parte, ações do seu capital social ou de suas controladas; proceder à abertura de seu capital; aumentar seu capital social por subscrição de novas ações; renunciar a direitos de subscrição de ações ou debêntures conversíveis em ações de empresas controladas; emitir debêntures conversíveis em ações ou vendê-las, se em tesouraria; vender debêntures conversíveis em ações de sua titularidade de emissão de empresas controladas; ou, ainda, emitir quaisquer outros títulos ou valores mobiliários, no País ou no exterior;”

Dessa forma, tal dispositivo consagra o princípio constitucional da legalidade, pelo qual é preceituado que a administração pública está submetida ao postulado da supremacia da lei, de modo que, qualquer ato praticado por esta que não esteja em conformidade com a legislação, poderá ser invalidado⁵³³, conforme preceitua o art. 37 da Constituição Federal⁵³⁴.

532 EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. Flávia Parente. HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 7.

533 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraíva, 2008, p. 833.

534 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.3.1. Empresa pública e captação de recursos via valores mobiliários

Entende-se por empresa pública a pessoa jurídica de direito privado criada por força de lei que autoriza a sua criação, como um instrumento de ação de Estado, dotada de personalidade jurídica de direito privado e submetida às regras específicas em razão da sua atuação como membro da administração pública indireta⁵³⁵. Dessa forma, impõem-se que seus funcionários sejam admitidos sob a forma de concurso público, passando por um regime trabalhista e previdenciário específico.

Os principais exemplos que temos de empresas públicas no Brasil são a Caixa Econômica Federal – CEF, criada pelo Decreto-Lei de nº 759/69, que é uma instituição financeira dotada de personalidade jurídica própria, patrimônio próprio e autonomia administrativa, sendo vinculada ao Ministério da Fazenda e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Correios, que era um departamento do Ministério de Comunicações e se tornou uma empresa pública mediante a promulgação do Decreto-Lei nº 509/69.

Dessa forma, é possível notar que o Estado, a partir do controle absoluto dessas duas empresas, exerce atividade empresarial e, quando se trata da CEF, concorre com demais empresas privadas, a fim de auferir lucro, observando os princípios de direito administrativo, em especial o interesse público.

O grande exemplo do interesse público sendo exercido pelas empresas públicas está nos correios, que possui abrangência de entrega de correspondência em todo o território nacional, que possui regiões extremamente remotas, se tornando uma empresa estratégica para a administração pública de um modo geral.

Dentre os privilégios concedidos à tal tipo empresarial, encontra-se o fato delas não serem submetidas aos regimes de recuperação judicial e falências previstos na Lei nº 11.101/01.

Como forma de financiar suas atividades ou equilibrar o balanço, as empresas públicas podem utilizar os mesmos métodos de captação de investimento previstos para as empresas privadas no mercado, inclusive no que tange à emissão de valores mobiliários.

Um exemplo sobre esse tema está na securitização⁵³⁶ de Certificados De Recebíveis Imobiliários – CRI⁵³⁷ emitidos pela CEF, que ocorreu em meados de

535 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 191.

536 Tal operação foi realizada sob a égide da Lei nº 9.514/97, que tratava justamente da securitização de CRI lastreados em cédulas de créditos imobiliário.

537 Conforme definição da Lei nº 9.514/97, em seu art. 6º, o CRI é “um título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro”.

2011⁵³⁸. Nesse caso, a os CRIs foram emitidos pela CEF com lastro nos contratos de financiamento imobiliário residencial do banco, totalizando um valor de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais).

A operação de securitização consiste na aquisição de direitos creditórios, que é realizada através das securitizadoras de direitos creditórios, que são sociedades anônimas constituídas com o propósito de adquirir e securitizar direitos creditórios⁵³⁹, para lastrear a emissão de certificados de recebíveis ou outros títulos de valores mobiliários perante investidores, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento dos recursos que os lastreiam⁵⁴⁰.

Ao realizar a securitização desses recebíveis, a CEF consegue, ao mesmo tempo antecipar tais recebíveis, de modo a permitir um maior fluxo de caixa e possibilitar, assim, uma remuneração ao investidor de 10% (dez por cento) ano mais taxa TR (taxa referencial), com vencimento previsto para novembro de 2018.

Além disso, o disposto no art. 1º do Decreto nº 1.091, concede ao Estado a faculdade das empresas públicas emitirem novas ações ou debêntures, caso sejam constituídas sob o regime de sociedade anônima e, até mesmo, emitir qualquer tipo de valor mobiliário previsto, no Brasil ou no exterior.

Ademais, ainda utilizando a CEF como exemplo de empresa pública, por se tratar de uma instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, também pode emitir Letra Financeira⁵⁴¹, uma vez que preenche os requisitos legais para tanto. Contudo, a Letra Financeira não é um valor mobiliário, de modo que é regulamentado pelas regras do mercado financeiro.

Dessa forma, as empresas públicas possuem diversos meios de que possibilitam a captação de recursos de terceiros, com a finalidade de financiar suas atividades e equilibrar a balança financeira da sociedade. Assim, com o uso dos mesmos artifícios que as empresas privadas possuem para captação de investimento e/ou de crédito no mercado, as empresas públicas conseguem desburocratizar processos e antecipar o foco em novos projetos.

538 Disponível em <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/caixa-lanca-cri-para-pequenos-investidores/>, acesso em 23 de jun. de 2023.

539 Art. 18 da Lei nº 14.430 preceitua que “as companhias securitizadoras são instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações que têm por finalidade realizar operações de securitização.”

540 Definição retirada do Parágrafo Único do art. 18 da Lei nº 14.430.

541 O art. 37 da Lei nº 12.249/10 determina que “As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil podem emitir Letra Financeira, título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação”.

3.3.2. Sociedade de economia mista e captação via emissão de valores mobiliários

A sociedade de economia mista constitui em uma outra forma de organização da atuação da atividade estatal na qualidade de empresário. Nesse diapasão, importante ressaltar que, embora haja traços comuns entre referidas empresas estatais, como o fato de serem criadas por de lei específica⁵⁴², elas não se confundem. Enquanto as empresas públicas podem revestir-se de qualquer tipo societário e possuem o capital formado exclusivamente através de subscrição do Estado, as sociedades de economia mista são obrigadas a adotar o regime de companhia, estando sujeitas ao regime jurídico próprio de empresas privadas, e seu controle acionário deve restar nas mãos do Estado.

As principais sociedades de economia mista vistas no Brasil nos dias de hoje são o Banco do Brasil⁵⁴³ e a Petrobrás, que foi criada pela Lei nº 2.004/53 e possuem influência extremamente relevante no mercado nacional e internacional. Principalmente no que tange à Petrobrás, que por muitos anos deteve o monopólio exclusivo da extração do petróleo no território nacional e, hoje em dia, se encontra no modelo de concorrência restrita⁵⁴⁴.

Para mais, por conta de sua característica híbrida, referido tipo de empresa pública é pauta de grandes discussões jurídicas e doutrinárias. Isso porque, neste tipo societário podem ocorrer situações em que Estado atue ao mesmo tempo como acionista controlador e como entidade pública, o que pode gerar conflitos⁵⁴⁵.

O interesse público distingue-se entre seu nível primário e secundário. Esse diz respeito ao interesse dos aparelhos estatais, de modo que consubstancia o interesse próprio ou particular do Estado, mas que não se confunde com o interesse da coletividade propriamente dito, confiado à tutela do Estado⁵⁴⁶, enquanto aquele relaciona-se ao interesse da coletividade, isto é, o interesse que justificou a criação da companhia.

No entanto, conforme já disciplinado por este artigo, as sociedades de economia mista, assim como o Estado em si, possuem suas atividades, no âmbito

542 O art. 37, XIX da CF determina que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

543 O Banco do Brasil foi constituído sob sociedade de economia mista por meio de um alvará do Príncipe Regente, em 12 de outubro de 1808, por meio do qual foram fixadas as bases para a constituição da sociedade.

544 O monopólio exclusivo da Petrobrás na extração de petróleo no território nacional foi extinto em 1997, com o advento da Lei de nº 9.478/97 – Lei do Petróleo.

545 Conforme preceitua o art. 238 da Lei nº 6.404/76, “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.”

546 VARGAS, Manoel. A crise das Sociedades de Economia Mista no Brasil: Limites da Subordinação ao Interesse Público. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Coord.). Lei das S.A. em seus 40 anos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 77.

do mercado de capitais, regulamentada pela CVM. Dessa forma, devem observar todos os dispostos normativos promulgados pela autarquia a fim de não cometer ilícitos no mercado⁵⁴⁷.

Dessa forma, quando surge a necessidade de recorrer à investidores para captar recursos, todas as regras devem ser observadas. Tal ponto pode exemplificado pela recente atuação da CVM no PAS CVM nº RJ2015/10276, no qual apurou-se a não distribuição de dividendos para os acionistas proprietários de ações preferenciais da Petrobrás⁵⁴⁸.

Para além do PAS acima citado, o Colegiado da CVM, no âmbito dos processos administrativos sancionadores CVM RJ2013/6635 (“Caso Eletrobras”)⁵⁴⁹ e CVM RJ2012/1131 (“Caso EMAE”), pôs-se a discutir o alcance do interesse público.

Ao realizar a busca por financiar suas atividades, ou até mesmo buscar um equilíbrio nas contas, as sociedades de economia mista podem recorrer ao mercado para captar novos investimentos, seja por emissão de novas ações, ou até mesmo para a emissão de debêntures⁵⁵⁰, devendo sempre observar os dispostos na atual Resolução CVM nº 160, que regula a oferta pública de distribuição de valores mobiliários.

No caso da oferta de ações, é muito comum que sejam ofertadas ações preferenciais, nos termos do art. 17 c/c 111 da Lei nº 6.404/76, por meio das quais tais ações conferem a seus titulares vantagens patrimoniais e políticas, declaradas no estatuto, observados os requisitos e limites estabelecidos pela Lei⁵⁵¹. O racional por trás da concessão de ações preferenciais reside na necessidade de se manter um controle político dentro da companhia. Nesse cenário, mantém-se um controle político por parte dos detentores das ações ordinárias em troca de uma melhor remuneração aos detentores das ações preferenciais.

Nesse sentido, para haver a existência de uma ação preferencial, é necessário que haja uma previsão expressa no estatuto social da companhia para tal fim, de modo que seja evidenciado às vantagens, os benefícios, as restrições e, até mesmo, a forma de conversão concedidas às ações⁵⁵².

547 Conforme preceitua o §1º do art. 235 da Lei nº 6.404/76, “as companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.”

548 No caso em questão, havia silêncio no estatuto da Companhia para a hipótese de conversão de ações preferenciais em ações ordinárias, conforme preceitua a Lei nº 6.404/76, razão pela qual os acionistas que possuem tal tipo de ações tentaram, à muito custo, converter tais ações. A CVM encontrou óbice para tal conversão no art. 62 da Lei do Petróleo.

549 Especificamente no Caso Eletrobras, o Colegiado da CVM reforçou o entendimento sobre a necessidade do acionista controlador se ater ao interesse público primário, afastando, portanto, o interesse público secundário na interpretação do aludido artigo.

550 Título de dívida da sociedade anônima e também considerado valor mobiliário, por meio do inciso I.

551 FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias. 2ª ed. 2017, São Paulo: Atlas, p. 178.

552 Conforme preceitua o art. 19 da Lei nº 6.404/76 “O estatuto da companhia com ações preferenciais declarará as vantagens ou preferências atribuídas a cada classe dessas ações e as restrições a que ficarão sujeitas, e poderá prever o resgate ou a amortização,

“Art. 5º- As ações da Companhia serão ordinárias, com direito de voto, e preferenciais, estas sempre sem direito a voto.

§1º- As ações preferenciais serão inconversíveis em ações ordinárias, e vice-versa.

§2º- As ações preferenciais terão prioridade no caso de reembolso do capital e no recebimento dos dividendos, no mínimo, de 5% (cinco por cento) calculado sobre a parte do capital representada por essa espécie de ações, ou de 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação, prevalecendo sempre o maior, participando, em igualdade com as ações ordinárias, nos aumentos do capital social decorrentes de incorporação de reservas e lucros.

§3º- *As ações preferenciais participarão, não cumulativamente, em igualdade de condições com as ações ordinárias, na distribuição dos dividendos, quando superiores ao percentual mínimo que lhes é assegurado no parágrafo anterior*⁵⁵³

“Parágrafo 1º - As ações da Eletrobras serão:

I – *Ordinárias, na forma nominativa, com direito a um voto por ação;*

II – *Preferenciais de classes ‘A’ e ‘B’, na forma nominativa, sem direito de voto nas Assembleias Gerais, à exceção do direito de veto estabelecido no parágrafo 3º do Artigo 11 deste Estatuto; e*

III – *1 (uma) preferencial de classe especial, titularizada exclusivamente pela União, sem direito de voto nas Assembleias Gerais, à exceção do direito de veto estabelecido no parágrafo 3º do Artigo 11 deste Estatuto.*

*Artigo 11 – As ações preferenciais não podem ser convertidas em ações ordinárias e, quando se tratar das Classes ‘A’ e ‘B’, terão prioridade no reembolso do capital e na distribuição de dividendos.*⁵⁵⁴

Conforme exposto nos exemplos demonstrados, é extremamente comum a emissão de ações preferenciais por parte de sociedades de economia mista. Isso não significa que o investidor comum está impedido de subscrever ou adquirir ações ordinárias, sendo necessário reiterar que a maioria dessas ações são de propriedade da União, que figura como acionista controladora dessas companhias. Acontece que as ações preferenciais são mais atrativas àqueles que possuem interesse em um retorno financeiro, apenas.

Nesse sentido, é possível dizer que a emissão de ações preferenciais pode constituir uma fonte de capital financeiro externa, que pode ser definido como *patrimônio de outras pessoas, mas quando essas pessoas participam de mercados financeiros organizados dizemos que a origem do capital são os mercados, ou os investidores e intermediários desses mercados*⁵⁵⁵.

Tal definição é extraída do fato que, ao mesmo tempo que o investidor apenas procura o benefício financeiro ao figurar como acionistas da sociedade, ao

a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições.”

553 Trecho retirado do estatuto social vigente da Petrobrás.

554 Trechos retirados do estatuto social vigente da Eletrobrás.

555 FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 982

adquirir as ações preferenciais, e a sociedade procura apenas captar o recurso do terceiro, a fim de financiar suas atividades⁵⁵⁶.

Para além da emissão de ações, principalmente as preferenciais, as sociedades de economia mista, que, reitera-se, são sociedades anônimas, podem captar investimento através da emissão das debêntures que, de acordo com a doutrina, é considerado como:

*“Valores mobiliários de renda fixa, que podem assegurar juros, fixos ou variáveis, participação nos lucros e prêmio no reembolso. Somente aqueles títulos emitidos por companhias abertas registradas na CVM poderão ser distribuídos publicamente. Normalmente, são títulos representativos de dívida de médio e longo prazo.”*⁵⁵⁷

Além da emissão de ações e de debêntures, há, ainda, a possibilidade de o Estado autorizar a emissão de valores mobiliários mediante aprovação em assembleia, na qualidade de acionista controlador das sociedades de economia mista⁵⁵⁸. Com isso, qualquer valor mobiliário que possua natureza compatível com as sociedades anônimas pode ser emitido por sociedades de economia mista, uma vez que seu acionista controlador está aprovado a proceder de tal forma.

Por fim, é necessário que o Estado atue no mercado dentro dos limites estabelecidos, a fim de conferir uma paridade de armas entre as partes envolvidas, de modo a impedir que qualquer ato do “príncipe” cause um desequilíbrio na balança do mercado. Ainda mais quando este atue como controlador, ou apenas possua interesse em captar mais recursos para o desenvolvimento de suas atividades.

3.3.3. Securitização da dívida ativa

A securitização da dívida ativa não é um tema ligado diretamente ao Estado como empreendedor, no entanto consiste na possibilidade de emissão de valor mobiliário pelo Estado, em função da securitização⁵⁵⁹, além de carregar consigo uma certa polêmica.

Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei PLS 204/2016 e PLP 459/2017, já aprovado pelo Senado, acerca da previsão de se realizar a operação de securitização da dívida ativa, de modo que possibilite ao Estado a antecipar recebíveis originados de créditos tributários e não tributários dos entes da federação. Dessa forma, seria permitido aos entes da federação, mediante autorização

556 Nesse sentido, Nelson Eizirik preceitua “que a possibilidade de as companhias emitirem valores mobiliários visando a captação de recursos junto à generalidade dos investidores, para o financiamento de suas atividades e projetos de desenvolvimento, constitui a função econômica básica do mercado de capitais.” EIZIRIK, Nelson et al. Mercado de Capitais: Regime Jurídico. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 253.

557 PARENTE, Norma Jonssen. Tratado de Direito Empresarial Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 184-185.

558 Disposto no art. 1º do Decreto Lei nº 1.091/94.

559 Nas palavras de Alexandre Assaf Neto, pode-se entender “a transformação de algum ativo a receber no futuro em uma security (título ou valor mobiliário), e respectiva negociação no mercado financeiro” (ASSAF NETO, Alexandre. Mercado financeiro. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92).

legislativa, a ceder tais direitos creditórios, inscritos ou não em dívida ativa, à uma companhia securitizadora. Tal projeto de lei tem a pretensão de incluir o art. 39-A na Lei de nº 4.320, de modo a possibilitar que os recebíveis da fazenda pública sejam cedidos.

Alguns entes federativos, como a cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, já empreenderam meios a fim de possibilitar a realização da operação de securitização, a fim de engordar seu caixa conseguindo mais recursos⁵⁶⁰.

Dessa forma, caso seja possível conferir ao Estado a possibilidade de proceder com as operações de securitização da dívida ativa, teremos mais um exemplo de um ente emitindo, diretamente, valores mobiliários, uma vez que procederá com a emissão de certificado de recebível com lastro nos créditos que possuem, de natureza tributária ou não, inscritos em dívida ativa ou não.

3.3.4. CEPAC

Por fim, a Resolução nº 84 da CVM estabelece que os Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, emitidos por Municípios, no âmbito de operações urbanas consorciadas, quando ofertados publicamente, são considerados valores mobiliários para os efeitos da Lei nº 6.385. Dessa forma, nenhuma CEPAC pode ser ofertada no mercado sem o prévio registro na CVM da operação a que o certificado estiver vinculado⁵⁶¹.

As CEPACs foram consideradas como valor mobiliário pela CVM mediante consulta realizada pela Prefeitura da Cidade de São Paulo. Nesse caso, apesar de não serem considerados derivativos ou contratos de investimento coletivo, a CVM entendeu que, quando ofertados publicamente, as CEPACs são valores mobiliários, eis que possuem características de derivativos e de contratos de investimentos.

“Além disso, os CEPACS reúnem outras características que são próximas, senão próprias, dos valores mobiliários tradicionais: (i) a existência de uma emissão, com captação de recursos para financiar uma atividade; (ii) a existência de um certificado, que corporifica e externa os direitos oriundos do CEPAC, permitindo a circulabilidade e transmissão mediante tradição e não cessão de direitos; e (iii) a negociação em um mercado secundário.

O fato de o emissor não ser sociedade anônima não retira do CEPAC, nem de qualquer outro instrumento que, pelo art. 2º da Lei nº 6.385/76 seja considerado como tal, a natureza de valor mobiliário. A questão relevante, contudo, é que atrai a competência da CVM e esta, no exercício de sua competência, pode entender que o emissor de certos valores mobiliários deve revestir-se da forma de sociedade anônima. Mas o não atendimento desta exigência – quando ela existe – não desnatura o valor mobili-

560 Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/23/prefeitura-do-rio-faz-contrato-de-r-315-milhoes-com-assessoria-de-investimentos.ghtml>

561 Art. 4 da Resolução CVM nº 84 Nenhum CEPAC pode ser ofertado no mercado sem prévio registro na CVM da operação a que estiver vinculado

ário, mas apenas faz com que a colocação seja realizada em desconformidade com a regulação própria, sendo, portanto, irregular, sujeita às providências da CVM, inclusive uma stop order.”⁵⁶²

Assim, a CVM positiva a ideia que de, mesmo sendo emitido por um ente estatal, as CEPACs, assim como qualquer outro valor mobiliário emitido nesse sentido, são submetidos ao registro da CVM.

4. CENÁRIO INTERNACIONAL

A experiência internacional mostra exemplos do Estado como emissor de valores mobiliários. Nos Estados Unidos da América é possível notar as *Municipal Bonds*, que são títulos de dívidas que podem ser emitidos por qualquer entidade, sejam elas municipais, estaduais ou federais, a fim de garantir a construção de hospitais, estradas e escolas, ou seja, trata-se de uma hipótese em que o Estado busca investimento para financiar as suas próprias atividades⁵⁶³.

Nesse sentido, ao adquirir o *Municipal Bond*, que é isento do imposto federal, o investidor está efetivamente emprestando dinheiro para o Estado, em troca de receber tais valores com uma taxa de juros mais atrativa, que são pagos em média uma vez por ano. O valor principal, por sua vez, pode ser pago anos depois, no entanto, existem títulos chamados de *Short-Term Bonds*, que usualmente são pagos de um a três anos.

A União Europeia, que não é um Estado, mas possui uma natureza jurídica própria de direito internacional que pode ser capaz de afetar os Estados membros, também emite valores mobiliários. O mais famoso deles é o *EU-Bills*, que começou a ser emitido pela União Europeia em setembro de 2021. Esse título possui um prazo de investimento mais curto, inferior a um ano⁵⁶⁴.

O Governo da Índia, seguindo a mesma lógica, emitiu valores mobiliários a fim de financiar projetos de desenvolvimento. As *Government Securities* ou *G-Secs* possuem diversos tipos, finalidades e prazos para o adimplemento das obrigações por parte do Estado emissor⁵⁶⁵.

Dessa forma, a experiência internacional mostra ser uma prática comum entre os Estados emitir valores mobiliários, com o objetivo de equilibrar as contas

562 Trecho retirado do voto do diretor relator Luiz Antonio de Sampaio Campos no processo CVM de nº Processo CVM nº RJ 2003/0499

563 Informações sobre o Municipal Bonds ou Munis estão disponíveis no portal <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/investment-products/bonds-or-fixed-income-products-0>

564 Disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/eu-budget/eu-borrower-investor-relations/funding-instruments_en#:~:text=The%20Commission%20issues%20EU%2DBonds%20mainly%20through%20syndicated%20transactions%20and,hence%20more%20attractive%20to%20investors.

565 Disponível em <https://www.icidirect.com/ilearn/personal-finance/articles/types-of-government-securities#:~:text=The%20Government%20of%20India%20issues,bills%2C%20dated%20securities%20and%20bonds.>

públicas e financiar atividades de cunho meramente estatal. Dessa forma, os Estados apresentam aos investidores o pagamento de juros em taxas atrativas.

5. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto neste trabalho, resta evidenciada a necessidade do Estado, seja ele brasileiro ou em qualquer outra localidade do mundo, de desenvolver medidas para fins de levantar recursos financeiros indispensáveis para a execução de suas atividades. Sejam as atividades tipicamente estatais, ou a participação do ente estatal na economia, o levantamento de pecúnia se apresenta como elemento indissociável à realidade e à organização do Estado.

Nesse contexto, sobressai a relevância do exame da possibilidade, e dos requisitos e características, caso se entenda possível, da captação de recursos do Estado, de forma direta ou indireta, através de veículos próprios para o exercício de suas atividades econômicas, captar recursos mediante a emissão e colocação pública de valores mobiliários, conforme definidos no artigo 2º da Lei nº 6.385/76 e, sobretudo, sujeitos à disciplina normativa e fiscalizatória do mercado de capitais brasileiro, sob a atuação intensa por parte da Comissão de Valores Mobiliários.

Trata-se de alternativa disponível para as entidades pertencentes à administração pública direta e indireta captar recursos mediante a oferta pública de valores mobiliários, observando-se, contudo, a necessidade de que as regras do setor sejam pontualmente adaptadas à realidade do agente captador e, principalmente, ao destino dos recursos financeiros captados.

Inúmeros são os exemplos dessas possibilidades, no Brasil e no mundo, passando pela emissão direta de títulos de dívida, e passando pela colocação em mercado de instrumentos de securitização de recebíveis dos entes estatais interessados em adiantar receitas relevantes advindas de sua operação, até mesmo a emissão de títulos com prerrogativas específicas, como utilidades para fins de construção em localidades próprias.

A mescla entre os conceitos do mercado de capitais com a disciplina normativa dos entes estatais produz externalidades positivas e negativas, sendo evidente a relevância de se preservar a base técnica e informacional adequada para que os entes pertencentes à administração pública possam se socorrer da pujante poupança popular e do eficiente mercado de capitais brasileiro.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSAF NETO, Alexandre. Mercado financeiro. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). Sociedades Anônimas, Mercado de Capitais e Outros Estudos: Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano – Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CARVALHOSA, Modesto. Tratado de Direito Empresarial. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº 6.385/76. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EIZIRIK, Nelson. Gaal, Ariádna B. Flávia Parente. Henriques, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais - Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraíva, 2008.

PARENTE, Norma Jonssen. Tratado de Direito Empresarial Volume IV. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VARGAS, Manoel. A crise das Sociedades de Economia Mista no Brasil: Limites da Subordinação ao Interesse Público. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Coord.). Lei das S.A. em seus 40 anos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. As Sociedades por Ações: Sociedade Anônima e Sociedade em Comandita por Ações. Volume III. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br