



Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.797-MG (2011/0231983-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Revisor: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Autor: Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A

Advogados: Nelson Nery Junior e outro(s) - SP051737

Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery - SP257238

Réu: Sarah Fiuza Gontijo

Advogados: Gustavo Tosi - DF028498

Bernardo Menicucci

EMENTA

Ação rescisória. Alegação de violação literal de lei federal. Decisão desta Corte que não apreciou o mérito. Consequente incompetência desta Corte.

1. Ação rescisória. Alegação de violação literal de lei. Pedido visando à rescisão da decisão pela qual esta Corte deu “parcial provimento ao Recurso Especial [interposto pela autora da ação originária, ora ré], fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG.)

2. Hipótese em que a decisão rescindenda, prolatada em recurso exclusivo da autora da ação originária, ré nesta ação, não tratou das questões suscitadas pelo autor nesta ação rescisória. Questões tratadas nesta ação rescisória que foram objeto do recurso especial interposto pelo réu da ação originária, autor nesta ação, cujo seguimento foi negado pela corte revisora e que não foi conhecido por esta Corte. Consequente incompetência desta Corte para conhecer da presente ação rescisória.

3. Incidência imediata da regra dos §§ 5º e 6º do artigo 968 às ações rescisórias em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015, de forma que “constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada [...], deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.”

(STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, relator Ministro Luiz Felipe Salomão).

4. Incompetência desta Corte para conhecer da presente ação rescisória. Determinação de emenda da petição para a remessa dos autos ao tribunal competente: TJMG.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrichi acompanhando a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Revisor, a Segunda Segunda Seção, por unanimidade, declarou a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Relatora e Revisor. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrichi, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Consignados pedidos de preferência pelo Autor Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A, representado pelo Dr. Nelson Nery Junior e, pela Ré Sarah Fiuza Gontijo, representada pelo Dr. Bernardo Menicucci.

Brasília (DF), 23 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 30.6.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Ação rescisória proposta pelo Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A contra Sarah Fiúza Gontijo visando à rescisão da decisão pela qual esta Corte deu “parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, DJe 11/9/2009.) (e-STJ Fls. 211-213.)

O autor sustenta, em suma, a violação literal de lei (CPC 1973, art. 485, V) sob o fundamento de que a decisão desta Corte, “ao permitir a utilização de metodologia de juros capitalizados por particular, conferindo à pessoa física da Ré prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras, violou literal disposição de lei (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42).” Requer “seja julgado procedente o pedido para que se reconheça que o v. acórdão rescindendo violou frontalmente os dispositivos legais supramencionados (CPC 485 V)”, “para que se desconstitua o v. aresto rescindendo, afastando-se a coisa julgada indevidamente formada na ação originária”; e seja proferida “nova decisão na ação originária, a fim de se declarar que a restituição dos valores referentes à cobrança de tarifas indevidas e outros débitos não autorizados seja corrigida monetariamente pelos índices da tabela adotada pela Corregedoria de Justiça do TJMG acrescida de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e de 1% (um por cento) ao mês a partir dessa data, em consonância com a legislação e jurisprudência pátrias.” (e-STJ Fls. 1-23.) (Grifo suprimido.)

A ré contestou sustentando, em suma, a ocorrência de decadência, porquanto a ação deveria ter sido ajuizada até 16/09/2011, já que a decisão rescindenda transitou em julgado em 16/09/2009; a incompetência desta Corte para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre acórdão do TJMG; a ilegitimidade do autor da ação; a insuficiência do depósito inicial; o não cabimento da rescisória para debater matéria controvertida na jurisprudência (incidência da Súmula 343 do STF); ausência de violação literal de lei federal. Requereu a improcedência do pedido. (e-STJ Fls. 300-329.)

Esta relatora deferiu o pedido de assistência judiciária formulado pela ré. (e-STJ Fls. 481-482 e 488.)

Tendo sido indeferidas as provas requeridas, as partes apresentaram suas razões finais. (e-STJ Fls. 644-645 [decisão], 655-684 [autor] e 687-701 [réu].)

O Ministério Público Federal (MPF) oficia pela procedência do pedido. (e-STJ Fls. 705-710.)

O autor requereu a concessão de tutela de urgência de natureza cautelar em caráter incidental a fim de suspender o cumprimento da decisão rescindenda, afirmando que um alegado indébito no valor originário de R\$ 166,26 (cento e sessenta e seis reais e vinte e seis centavos) resultou na determinação de pagamento de R\$ 57.755.227,42 (cinquenta e sete milhões, setecentos e

cinquenta e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e quarenta e dois centavos). (e-STJ Fls. 712-741.). O pedido foi deferido “para conceder o efeito suspensivo pretendido, obstando o processo de execução calcado no acórdão rescindendo, até que se verifique o trânsito em julgado da presente ação rescisória.” (e-STJ Fls. 776-778.)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora):

I

A. A Segunda Seção, acolhendo Questão de Ordem nos autos da AR 5.931/SP, decidiu que as hipóteses de cabimento da ação rescisória são reguladas pelo Código de Processo Civil em vigor na data do trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Quanto ao arbitramento de honorários de advogado e ao depósito previsto no art. 968, II, do CPC/2015 (art. 488, II, do CPC/1973), a Segunda Seção, no julgamento das AR 4.522/RS e 5.655/PA, adotou a orientação de que são disciplinados pelo novo Código de Processo Civil.

B. No presente caso, a decisão rescindenda transitou em julgado na vigência do CPC 1973, sendo essa codificação, portanto, a lei processual regente das hipóteses de cabimento desta ação rescisória.

II

A. A ré sustenta, em sua contestação, a ocorrência de decadência, sob o fundamento de que a ação deveria ter sido ajuizada até 16/9/2011, dado que a decisão rescindenda, que deu parcial provimento ao recurso especial por ela interposto, fora publicada em 11/9/2009, com trânsito em julgado em 16.9.2009. (e-STJ fl. 303/304.)

Verifico, todavia, que o trânsito em julgado da mencionada decisão se deu em 19.9.2009, uma vez que foi ela publicada em 11.9.2009 (e-STJ fl. 195), sexta-feira, tendo o prazo de 5 dias para interposição de recurso se iniciado no primeiro dia útil seguinte, 14, e se encerrado no dia 18.

Em suas alegações finais, acrescenta que as questões deduzidas na rescisória foram acobertadas pela coisa julgada ainda antes, já que não foram objeto da

decisão rescindenda, mas somente do acórdão que julgou o último recurso do autor, transitado em julgado em 20.11.2008, tendo o biênio para a propositura da ação rescisória terminado em 20.11.2010.

Ocorre que, nos termos da Súmula 401/STJ, o prazo para ajuizamento da ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, não sendo cabível seu fracionamento em capítulos para esse fim.

Nesse sentido:

Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. Art. 495 do CPC. Súmula n. 401/STJ. Coisa julgada "por capítulos". Inadmissibilidade. SFH. Utilização do IPC (84,32%) no mês de abril de 1990. Adoção da taxa referencial (TR) como índice de atualização monetária (Lei n. 8.177/1991). Violação de literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. Súmula n. 343/STF. Violação do art. 535 do CPC não configurada.

1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade.

2. *O prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal, a teor do que dispõe a Súmula n. 401/STJ: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial". (griso nosso)*

3. *É incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos, a fim de evitar o tumulto processual decorrente de inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito. (grifo nosso)*

(...)

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 736.650/MT, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 1.9.2014)

Assim, como a rescisória foi ajuizada em 19.9.2011, dentro do prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ocorrido em 19.9.2009, rejeito a prejudicial de decadência.

III

A. A ré sustenta a incompetência desta Corte para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre acórdão do TJMG.

A ré tem razão.

B. Inicialmente, cumpre registrar que “compete a este Superior Tribunal julgar a ação rescisória de seus próprios julgados que tenham apreciado o mérito da demanda.” (STJ, AgInt nos EDcl na AR 6.579/DF, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Seção*, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.)

O autor propôs a presente ação visando à rescisão da decisão prolatada por Ministro desta Corte ao analisar o recurso especial interposto pela ré, autora da ação originária, impugnado acórdão no qual o TJMG, apreciando as apelações interpostas pelas partes, negou provimento ao recurso do réu na ação originária, ora autor e deu parcial provimento ao recurso da autora na ação originária, ora ré. O provimento parcial foi “somente para condenar o segundo apelante [réu, ora autor] a devolver à autora os valores descontados indevidamente, devendo ser empregados na correção destes valores a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial da primeira apelante, aplicando a este as mesmas taxas de juros também aplicados naquele/contrato.” (e-STJ Fl. 111.)

O acórdão do TJMG foi objeto de recursos especiais interpostos pelas partes na ação originária. O recurso especial interposto pela autora foi parcialmente provido por decisão que tem o seguinte teor:

1.- *Sarah Fiuzza Gontijo* interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra Acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Rel. Des. *José Affonso da Costa Côrtes*), assim ementado (fl. 627):

Instituição financeira. Tarifas. Taxas. Não contratadas. Cálculo. Dano moral. Contrato. Direito de cobrar. Somente o contratado.

A devolução de valores não contratados e que foram cobrados indevidamente pela instituição financeira, devem ser devolvidos atualizados pelas mesmas taxas de juros e metodologia de cálculo empregado no contrato firmado pelas partes. Para restar devidamente configurado o dano moral, indispensável é a prova do abalo moral.

Para que a instituição financeira tenha direito de cobrar uma tarifa ou taxa, não basta a autorização do Banco Central do Brasil, devendo tais encargos estar previsto no contrato.

2.- Sustenta ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, alegando que aplica-se ao caso o § 3º do texto legal e, caso assim não se entenda, requer a majoração da verba honorária fixada por equidade em valor que considera ínfimo e 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil ao entendimento de que ocorreu preclusão em razão da ausência de impugnação específica do laudo pericial anexo à inicial, bem como divergência

jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto, isto é, de débito de taxa e tarifas não contratadas pela instituição financeira.

É o relatório.

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidiu esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJE 18.6.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas, fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de revisão da verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

4.- Com relação a preclusão, a jurisprudência desta Corte já decidiu que, “se o acórdão recorrido afirma ter havido a impugnação aos fatos narrados pela autora, não tem lugar o contido no art. 302 do CPC” (REsp 184.769/MA, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJ 15.3.1999) e, ademais, “a presunção de veracidade dos fatos não especificamente impugnados na contestação cede quando incompatível com as provas geradas pela defesa, consideradas em seu conjunto (Art. 302, III, do CPC)” (REsp 772.804/SP, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 2.10.2006).

Além do mais, o próprio Acórdão recorrido deixou consignado que “o Magistrado tem ampla e total liberdade no momento de prolatar sua decisão, não estando vinculado a este ou aquele documento, mas sim ao processo no todo” (fl. 633).

5.- Por fim, o Tribunal de origem, a respeito dos danos morais, concluiu que “apesar de existir o primeiro requisito (ato ilegal praticado pela instituição financeira), não vislumbro o alegado dano moral, pois na pior das hipóteses pode ter ocorrido no presente caso, no máximo, um mero dissabor, aborrecimento, incapaz de ocasionar dano moral” (fl. 632).

De outro lado, a Recorrente insiste na caracterização do dano moral, acenando com a jurisprudência desta Corte a respeito da desnecessidade de prova do dano moral.

Desse modo, verifica-se que a pretensão recursal implica revolvimento do quadro fático-probatório, o que não se admite por força da Súmula 7 desta Corte: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ressalte-se que esta Corte já decidiu que “para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos” (REsp 968.762/MG, desta Relatoria, DJE 20.6.08), o que não é o caso dos autos.

6.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).

(STJ, REsp 1.064.897/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 11/09/2009.) (e-STJ Fls. 211-213.) (Itálico original.)

Como se pode verificar, claramente, dos termos da decisão acima reproduzida, em nenhum momento o Ministro Relator tratou das questões suscitadas pelo autor nesta ação rescisória. O Ministro Relator não poderia tratar dessas questões, porquanto não foram suscitadas no recurso interposto pela autora da ação originária. Ademais, e, em se tratando de recurso de natureza extraordinária (*lato sensu*), essas questões não poderiam ser analisadas por esta Corte, no exame do recurso interposto pela autora da ação originária, ora ré, nem que elas dissessem respeito a matéria de ordem pública.

Como afirmado pelo ora autor, na petição inicial, o TJMG deu parcial provimento à apelação interposta pela autora da ação originária, ora ré, “que, ao arrepio do ordenamento jurídico (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42) alterou em parte o dispositivo da sentença”; que *determinou* aquele venerando acórdão *que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.*” (e-STJ Fl. 5.) (Grifo acrescentado.)

Considerando que as questões suscitadas nesta rescisória foram decididas pelo TJMG em sentido favorável à autora, é evidente que somente mediante recurso interposto pelo réu da ação originária, ora autor, é que essas questões poderiam chegar ao conhecimento desta Corte. O ora autor, réu na ação originária, interpôs recurso especial para impugnar o acórdão do TJMG sustentando, em síntese, ofensa ao art. 535 do CPC 1973; a inaplicabilidade do disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC; a legalidade da cobrança dos encargos e taxas objeto da determinação de restituição; a insubsistência da condenação à repetição do indébito; a ocorrência de divergência jurisprudencial com acórdão desta Corte. (e-STJ Fls. 125-140.) O TJMG negou seguimento ao recurso especial interposto pelo ora autor, réu na ação originária. (e-STJ Fls. 174-177.) Inconformado, o ora autor, réu na ação originária, interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido. A mencionada decisão tem o seguinte teor:

1.- Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A* contra decisão que, na origem, não admitiu seu Recurso Especial interposto em desfavor de *Sarah Fiuza Gontijo*.

É o breve relatório.

O recurso não merece conhecimento.

2.- Verifica-se que, nas razões do Agravo de Instrumento, não houve a impugnação da decisão agravada em toda a sua extensão, mormente quanto à afirmação de ser inviável o especial por incidência da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a renegar o juízo de admissibilidade realizado, bem como a infirmar, tão-somente, o cabimento do recurso pelas razões anteriormente expostas.

3.- Registre-se que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os seus óbices, sob pena de vê-la mantida.

4.- Logo, sendo os fundamentos suficientes para manter a conclusão do julgado, fica inviabilizado o recurso, à luz das Súmulas 182 desta Corte e 283 do excelso Supremo Tribunal Federal, aplicadas, respectivamente, por extensão e analogia.

5.- Pelo exposto, não se conhece do agravo de instrumento.

(STJ, AREsp 1.057.153/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 26/09/2008.)

O ora autor, réu na ação originária, interpôs agravo regimental, o qual não foi provido em acórdão cuja ementa, na parte principal, consta que: “Nas razões do agravo de instrumento devem ser impugnados todos os fundamentos suficientes da decisão monocrática que, na origem, não admitiu o recurso especial. Inteligência da Súmula 182 desta Corte.” (STJ, AgRg no AREsp 1.057.153/MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 14/08/2008, DJe 20/11/2008.) Não houve mais recursos e o aludido acórdão transitou em julgado em 10/12/2008.

Esta Corte não conheceu, portanto, do recurso especial interposto pelo autor da presente ação rescisória, no qual ele impugnava o acórdão pelo qual o TJMG deu parcial provimento à apelação interposta pela autora da ação originária, ora ré, para determinar “que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.” (e-STJ Fl. 5.) Essa determinação do TJMG, como resumido pelo próprio autor, foi procedida “ao arripio do ordenamento jurídico (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42)”. Esses são os mesmos dispositivos legais tidos pelo autor como tendo sido violados por esta Corte na decisão pela qual o Ministro Relator deu “parcial provimento ao Recurso Especial [interposto pela

autora da ação originária, ora ré], fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG, supra.) Na realidade, porém, a corte que, eventualmente, violou os aludidos dispositivos legais, foi o TJMG, porquanto foi essa corte “que *determinou [...] que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.*” (e-STJ Fl. 5.) (Grifo acrescentado.)

Assim sendo, eventual ação rescisória proposta pelo réu da ação originária, ora autor, deveria impugnar o acórdão prolatado pelo TJMG, não a decisão pela qual esta Corte deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela autora da ação originária, ora ré, nem o acórdão pelo qual esta Corte confirmou a decisão do Ministro Relator que não conheceu do recurso especial interposto pelo ora autor, réu na ação originária, para impugnar o acórdão do TJMG na parte que lhe foi desfavorável. Em caso similar, este Tribunal decidiu que: “Esta Corte Superior não é competente para julgar ação rescisória ajuizada com o propósito de desconstituir decisões judiciais meritórias, proferidas por outras Cortes, nas hipóteses em que, impedida por óbices processuais de admissibilidade, não conheceu do recurso especial que lhe foi apresentado.” (STJ, AgInt na AR 6.543/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe 02/12/2019.)

Em suma, “[é] de se concluir que, apesar de a decisão desta Corte ter sido apontada como objeto do pedido de rescisão, *pretende a parte autora, na verdade, desconstituir entendimento proferido apenas nas instâncias ordinárias, e não no julgado do STJ.*” (STJ, AgInt na AR 5.338/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/08/2019, DJe 19/08/2019.)

Por outro lado, é inaplicável à espécie o enunciado da Súmula 249 do STF. (STF, Súmula 249, Sessão Plenária de 13/12/1963. “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”) Aqui, diferentemente da hipótese de fato disciplinada por esse enunciado, esta Corte *não apreciou* “a questão federal controvertida”.

Na realidade, aqui, é pertinente a invocação do enunciado da Súmula 515 do STF (Súmula 515: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no

pedido rescisório.”) Na espécie, “a questão federal apreciada” no recurso especial interposto pela autora da ação originária, ora ré, é “diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”

Em consonância com a fundamentação acima, impõe-se seja declarada a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória.

Finalmente, e, em observância ao disposto no §§ 5º e 6º do artigo 968 do CPC/2015, “constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada [...], deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.”

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Última decisão de mérito proferida nos autos originários. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça Estadual. Competência do STJ. Cabimento da reautuação dos autos à luz do novo CPC.

1. Quando o STJ adentra o mérito da questão federal controvertida no recurso especial, opera-se o efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC de 1973 (artigo 1.008 do NCPC), o que atrai a competência para apreciação da ação rescisória. Hipótese em que, consoante assente em julgamento proferido pela Segunda Seção, foi reconhecida a natureza meritória da última decisão proferida pelo STJ nos autos originários. Na ocasião, o referido órgão julgador considerou que a circunstância de o recurso especial não ter sido conhecido não descaracteriza sua natureza de decisão de mérito, uma vez detidamente examinada a controvérsia e indeferida a pretensão da recorrente.

2. Constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão de mérito que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.

3. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017.)

O voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, demonstra que, mesmo no caso de rescisórias ajuizadas sob a vigência do CPC/73, é cabível aplicação da regra do art. 64 do CPC/2015, por se tratar de regra de procedimento, de aplicabilidade imediata. Transcrevo:

Consoante assinalado na decisão monocrática agravada, a constatação da incompetência absoluta do órgão julgador perante o qual ajuizada a ação rescisória não esgota, a meu ver, o exame do recurso especial.

Isso porque, uma vez reconhecido o equívoco na indicação do acórdão rescindendo (e, conseqüentemente, a incompetência absoluta do respectivo órgão julgador), passa-se a questionar *qual a consequência jurídica, sob a ótica processual, que deverá advir de tal constatação: a extinção do processo sem resolução do mérito ou a remessa dos autos ao juízo competente.*

O CPC de 1973, ao discorrer sobre a declaração da incompetência absoluta, assim dispunha:

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º *Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente.*

Tal regra processual encontra-se reproduzida no artigo 64 do Novo CPC, *verbis*:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º *Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.*

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

E, especificamente no tocante à declaração de incompetência absoluta do juízo perante o qual proposta a ação rescisória, s §§ 5º e 6º do artigo 968 do NCPC, assim preceituam:

Art. 968. (...)

(...)

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II - *tiver sido substituída por decisão posterior.*

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.

Nesse contexto normativo, verifica-se que o código processual vigente deixou claro que a regra geral - de remessa dos autos ao juízo competente em caso de declaração de incompetência absoluta - também se revela aplicável à ação rescisória.

Assim, uma vez constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.

Tal opção legislativa consagra a idéia do processo como instrumento de concretização do direito material e não como um fim em si mesmo. É o que se extrai do princípio da primazia do julgamento de mérito, norma fundamental do processo civil, enunciado no artigo 4º do NCPC.

Desse modo, a meu ver, encontra-se superada a jurisprudência desta Corte - anterior à vigência do Novo CPC - que pugnava pela inaplicabilidade do § 2º do artigo 113 do CPC de 1973 à ação rescisória, tão somente por considerar inviável a adequação do objeto da ação, de ofício, pelo Poder Judiciante (*AR 4.515/RN*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11.03.2015, DJe 19.03.2015; *AgRg na AR 4.752/MG*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 10.10.2012, DJe 16.10.2012; e *AgRg na AR 4.749/SP*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 28.09.2011, DJe 07.10.2011).

Importante assinalar que, nos termos do artigo 14 do NCPC, a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

No caso, o acórdão estadual que reconheceu a incompetência absoluta do juízo (determinando a extinção da ação rescisória sem julgamento do mérito) consubstancia ato processual que, em virtude do conhecimento do recurso especial, pode ser objeto de substituição ou de desconstituição por decisão desta Corte (artigo 512 do CPC de 1973 ou artigo 1.008 do NCPC).

Nessa perspectiva, sobrevindo regra específica de julgamento da rescisória (a qual já encontrava guarida em regra geral do código revogado), não se verifica óbice a sua aplicação imediata quando do julgamento substitutivo da decisão recorrida.

O equívoco do endereçamento da inicial não caracteriza, ademais, situação jurídica consolidada, ou seja, não fica cristalizado por força de jurisprudência superada pelo próprio legislador, que, em uma interpretação autêntica (ainda que posterior), deixou claro que a regra geral (de remessa dos autos ao juízo competente quando reconhecida hipótese de incompetência absoluta) sempre abrangerá o procedimento atinente à ação rescisória.

Ademais, conforme também explicitado no referido precedente, essa orientação não discrepa do entendimento adotado pela Segunda Seção, na Questão de Ordem AR 5.931/SP, na qual se decidiu acerca das hipóteses de cabimento da ação rescisória e não a propósito das regras de procedimento quando do julgamento de ação rescisória ajuizada perante Tribunal sem competência. Do voto condutor do acórdão extraio:

5. Cumpre assinalar que a presente exegese não destoa daquela, recentemente, adotada pela Segunda Seção, quando do acolhimento da *Questão de Ordem na AR 5.931/SP*, segundo a qual *os pressupostos para ajuizamento da rescisória* devem observar a norma processual vigente à época do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

No bojo da referida questão de ordem, citou-se doutrina no sentido de que **“o juízo rescisório vincula-se às hipóteses previstas na lei vigente ao tempo do trânsito em julgado da sentença rescindenda; por isso, a própria eliminação da ação rescisória, por efeito de lei nova, não excluiria o ajuizamento e apreciação, segundo a disciplina da lei anterior, de ações rescisórias que, sob sua vigência, se tornaram possíveis”** (NEVES, Celso. *Prazo de ação rescisória e direito intertemporal*. <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66916/69526>>, consultado em 20 de out. de 2017).

A discussão dos autos - atinente à consequência jurídica do reconhecimento da incompetência absoluta do juízo em que proposta a rescisória - não caracteriza pressuposto da citada ação, mas, sim, regra de procedimento que veio a determinar, expressamente, a remessa dos autos ao juízo competente, nos termos de norma geral existente inclusive no CPC de 1973.

O *distinguishing* é, portanto, evidente. Na *QO na AR 5.931/SP*, firmou-se tese de direito intertemporal referente aos pressupostos processuais da ação rescisória. Na espécie, defende-se a aplicação imediata de regra procedimental superveniente para o julgamento da rescisória. Há, contudo, uma outra peculiaridade no caso dos autos: o CPC de 1973, na parte geral, já determinava a remessa dos autos ao juízo competente em caso de reconhecimento de incompetência absoluta.

Assim, não se vislumbra qualquer dissonância entre as referidas exegeses.

No mesmo sentido, o acórdão da Quarta Turma no REsp 1.756.749-MS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

Recurso especial. Ação rescisória. Capitalização de juros. Cédula de crédito comercial. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão. Não ocorrência. Competência absoluta do STJ para julgamento da ação rescisória. Operado o efeito substitutivo do recurso especial cujo acórdão transitou em julgado. Caracterização de dúvida fundada quanto ao Tribunal competente. Necessidade de remessa do feito. Exegese dos arts. 64, § 3º, e 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015. Regra de procedimento. Aplicação do sistema do isolamento dos atos processuais. Recurso especial de Banco do Brasil S.A. conhecido e parcialmente provido.

1. O propósito recursal consiste em definir: *i)* a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional; *ii)* o Tribunal competente para o julgamento da ação rescisória ajuizada perante o Tribunal de origem; e *iii)* caso reconhecida a competência desta Corte Superior, a norma processual regente da consequência jurídica oriunda do julgamento de incompetência do Tribunal de origem, se a extinção do processo sem resolução do mérito ou a remessa dos autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

3. Operado o efeito substitutivo do acórdão rescindendo prolatado por este Tribunal Superior, nos autos do REsp n. 1.284.035/MS, em que se manteve a vedação à capitalização de juros em cédula de crédito comercial, segundo o art. 512 do CPC/1973 (art. 1.008 do CPC/2015), ressaí incontestável a competência do STJ para o julgamento da ação rescisória na qual se discute acerca da legalidade do anatocismo, nos termos do art. 105, I, e, da CF/1988.

4. Os pressupostos processuais da ação rescisória, assim como as respectivas hipóteses de cabimento, devem ser aferidos segundo a lei processual vigente ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda, ao passo que, sobrevindo lei adjetiva nova no curso da demanda, os atos futuros ainda não iniciados submeter-se-ão à *novatio legis*, consoante preconiza o sistema do isolamento dos atos processuais adotado pela jurisprudência desta Corte Superior e positivado nos arts. 1.211 do CPC/1973 e 14 e 1.046 do CPC/2015.

5. Não obstante a presente ação rescisória tenha sido proposta sob a égide do diploma processual revogado, o julgamento de extinção do processo sem resolução de mérito pelo TJMS, em virtude de incompetência, se deu à luz do CPC/2015, de forma a incidir a lei nova e, por conseguinte, o atendimento à providência do art. 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015, por configurar regra de procedimento, que deve ser observada quando houver dúvida fundada acerca da competência, como na hipótese.

6. De rigor, assim, a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para que seja oportunizado ao autor a emenda da inicial e, posteriormente, ao réu a complementação dos argumentos de defesa, com a subsequente remessa do feito a esta Corte Superior para processamento e julgamento da ação rescisória em comento.

7. Recurso especial de Banco do Brasil S.A. conhecido e parcialmente provido. (DJe 3.12.2020).

Penso que a mesma solução há de ser adotada no caso ora em análise, com a declaração de incompetência desta Corte, facultando-se ao autor a emenda da petição inicial, e ao réu a complementação da defesa, para remessa ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

IV

Em face do exposto:

A) declaro a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória;

B) determino a intimação do autor para proceder à emenda da inicial para adequação do objeto da ação; em seguida, do réu, para a complementação da defesa e a posterior remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Fica mantida a tutela de urgência até a respectiva apreciação pelo Tribunal competente.

É como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de ação rescisória proposta por Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A., “na qualidade de sucessor universal do *Banco Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A*”, com fundamento no art. 485, V (“violar literal disposição de lei”), do CPC/1973, contra Sarah Fiuza Gontijo, buscando rescindir decisão monocrática do eminente Ministro *Sidnei Beneti*, proferida no REsp n. 1.064.897/MG, com o seguinte teor:

1.- Sarah Fiuza Gontijo interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra Acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Rel. Des. José Affonso Da Costa Côrtes), assim ementado (fl. 627):

Instituição financeira. Tarifas. Taxas. Não contratadas. Cálculo. Dano moral. Contrato. Direito de cobrar. Somente o contratado. A devolução de valores não contratados e que foram cobrados indevidamente pela instituição financeira, devem ser devolvidos atualizados pelas mesmas taxas de juros e metodologia de cálculo empregado no contrato firmado pelas partes. Para restar devidamente configurado o dano moral, indispensável é a prova do abalo moral. Para que a instituição financeira tenha direito de cobrar uma tarifa ou taxa, não basta a autorização do Banco Central do Brasil, devendo tais encargos estar previsto no contrato.

2.- Sustenta ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, alegando que aplica-se ao caso o § 3º do texto legal e, caso assim não se entenda, requer a majoração da verba honorária fixada por equidade em valor que considera ínfimo e 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil ao entendimento de que ocorreu preclusão em razão da ausência de impugnação específica do laudo pericial anexo à inicial, bem como divergência jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto, isto é, de débito de taxa e tarifas não contratadas pela instituição financeira.

É o relatório.

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidi esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJe 18.6.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas, fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de revisão da verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

4.- Com relação a preclusão, a jurisprudência desta Corte já decidiu que, “se o acórdão recorrido afirma ter havido a impugnação aos fatos narrados pela autora, não tem lugar o contido no art. 302 do CPC” (REsp 184.769/MA, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJ 15.3.1999) e, ademais, “a presunção de veracidade dos fatos não especificamente impugnados na contestação cede quando incompatível com as provas geradas pela defesa, consideradas em seu conjunto (Art. 302, III, do CPC)” (REsp 772.804/SP, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 2.10.2006).

Além do mais, o próprio Acórdão recorrido deixou consignado que “o Magistrado tem ampla e total liberdade no momento de prolatar sua decisão, não estando vinculado a este ou aquele documento, mas sim ao processo no todo” (fl. 633).

5.- Por fim, o Tribunal de origem, a respeito dos danos morais, concluiu que “apesar de existir o primeiro requisito (ato ilegal praticado pela instituição financeira), não vislumbro o alegado dano moral, pois na pior das hipóteses pode ter ocorrido no presente caso, no máximo, um mero dissabor, aborrecimento, incapaz de ocasionar dano moral” (fl. 632).

De outro lado, a Recorrente insiste na caracterização do dano moral, acenando com a jurisprudência desta Corte a respeito da desnecessidade de prova do dano moral.

Desse modo, verifica-se que a pretensão recursal implica revolvimento do quadro fático-probatório, o que não se admite por força da Súmula 7 desta Corte: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Ressalte-se que esta Corte já decidiu que “*para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos*” (REsp 968.762/MG, desta Relatoria, DJe 20.6.08), o que não é o caso dos autos.

6.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Publique-se. Intimem-se. (e-STJ fls. 211/213.)

Para demonstrar o cabimento da ação rescisória e especificar o julgado rescindendo proferido nesta Corte Superior, que teria substituído os acórdãos do TJMG, o autor narrou os seguintes fatos e atos processuais verificados a partir da interposição dos recursos especiais interpostos pelas partes:

14.) Contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual deu parcial provimento ao recurso interposto por *Sarah Gontijo*, complementado por acórdão que julgou seus embargos declaratórios, o Banco autor interpôs recurso especial, forte nos seguintes fundamentos:

a. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto o acórdão exarado pelo TJMG teria sido omissis acerca de questões fundamentais;

b. Legalidade da cobrança dos encargos e das tarifas impugnadas pela Requerida, porquanto realizadas em conformidade com as determinações do Banco Central, de modo que não poderia subsistir a condenação em repetição de indébito;

c. Quando muito, a repetição do indébito deveria ser realizada de forma simples, e não em dobro, porquanto ausente a má-fé da instituição financeira (inaplicabilidade do CDC 42);

d. Sobre a inaplicabilidade do CDC 42, porquanto ausente o requisito da má-fé, o Banco ora Autor também interpôs o recurso especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional.

15.) Também interpôs recurso especial a ora ré sustentando ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, pleiteando a majoração da condenação a título de honorários advocatícios, bem como violação aos artigos 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil, afirmando que teria havido preclusão em razão da suposta ausência do Banco Autor de impugnar o laudo pericial anexado à inicial. Por fim, arguiu a ora Ré divergência jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto.

16.) Ao realizar o juízo de admissibilidade dos referidos recursos, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais *admitiu o recurso especial interposto pela ora Requerida*, e, de outro lado, inadmitiu o recurso interposto pela instituição financeira autora, sustentando óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, bem como que inexistira dissídio jurisprudencial a justificar o apelo.

17.) Contra essa decisão que negou seguimento ao recurso especial, o Banco Autor interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido por esse Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

1.- Trata-se de Agravo Interno interposto pelo *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A* contra decisão que, na origem, não admitiu seu Recurso Especial interposto em desfavor de *Sarah Fiuza Gontijo*.

É o breve relatório.

O recurso não merece conhecimento.

2.- Verifica-se que, nas razões do Agravo de Instrumento, não houve a impugnação da decisão agravada em toda a sua extensão, mormente quanto à afirmação de ser inviável o especial por incidência da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a renegar o juízo de admissibilidade realizado, bem como a infirmar, tão-somente, o cabimento do recurso pelas razões anteriormente expostas.

3.- Registre-se que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os seus óbices, sob pena de vê-la mantida.

4.- Logo, sendo os fundamentos suficientes para manter a conclusão do julgado, fica inviabilizado o recurso, à luz das Súmulas 182 desta Corte e 283 do excelso Supremo Tribunal Federal, aplicadas, respectivamente, por extensão e analogia.

5.- Pelo exposto, não se conhece do agravo de instrumento.

18.) Essa decisão ainda foi objeto de agravo regimental interposto pelo Banco Requerente, recurso esse improvido, de forma que se manteve a decisão da lavra do Ministro *Sidnei Beneti*, a qual havia negado conhecimento ao agravo tirado de decisão denegatória em recurso especial. Veja-se:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Fundamento não atacado.

- Nas razões do agravo de instrumento devem ser impugnados todos os fundamentos suficientes da decisão monocrática que, na origem, não admitiu o recurso especial. Inteligência da Súmula 182 desta Corte.

Agravo improvido.

19.) De outro lado, o recurso especial interposto pela ora ré, *Sara Fiuza Gontijo*, foi conhecido e parcialmente provido, apenas para o fim de se fixar a condenação a título de verba honorária em 10% sobre o valor da condenação:

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidi esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag. 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJe 18.06.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

(...)

6.- *Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).*

20.) Essa, portanto, foi a decisão que, substituindo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conheceu e deu parcial provimento ao recurso manejado pela Requerida, mantendo a condenação imposta ao Banco Autor no sentido de restituir, em dobro cobrança indevida, empregando na correção monetária a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.

21.) Todavia, essa decisão, transitada em julgado, ao permitir a utilização de metodologia de juros capitalizados por particular, conferindo à pessoa física da Ré prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras, violou literal disposição de lei (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 – CC 406; CC/1916 1.059 – CC 402; CC/1916 1.061 – CC 404; CDC 42).

22.) Por tudo isso e como adiante se trata em pormenor, a presente demanda deve ser conhecida e provida em seus dois juízos: tanto o *juízo rescindendo* [para cassar a v. acórdão rescindendo]; quanto o *juízo rescisório* [para que a ação de repetição de indébito proposta anteriormente pela Ré Sarah Fiuza Gontijo seja julgada procedente apenas para se condenar o Banco Autor ao pagamento, em dobro, do indébito, atualizando-se o débito de acordo com os juros legais, **afastando-se por completo o emprego, na atualização do indébito, da metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial**]. (e-STJ fls. 6/9.)

Na sequência, o autor passa a cuidar dos temas de mérito da rescisória, deduzindo as seguintes alegações:

(i) “expressa vedação do Decreto n. 22.626/1933, art. 1º: proibição legal ao particular de auferir juros mensais em patamar superior a 1% (um por cento)” (e-STJ fl. 10);

(ii) “inobservância do art. 4º, inciso IX, da Lei n. 4.595/1964: equivocada extensão à pessoa física ora Ré das prerrogativas legais atribuídas tão somente às Instituições financeiras” (e-STJ fl. 10);

(iii) “violação frontal ao art. 1.062 do CC/1916 e aos arts. 406 e 591 do CC/2002: condenação em juros superiores aos limites legais” (e-STJ fl. 13);

(iv) “contrariedade aos arts. 1.059 e 1.061 do CC/1916 e aos arts. 402 e 404 do CC/2002: errônea perspectiva atribuída pelo acórdão rescindendo ao pleito indenizatório” (e-STJ fl. 13);

(v) “ultraje às disposições do CDC 42: repetição de indébito deve ser em dobro, atualizada de acordo com os *juros legais*” (e-STJ fl. 16).

Defende não incidir a Súmula n. 343 do STF, tendo em vista que “o posicionamento desse e. STJ, quanto à aplicabilidade de juros de mercado apenas às instituições financeiras já havia se pacificado, antes do trânsito em julgado do acórdão rescindendo” (e-STJ fl. 17).

Ao final, requer seja a ação rescisória integralmente acolhida para:

a) *Quanto ao juízo rescindendo*: i) seja julgado procedente o pedido para que se reconheça que o v. Acórdão rescindendo violou frontalmente os dispositivos legais supramencionados (CPC 485 V); e ii) para que se desconstitua o v. aresto rescindendo, afastando-se a coisa julgada indevidamente formada na ação originária;

b) *Quanto ao juízo rescisório*: que ao final da demanda esse Egrégio Superior Tribunal profira nova decisão na ação originária, a fim de se declarar que a restituição dos valores referentes à cobrança de tarifas indevidas e outros débitos

não autorizados seja corrigida monetariamente pelos índices da tabela adotada pela Corregedoria de Justiça do TJMG, acrescida de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e de 1% (um por cento) a partir dessa data, em consonância com a legislação e jurisprudência pátrias. (e-STJ fl. 22.)

Atribuiu à causa o valor de R\$ 114.924,23 (cento e quatorze mil, novecentos e vinte e quatro reais e vinte e três centavos).

A ré apresentou contestação invocando, em preliminar de mérito, a decadência, assim argumentando:

Na hipótese analisada nestes autos, a última decisão na ação de conhecimento, isto é, aquela que julgou monocraticamente o recurso especial interposto pela Ré, Sarah Fiúza Gontijo, para acrescer à condenação do Autor o pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o *quantum debeatur*, foi publicado no DJe em 11 de setembro de 2009 (doc. anexo).

O eventual recurso cabível em face da decisão monocrática seria, portanto, o agravo interno, cujo prazo é de apenas 05 (cinco) dias (artigo 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Com isto, pode-se afirmar com segurança que o acórdão transitou livremente em julgado em 16 de setembro de 2009 (segunda-feira).

Ocorre que a presente ação rescisória somente foi protocolizada perante este Superior Tribunal de Justiça em 19 de setembro de 2011 (segunda-feira) (doc. anexo), ocasião em que incontestavelmente já havia transcorrido o prazo de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória. (e-STJ fl. 303/304.)

A ré alega também que:

(i) o STJ não tem competência para processar e julgar a ação rescisória, tendo em vista que a decisão rescindenda não apreciou o mérito das questões invocadas pelo autor;

(ii) o autor não tem legitimidade para propor a ação, considerando que a decisão rescindenda foi proferida “em face de Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A”, inexistindo demonstração da relação societária entre as referidas instituições financeiras;

(iii) o depósito judicial realizado (art. 488, II, do CPC/1973) é insuficiente, sendo certo que o valor dado à causa é inferior ao correto, apurado em liquidação (R\$ 352.316,48);

(iv) incide no caso a Súmula n. 343 do STF;

(v) o pedido improcede no mérito, não estando caracterizadas as violações dos arts. 1º do Decreto n. 22.626/1933, 4º da Lei n. 4.595/1964, 402, 406 e 591 do CC/2002 e 42 do CDC.

Em réplica, o autor alegou não estar configurada a decadência, explicando que:

2.) Todavia, Excelência, ignora a Ré que a última decisão proferida na ação originária foi disponibilizada em 10.9.2009, quinta-feira, e publicada no dia 11.9.2009, quinta-feira, e publicada no dia 11.9.2009, sexta-feira, conforme se depreende das fls. 4-STJ 214.

3.) Isso significa dizer que eventual prazo para a oposição de embargos de declaração ou para a interposição de agravo regimental (5 dias) iniciou-se apenas e tão somente no primeiro dia útil subsequente ao da publicação, qual seja o dia 14.9.2009, segunda-feira, encerrando-se, por conseguinte, em 18.9.2009, sexta-feira.

4.) Assim, tendo em vista que não houve a interposição de nenhum recurso, tem-se que o aresto rescindendo transitou em julgado no dia seguinte ao término do prazo recursal, ou seja, 19.9.2009, do que se evidencia que a presente ação rescisória foi ajuizada tempestivamente, no prazo de 2 (dois) anos após o trânsito em julgado (19.9.2011). (e-STJ fl. 502.)

Quanto à competência do STJ, o autor sustenta que esta Corte conheceu do recurso especial da ora ré e o desproveu na parte relativa ao tema da “preclusão”. Seria “dessa última questão jurídica arguida pela própria Ré que surge a competência desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória” (e-STJ fl. 503). Isso porque, conforme o mencionado recurso, “o pedido de reconhecimento da ocorrência de preclusão tinha por objetivo (a) reconhecer como valor da indenização a quantia apurada em perícia e supostamente não impugnada pelo Banco ora Autor (R\$ 3.545,77); (b) determinar sua devolução em dobro; e (c) aplicar ao indébito a mesma metodologia de cálculo utilizada no contrato de cheque especial” (e-STJ fl. 503). Ademais, caso venha a ser reconhecida a incompetência, descaberá a extinção do processo, sendo caso de remessa dos autos ao Tribunal competente. Cita precedentes (AR n. 4.634/SC, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Terceira Seção*, DJe 3/5/2013; AgRg na AR 4.670/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe 9/12/2011; e AR n. 4.582/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe 24/5/2011) e menciona o art. 968, § 5º, do CPC/2015.

Afirma ser parte ativa legítima, destacando que, “como se observa do ‘Protocolo e Justificação de Cisão Parcial do *Unibanco*’, acostado às fls. 232/237

dos autos da presente ação rescisória (item 2.4.2), houve cisão do Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A, de modo que parcela de seu patrimônio cindido [notadamente as operações bancárias] foi vertida para o Itaú Unibanco S/A (atualmente denominação do Banco Itaú S/A)” (e-STJ 508). Com isso, o banco autor tornou-se “sucessor universal do *Unibanco*, no tocante às operações bancárias da sociedade cindida” (e-STJ fl. 508).

Defende como corretos o valor atribuído à causa e a importância depositada nos termos do art. 488, II, do CPC/1973.

No mais, aduz que não incide a Súmula n. 343 do STF, tendo em vista que, quando proferida a decisão rescindenda (22/9/2009), a matéria estava consolidada no STJ em sentido oposto. No mérito, entende que a demanda deve ser provida, ressaltando que “permitir que se conceda à pessoa física da Ré as prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras significaria [...] enriquecimento ilícito por parte da Ré” (e-STJ fl. 527).

As partes apresentaram alegações finais (e-STJ fls. 655/684 e 687/701), e o Dr. *Antonio Carlos Alpino Bigonha*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, manifestou-se pela procedência da ação rescisória (e-STJ fls. 705/710).

A Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora, concedeu “o efeito suspensivo pretendido, obstando o processo de execução calcado no acórdão rescindendo até que se verifique o trânsito em julgado da presente ação rescisória” (e-STJ fl. 778).

A eminente Relatora negou seguimento à impugnação ao valor da causa (e-STJ fls. 94/95 – autos da Petição n. 11.378/MG).

Relatório juntado às fls. 824/825 (e-STJ).

A presente ação rescisória não merece acolhimento.

Inicialmente, não está caracterizada a decadência. Publicada a decisão rescindenda em 11/9/2009, sexta-feira (e-STJ fl. 214), o prazo legal de 5 (cinco) dias para a interposição de agravo regimental terminou em 18/9/2009. Com efeito, contado o prazo de 2 (dois) anos a partir de 19/9/2009, revela-se tempestiva a ação rescisória proposta em 19/9/2011. Sobre a contagem do prazo decadencial, cito os seguintes precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Impugnação ao cumprimento de sentença. Prazo decadencial. 2 anos. Termo *a quo*. Dia seguinte ao término do prazo recursal. Precedentes do STJ. Decadência afastada. Decisão mantida.

1. O prazo de 2 anos para propor a ação rescisória é contado do dia seguinte ao término do prazo recursal da decisão que se pretende rescindir. Precedentes do STJ.

[...]

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.573.825/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 24/10/2019.)

Processo Civil. Embargos à execução. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida. Certidão que não especifica a data do efetivo trânsito em julgado. Precedentes desta Corte. Decadência. Ação rescisória extinta com resolução do mérito. Art. 269, IV, do CPC.

1. A teor do art. 495 do CPC/1973, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” Assim, o prazo decadencial passa a fluir do dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial de mérito.

[...]

5. Ação rescisória julgada extinta, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil/1973. (AR n. 3.983/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe 19/9/2018.)

Ação rescisória. Prazo de decadência (art. 495 do CPC). Inobservância. Data do trânsito em julgado: alegação de que estaria demonstrada em certidão emitida por funcionário do Poder Judiciário. Inadmissibilidade.

1. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial.

[...]

5. *Ação rescisória julgada extinta em razão da decadência.* (AR n. 4.374/MA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 6/6/2012.)

No mais, as questões apresentadas na inicial da rescisória, relacionadas ao mérito dos encargos da dívida, de fato, não foram enfrentadas na decisão rescindenda, que julgou exclusivamente o recurso especial interposto pela ora ré. Tal julgado se limitou a enfrentar os temas pertinentes aos honorários advocatícios, à preclusão para impugnar o laudo pericial e ao dano moral, provendo o recurso especial apenas para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

A própria narrativa apresentada pelo autor, reproduzida anteriormente, deixa essa situação muito clara.

Nesse contexto, revela-se inadmissível postular a rescisão de julgado do STJ.

Ante o exposto, acompanho o voto da eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de ação rescisória ajuizada por *Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A*, na qualidade de sucessor universal do *Banco Unibanco*, com fundamento no art. 485, V, do CPC/73, visando à rescisão de decisão monocrática proferida pelo i. Ministro Sidnei Beneti nos autos do REsp 1.064.897/MG.

Ação originária: de repetição de indébito cumulada com pedido de indenização por danos morais ajuizada por *Sarah Fiuza Gontijo* em desfavor do autor, por meio da qual busca a declaração de nulidade de tarifas e encargos alegadamente indevidos, bem como a condenação à restituição em dobro desses valores e ao pagamento de indenização por danos morais.

Sentença: julgou parcialmente procedente os pedidos, para declarar a ilegalidade dos débitos lançados na conta corrente da ora ré sob as rubricas “*Tar. Ch. Esp*”, “*Tar. Cartão*”, “*Tar. Sv. C/C*”, “*Diversos*”, “*Juros*”, “*Cta. Sob Medida*”, “*Deb. Carnaval*”, “*Pagt. Título*”, e condenar o ora autor à restituição, em dobro, de R\$ 3.145,39 relativos à cobrança de tarifas indevidas e débitos não autorizados, corrigidos pelos índices da tabela adotado pela Corregedoria de Justiça de MG, a partir de dezembro de 2005 e acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da sentença (30/01/2005).

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e deu parcial provimento à apelação da ré, para determinar que o autor lhe restitua os valores descontados indevidamente, aplicando-se a mesma metodologia de cálculo e juros previstos no contrato de cheque especial, bem como efetue a restituição integral do indébito.

Recurso especial do Unibanco: aponta violação ao art. 535 do CPC/73, ao art. 42, parágrafo único, do CDC, além de divergência jurisprudencial com julgados desta Corte, do TJ/PR e do TJ/RS.

Recurso especial de Sarah Fiuza Contijo: sustenta violação aos arts. 20, § 3º, 302, 304 e 285 do CPC/73 e dissídio jurisprudencial com precedentes desta Corte. Argumenta que os honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 são ínfimos, devendo honorários serem fixados em percentual incidente sobre o valor da condenação. Alega que nenhum dos documentos acostados à inicial foram impugnados em sede de contestação.

Decisão de admissibilidade: admitiu o recurso de Sarah Fiuza Contijo e inadmitiu o recurso especial de Unibanco.

Decisão unipessoal no Agravo 1.057.153/MG: o i. Ministro Sidnei Beneti não conheceu do agravo interposto por Itaú Unibanco.

Acórdão do STJ no AgRg no Ag 1.057.153/MG: negou provimento ao agravo regimental.

Decisão unipessoal no REsp 1.064.897/MG: o e. Ministro Sidnei Beneti deu parcial provimento ao recurso especial de Sarah, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Ação rescisória: sustenta ofensa literal aos arts. 1º do Decreto 626/33; 4º, IX, da Lei 4.595/64; 1.062, 1.059 e 1.061 do CC/16; 406, 591, 402 e 404 do CC/02 e 42 do CDC, tendo em vista a impossibilidade de devolução do indébito pela mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial. Defende ser incabível a restituição à pessoa física pelas mesmas taxas cobradas pela instituição financeira, requerendo, assim, que os juros sejam limitados à taxa legal de 0,5% a.m., até a entrada em vigor do NCPC e, a partir desse marco temporal, à 1% a.m.

Argumenta, finalmente, a não incidência, à espécie, da Súmula 343/STF.

Contestação: em sede de preliminar, alega a decadência do direito de postular a rescisão da decisão, ao fundamento de que a última decisão proferida nos autos é aquela objeto da presente ação rescisória e transitou em julgado em 16/09/2009. Todavia, a presente ação foi proposta apenas em 19/09/2011. Suscita a incompetência do STJ para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre o acórdão prolatado pelo TJ/MG, tendo em vista que o recurso especial do autor não foi conhecido e o da ré apenas foi provido no tocante à majoração dos honorários advocatícios, de modo que não houve exame do mérito. Aduz, ainda, ser o autor incompetente para figurar no polo ativo da presente demanda, porquanto a decisão rescindenda foi proferida em face de Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A.

Em acréscimo, sustenta que o depósito judicial está em desacordo ao disposto no art. 488, II, do CPC/73, revelando-se insuficiente e a incidência da Súmula 343/STF.

No mérito, aduz, em síntese, que inexistente violação literal aos dispositivos legais indicados.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Carlos Alpino Bigonha, opina pela procedência da ação rescisória (e-STJ, fls. 705-710).

Voto da Relatora: na sessão do dia 26/05/2021, a Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora da presente ação, votou por declarar a incompetência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória.

Voto do Revisor: acompanhou o voto da e. Relatora.

Subsequentemente, pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

O propósito da ação rescisória é obter novo pronunciamento judicial acerca dos encargos incidentes sobre o valor da condenação relativa à restituição do indébito.

Ao início, como bem esclareceu a e. Relatora, a presente ação foi ajuizada sob a égide do CPC/73, razão pela qual as questões controvertidas serão analisadas com base nas normas que compõe esse diploma legal.

I. Primeira preliminar: Decadência

1. Nos termos do art. 495 do CPC/73, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Ao interpretar essa norma, esta Corte Superior firmou a orientação cristalizada na Súmula 401 do STJ, a qual estabelece que:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

2. Ademais, ao julgamento do REsp 1.112.864/MG, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (Tema 552), este Tribunal consolidou o entendimento de que o termo *a quo* para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

3. Na espécie, o último pronunciamento judicial é a própria decisão rescindenda, a qual foi disponibilizada no DJe em 10/09/2009, considerando-se publicada, portanto, em 11/09/2009 (sexta-feira).

4. Levando em conta as referidas datas, tem-se que o prazo para recorrer dessa decisão teve início no dia 14/09/2009 (segunda-feira) e findou no dia 18/09/2009 (sexta-feira). Consequentemente, o trânsito em julgado operou-se em 19/09/2009.

5. A ação rescisória em julgamento, por sua vez, foi ajuizada em 19/09/2011. Ou seja, dentro do biênio decadencial.

6. Sendo assim, é de rigor o afastamento da prefacial de decadência.

II. Segunda preliminar: Incompetência do STJ

7. Segundo dispõe o art. 105, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça somente é competente para processar e julgar originariamente as ações rescisórias de seus próprios julgados.

8. À luz dessas ideias, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o STJ é incompetente para julgar a ação rescisória - proposta em face de seus próprios julgados - quando a decisão rescindenda não adentrar no mérito da controvérsia. A propósito da matéria:

Processual Civil. Agravo interno na ação rescisória. Inicial. Indeferimento. Incompetência. Recurso extraordinário provido parcialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência de pronunciamento sobre os temas da rescisória na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. Ação rescisória buscando reforma de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na ausência de pronunciamento sobre redistribuição da sucumbência, bem como na repetição em dobro do indébito.

2. Existência de Recurso Extraordinário na causa, julgado pelo Supremo Tribunal Federal com parcial provimento ao recurso, questão que atrai a competência daquela Corte para o exame da redistribuição da sucumbência (corolário lógico do provimento do recurso) e das demais questões.

3. *Decisão proferida por esta Corte Superior que, ademais, tampouco se pronunciou sobre o mérito dos temas que envolvem a rescisória, denotando a falta de competência para o exame da lide.*

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl nos EDcl na AR 3.960/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020) (grifou-se)

Agravo interno na ação rescisória. Incompetência do STJ. Art. 105, I, "e", da Constituição da República. Acórdão proferido em agravo em recurso especial sem a apreciação do mérito. Intempestividade. Remessa dos autos ao Tribunal competente. Arts. 64, § 3º, e 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015.

1. *O Superior Tribunal de Justiça não detém competência para a apreciação de ação rescisória quando não proferiu pronunciamento a respeito do mérito da demanda rescindenda.*

2. Na espécie, a Terceira Turma desta Corte Superior negou provimento ao AgInt no AREsp 1.009.367/SP, em face da intempestividade do recurso especial, que tratava das matérias ora impugnadas. Tal fato impede o conhecimento da questão de fundo, razão pela qual a competência para processar e julgar a ação rescisória é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3. Agravo interno não provido, de forma a reconhecer a incompetência do STJ, com a abertura de prazo para emendar-se a petição inicial e consequente remessa dos autos ao Tribunal competente.

(AgInt na AR 6.077/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/02/2019, DJe 06/03/2019) (grifou-se)

Processual Civil. Ação rescisória. Erro de fato. Artigo 485, IX, do Código de Processo Civil. Acórdão rescindendo que não examinou o mérito da demanda em razão da incidência das Súmulas 83/STJ e 182/STJ e da não comprovação da divergência jurisprudencial. Incompetência do STJ. Processo extinto sem resolução de mérito.

1. Cuida-se de Ação Rescisória proposta por Luis Carlos Martins contra a União, objetivando desconstituir acórdão no AREsp 436.124/RS, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil.

2. Como bem destacado pelo Parquet federal no seu Parecer, o acórdão rescindendo confirmou a aplicação das Súmulas 182 e 83 do STJ e a não caracterização da divergência jurisprudencial.

3. *Assim, não houve julgamento de mérito pelo STJ, portanto esta Corte é incompetente para processar e julgar a presente Ação Rescisória.* Nesse sentido: AR 4.515/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 19/3/2015; AgRg na AR 4.888/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 1º/7/2015, e AgRg na AR 5.114/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Seção, DJe 2/3/2016.

4. Processo extinto, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

(AR 5.621/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 16/10/2019) (grifou-se)

9. A ausência de exame do mérito obsta o exercício do juízo rescindendo e rescisório por esta Corte pois não terá se operado, nessa hipótese, o efeito substitutivo do recurso (art. 512 do CPC/73 e art. 1.008 do CPC/2015). Aliás, como alerta a doutrina especializada “*o efeito substitutivo do recurso é fundamental (...) para fixação da competência para propositura de ação rescisória*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 939).

10. Sobre o assunto, é pertinente registrar que a Súmula 515 do STF prevê que “*a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório*”. Essa Súmula tem sido aplicada, por analogia, por esta Corte. Menciona-se, a título de exemplo, os seguintes julgados:

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V, do CPC. Ofensa à literal disposição de lei. Matéria não apreciada pela decisão rescindenda. Não cabimento. Realinhamento de voto.

(...)

4. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, “*não cabe ação rescisória quando o pedido formulado nesta ação se refere a matéria diversa da que foi tratada no julgado rescidendo*” (AR 3.543/MG, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção**, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013.).

5. Realinho o voto anteriormente proferido. Ação rescisória extinta sem resolução de mérito. (AR 4.142/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24/08/2016, DJe 07/10/2016) (grifou-se)

Agravo regimental. Ação rescisória. Exame de mérito. Questão diversa. Súmula n. 515-STF. Não provimento.

1. *Se a matéria versada na ação rescisória não foi apreciada pela decisão rescindenda, mas apenas do Tribunal de origem, tem aplicação ao caso, por analogia, a Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”* Precedente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na AR 4.320/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 04/12/2012) (grifou-se)

11. Não se pode deixar de mencionar, além do mais, a Súmula 249 do STF, também aplicável, por analogia, a esta Corte Superior, que assim prescreve:

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

12. Em outras palavras, “*a competência funcional para o julgamento da ação rescisória é determinada pela última decisão – transitada em julgado – na qual solucionada a controvérsia sobre o direito material*” (STF, AR 2032, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 03/06/2020). No mesmo sentido, cite-se outro precedente da Corte Suprema:

Direito Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental. Segunda ação rescisória. Inadmissibilidade da utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento à ação rescisória que impugna acórdão proferido pelo STF em outra ação rescisória.

2. A intenção do autor é rediscutir o mérito de todas as decisões proferidas pelas instâncias inferiores, no entanto, é inadmissível a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal.

3. O STF possui entendimento sedimentado no sentido de que “[e]m tema de ação rescisória, é essencial que o acórdão rescindendo, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, tenha efetivamente apreciado a questão federal controvertida, quer acolhendo-a, quer repelindo-a. É essa circunstância que define, para efeito do procedimento rescisório, a competência originária do Supremo Tribunal Federal (...)”. (RTJ 148/703, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello).

4. Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(AR 2.475 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, DJe 29-05-2019) (grifou-se)

13. Destarte, o STJ apenas terá competência para processar e julgar a ação rescisória caso o acórdão rescindendo tenha sido proferido por esta Corte Superior e tenha apreciado o mérito da questão tratada na rescisória.

14. Na hipótese dos autos, o acórdão prolatado pelo TJ/MG na ação originária negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Banco Itaú e deu parcial provimento à apelação da ora ré, para determinar a restituição dos valores descontados indevidamente pela instituição financeira, aplicando-se a mesma metodologia de cálculo e juros previstos no contrato de cheque especial.

15. Em face dessa decisão, ambas as partes interpuseram recurso especial. O recurso especial do ora autor (Itaú Unibanco) versou sobre a legalidade dos encargos e tarifas pactuados e o descabimento da repetição do indébito. Lado outro, o recurso especial da ora demandada (Sarah) visou o arbitramento de danos morais e a fixação de honorários advocatícios em percentual sobre o valor da condenação.

16. O recurso especial do banco não foi admitido na origem. O agravo de instrumento interposto contra essa decisão não foi conhecido pelo Ministro Sidnei Beneti, em razão dos óbices das Súmulas 182/STJ e 283/STF. A Turma, à unanimidade, manteve essa decisão, negando provimento ao agravo regimental.

17. O recurso especial da ora requerida (Sarah), a seu turno, foi parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, apenas para majorar os honorários para 10% sobre o valor da condenação. A questão de mérito relativa aos danos morais não foi conhecida pelo e. Relator, devido à reconhecida incidência da Súmula 7/STJ.

18. Disso se extrai que esta Corte não se manifestou sobre o mérito da questão controvertida na presente ação rescisória, qual seja: a possibilidade de o banco ser condenado à restituição do indébito, aplicando-se os mesmos encargos convencionados no contrato entabulado entre as partes.

19. Assim, a competência para processar e julgar a presente ação rescisória é do TJ/MG, já que o acórdão desse Tribunal foi o último pronunciamento judicial que solucionou a controvérsia acerca do direito material.

III. Da remessa dos autos ao Tribunal competente

20. Conforme dicção do art. 968, § 5º, do CPC/2015, se reconhecida a incompetência para julgamento da ação rescisória, o autor deverá ser intimado para emendar a inicial, adequando o objeto da ação rescisória. Atendida a determinação, ao réu será oportunizada a complementação da defesa e, na seqüência, os autos serão remetidos ao tribunal competente (§ 6º).

21. O antigo diploma processual não contemplava previsão semelhante. Nada obstante, sendo norma de direito processual, não há óbice à sua aplicação imediata, nos termos do art. 14 do CPC/2015. Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Última decisão de mérito proferida nos autos originários. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça

Estadual. Competência do STJ. Cabimento da reautuação dos autos à luz do novo CPC.

1. Quando o STJ adentra o mérito da questão federal controvertida no recurso especial, opera-se o efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC de 1973 (artigo 1.008 do NCPC), o que atrai a competência para apreciação da ação rescisória. Hipótese em que, consoante assente em julgamento proferido pela Segunda Seção, foi reconhecida a natureza meritória da última decisão proferida pelo STJ nos autos originários. Na ocasião, o referido órgão julgador considerou que a circunstância de o recurso especial não ter sido conhecido não descaracteriza sua natureza de decisão de mérito, uma vez detidamente examinada a controvérsia e indeferida a pretensão da recorrente.

2. *Constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão de mérito que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.*

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017) (grifou-se)

22. Assim, é cabível a emenda da petição inicial, com a posterior remessa dos autos à Corte competente.

IV. Conclusão

23. Forte nessas razões, acompanho o voto da Ministra Relatora, para declarar a incompetência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória.

RECURSO ESPECIAL N. 1.794.209-SP (2019/0022601-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Tonon Bioenergia S.A

Recorrente: Tonon Holding S.A

Recorrente: Tonon Luxembourg S A

Advogados: Joel Luis Thomaz Bastos - SP122443

Ivo Waisberg - SP146176

Bruno Kurzweil de Oliveira - SP248704

Lucas Rodrigues do Carmo - SP299667

Beatriz Delacio Gnipper - SP331734

Recorrido: China Construction Bank (Brasil) Banco Multiplo S/A

Advogados: Marcos de Rezende Andrade Junior - SP188846

Rebeca Brazuna Nogueira - SP319887

Arthur Chekmenian Spernega - SP317289

Gustavo Cesar de Souza Mourao - DF021649

Agravante: China Construction Bank (Brasil) Banco Multiplo S/A

Advogados: Marcos de Rezende Andrade Junior - SP188846

Rebeca Brazuna Nogueira - SP319887

Arthur Chekmenian Spernega - SP317289

Gustavo Cesar de Souza Mourao - DF021649

Agravado: Tonon Bioenergia S.A

Agravado: Tonon Holding S.A

Agravado: Tonon Luxembourg S A

Advogados: Joel Luis Thomaz Bastos - SP122443

Ivo Waisberg - SP146176

Bruno Kurzweil de Oliveira - SP248704

Lucas Rodrigues do Carmo - SP299667

Beatriz Delacio Gnipper - SP331734

EMENTA

Recurso especial. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Novação. Extensão. Coobrigados. Impossibilidade. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento. Credor titular. Necessidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

3. A cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

4. A anuência do titular da garantia real é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão ou substituição.

5. Recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. não provido. Agravo em recurso especial interposto por CCB BRASIL – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por maioria, negar provimento ao recurso especial interposto por Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, e vencido, em parte, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Ainda, por unanimidade, decide a Segunda Seção não conhecer do agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 12 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Tonon Bioenergia S.A.*, *Tonon Holding S.A.* e *Tonon Luxembourg S.A.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que concedeu a recuperação às agravadas e homologou a aprovação do plano de recuperação em assembleia de credores. Homologação do plano. Condições gerais de pagamento. Decisões tomadas em assembleia geral de credores que não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda mais na hipótese de aprovação do plano em assembleia. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento expresso do credor titular da garantia. Súmula n. 61 deste Tribunal. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória. REsp n. 1.333.349/SP representativo de controvérsia. Deságio. Ausência de ilegalidade na fixação do deságio em 80%. Recurso provido em parte (fl. 375, e-STJ)

Em suas razões recursais, as requerentes apontam, além de dissídio jurisprudencial, a violação dos artigos 49, 126 e 172 da Lei n. 11.101/2005 (LREF).

Sustentam que o plano de recuperação judicial foi aprovado em assembleia pela imensa maioria dos credores, motivo pelo qual deve surtir efeito para todos os credores, inclusive em relação àqueles que votaram contra sua aprovação.

Afirmam que a assembleia é soberana, não cabendo ao Poder Judiciário tutelar direito patrimonial disponível.

Destacam que a Lei n. 11.101/2005, em seu artigo 49, § 2º, prevê que as obrigações anteriores à recuperação manterão suas condições originalmente contratadas, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação. Assim, a possibilidade de alterar as condições das obrigações anteriores ao pedido de recuperação decorre de autorização legal.

Defendem, diante disso, que o plano ao prever que “(...) *todas as obrigações, covenants, índices financeiros, hipóteses de vencimento antecipado, multas, bem como quaisquer outras obrigações e garantias que sejam incompatíveis com as condições deste Plano deixam de ser aplicáveis*” está dentro da legalidade, não podendo ser modificado por decisão judicial.

Entendem que restringir a supressão das garantias aos que votaram favoravelmente ao plano de recuperação implica em permitir que seja dado tratamento diferenciado aos credores, o que viola o princípio da *par conditio creditorum*, tendo o condão de configurar o crime de favorecimento aos credores, conforme o art. 172 da LREF.

Afirmam que ao se permitir a manutenção das garantias, os credores poderão se valer delas, apesar de o crédito ter sido novado, o que viola o artigo 126 da LREF.

Aduzem que

(...)

Ao conceder dito privilégio, o credor terá seu crédito novado – por conta da exegese do art. 59 da Lei 11.101/2005 – contudo preservará a garantia até que seja quitado seu débito (em muitas vezes maior que o valor do crédito novado), impedindo o devedor de utilizar referida garantia para, por exemplo, adquirir novo crédito após a aprovação do plano, ou realizar qualquer outra forma de disposição que melhor aproveite as operações da empresa, inclusive o pagamento dos credores (fl. 530, e-STJ).

Consideram, ademais, que está satisfeita a exigência de anuência expressa do credor com garantia real, o que foi feito com a votação da respectiva classe de credores.

Por fim, apontam a existência de dissídio jurisprudencial com acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – AG n. 4008446-60.2013.8.12.0000 e desta Corte – REsp n. 1.532.943/MT.

Ao final, requerem o provimento do recurso especial para que seja mantida a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau que homologou o plano de recuperação judicial sem ressalvas.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 558, e-STJ), e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

Contra o mesmo acórdão, **CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A.** também interpôs recurso especial, com fundamento na alínea “c”, do permissivo constitucional, alegando a existência de dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e Pernambuco.

Afirma que a adoção de deságio de 80% (oitenta por cento) sobre os créditos da classe III é ilegal e abusivo.

Em virtude da inadmissão do referido recurso na origem, sobreveio agravo em recurso especial (fls. 569/586, e-STJ).

Contraminuta às fls. 589/602 (e-STJ).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso especial e pelo não conhecimento do agravo em recurso especial em parecer assim sintetizado:

- Recurso especial que aponta violação e interpretação divergente dos arts. 47, 49, § 2º, 126 e 172, todos da Lei n. 11.101/2005.

- A supressão das garantias reais e fidejussórias, na forma expressamente prevista no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, não pode se restringir aos credores que votaram favoravelmente à medida, sob pena de se conferir tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária, razão pela qual a supressão de garantias vincula todos os credores da respectiva classe, inclusive aqueles que votaram contrariamente. Predentes do STJ.

- Agravo em Recurso Especial contra decisão que negou seguimento a súplica fundada no art. 105, III, 'c' da Constituição, apontando divergência jurisprudencial.

- Decisão agravada devidamente fundamentada, no sentido de inexistência de cotejo analítico e de incidência da Súmula 7, do STJ.

- Ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada. Não conhecimento. Óbice da Súmula 182, STJ.

- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo seu provimento, e, quanto ao agravo em recurso especial, pelo seu não conhecimento (fls. 628/629, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

Recurso especial de Tonon Bioenergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxembourg S.A.

Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os

credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

1. Breve histórico

O caso dos autos trata do pedido de recuperação judicial de *Tonon Bionergia S.A.*, *Tonon Holding S.A.* e *Tonon Luxembourg S.A.*

O plano de recuperação judicial foi aprovado pela maioria dos credores na assembleia realizada em 5.4.2017 e homologado por decisão do Juízo da 3ª Vara Cível de Jaú/SP que se limitou a consignar:

(...)

Tendo em vista a aprovação do plano pela maioria dos credores na Assembleia realizada no dia 5 de abril de 2017 e a concordância do D. Representante do Ministério Público manifestada, de rigor o acolhimento do pedido (fl. 87, e-STJ).

Contra essa decisão, *CCB Brasil* – China Construction Bank interpôs agravo de instrumento no qual aponta as seguintes ilegalidades no plano de recuperação judicial: (i) extinção de todas as garantias, (ii) extinção de todas as execuções judiciais em curso contra o Grupo Tonon, seus controladores, controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico e a liberação das constrições, (iii) exoneração dos coobrigados e (iv) deságio de 80% (oitenta por cento) sobre os créditos quirografários.

O agravo de instrumento foi parcialmente provido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacando-se do acórdão o seguinte excerto, ora transcrito, no que interessa ao presente julgamento:

(...)

Portanto, respeitado entendimento em contrário, a supressão ou substituição da garantia não é matéria que deve ser autorizada pela classe, em AGC, mas sim pelo próprio credor que, diante das negociações que a Lei de Recuperação Judicial viabiliza, terá a faculdade da liberação ou troca por outra, a fim de cooperar com a recuperação da empresa em crise.

O art. 49, § 2º, Lei 11.101/2005, ao preservar genericamente as condições originalmente contratadas, ressalvando o estabelecimento de modo diverso no plano, não afasta a necessidade de concordância expressa do titular da garantia para a disposição sobre elas.

Em outras palavras, os dispositivos legais não são conflitantes, na medida em que, especificamente para os fins do art. 50, § 1º - liberação das garantias, não bastará a aprovação da respectiva classe.

Para a alteração das demais condições, bastará a aprovação no plano pela AGC, com os quóruns de instalação e aprovação previstos nos art. 37 e 45 da LRF.

(...)

Nesse sentido, é a Súmula 61 do TJ/SP: “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante a aprovação expressa do titular”.

Acrescente-se a isso a lógica de que, não raras as vezes, apenas parte dos bens garantidos por direito real de garantia poderão ser afetados pelo plano (art. 50, XI, Lei n. 11.101/05), operando-se tratamento diferenciado apenas em desfavor dos titulares das garantias que recaiam sobre tais bens, porque liberadas pela classe.

(...)

A cláusula 2.1.1., que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamento de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações movidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Exceção feita aos garantidores, as ações de execução promovidas em face das agravadas e de “seus controladores, suas controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico”, segundo a cláusula 12.3. transcrita a fs. 14, devem ser extintas em decorrência da aprovação do plano de recuperação sem que isso implique ilegalidade da cláusula, pois é consequência da novação das obrigações relacionadas com créditos sujeitos ao plano e favorece o soerguimento das recuperandas.

(...)

Fica reformada em parte a r. decisão agravada, para ressaltar afastar a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservar direito de o credor ajuizar e prosseguir com ação ou execução em face de terceiros coobrigados das agravadas (fls. 382/389, e-STJ - grifou-se)

Sobreveio o recurso especial ora em exame.

2. Da supressão das garantias

Após a aprovação da Lei n. 11.101/2005, a doutrina e os tribunais brasileiros travaram forte debate acerca dos efeitos da novação derivada da

aprovação do plano de recuperação judicial, firmando sólido entendimento no sentido de que a novação prevista na Lei de Recuperação e Falência difere daquela disciplinada pelo Código Civil, não atingindo as garantias prestadas por terceiros.

Nesta Corte, o entendimento ficou sedimentado com o julgamento do REsp n. 1.333.349/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, valendo transcrever trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que bem esclarece a questão:

(...)

Com efeito, percebe-se de logo que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Daí se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Nesse sentido, por todos, novamente Fábio Ulhoa dispõe sobre o tema:

(...)

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial (grifou-se).

Assim, prepondera, tanto no âmbito doutrinário quanto no pretoriano, o entendimento de que a novação decorrente da concessão da recuperação judicial

afeta somente as obrigações da recuperanda, devedora principal, constituídas até a data do pedido, não havendo nenhuma interferência quanto aos coobrigados, aos fiadores, aos obrigados de regresso e, especialmente, aos avalistas, dada a autonomia do aval.

Daí conclui-se que a concessão da recuperação judicial não impede o credor de perseguir seu crédito no tocante aos coobrigados, nos exatos termos do artigo 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Acerca do tema, a Súmula n. 581/STJ: *“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”*

A questão posta, então, é saber se é possível ao devedor superar a determinação legal a partir da inclusão de cláusula no plano de recuperação judicial que estenda a novação aos coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas, ao fundamento de impulsionar o soerguimento da empresa.

Além disso, indaga-se especificamente se a previsão de supressão das garantias reais pode ser imposta aos credores que não anuíram expressamente com essa previsão do plano de recuperação judicial.

A princípio, não há falar em nulidade dessas cláusulas, visto não esbarrar em nenhuma das hipóteses estabelecidas no artigo 166 do Código Civil de nulidade do negócio jurídico: (i) ser celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (iii) for o motivo determinante, comum a ambas as partes, ilícito; (iv) não revestir a forma prescrita em lei; (v) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade; (vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa, e (vii) ser taxativamente declarado nulo por lei, ou proibir-lhe a prática, sem impor sanção.

As cláusulas também não encontram óbice nas situações de anulabilidade do negócio jurídico elencadas nos artigos 138 e ss. do Código Civil. Trata-se, assim, de negócio jurídico válido, sendo necessário perquirir acerca de sua eficácia, especialmente no que concerne aos credores ausentes e aos presentes na assembleia que não votaram ou votaram contrariamente à aprovação do plano.

A fiança, o aval e o direito de regresso são garantias pessoais, de natureza patrimonial, constituindo-se em direitos disponíveis e, portanto, passíveis de transação entre as partes. Nesse contexto, o credor que compareceu à assembleia e votou favoravelmente ao plano e, portanto, à cláusula extensiva da novação aos coobrigados, renunciou validamente à garantia estipulada em seu favor, daí a eficácia do ato em relação a si.

Contudo, inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, *não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que a novação não se estende aos coobrigados* (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, *nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco **animus novandi***.

No que respeita ao aval, obrigação autônoma, que independentemente de previsão legal não seria atingida pelos efeitos da recuperação, mais clara fica a impossibilidade de se estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta.

Acerca da questão, comentando julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifesta Manuel de Queiroz Pereira Calças:

(...)

Por isso, para que a novação seja aplicada aos coobrigados, notadamente, os fiadores e os avalistas, exige-se que os credores anuam expressamente com a novação, já que esta, não sendo imposta pela Lei, só poderá ser voluntária, a exigir o ânimo expresso ou tácito, mas inequívoco, aplicando-se o disposto no art. 361 do Código Civil. (...)

Por fim, na ótica dos postulados da lógica, é intuitivo que a cláusula extensiva da novação aos coobrigados da sociedade em recuperação judicial não tem eficácia em relação aos credores que, expressamente, dela discordaram, votando contra a aprovação do plano ou, mais ainda, àqueles que formularam objeção, atacando direta e frontalmente a ilegalidade da aludida cláusula. Tais credores poderão executar normalmente os fiadores, os avalistas ou coobrigados de regresso, prosseguindo regularmente nas execuções já em andamento (que não se suspendem) ou, eventualmente, poderão iniciar as execuções a partir do vencimento das dívidas garantidas. (Novação Recuperacional. Revista do Advogado. v. 29, n. 105, págs. 115-128, set/2009 - grifou-se)

Não se pode deixar de mencionar que os princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo asseguram ao credor de título executivo com garantia fidejussória uma mais rápida satisfação de seu crédito.

Explica Marlon Tomazzette:

(...)

O devido processo legal e o também autônomo direito fundamental à razoável duração do processo, para além das especificidades próprias das normas regras dos artigos 49, § 1º, e do art. 59, *caput*, da Lei n. n. 11.101/2005, asseguram ao Jurisdicionado credor de título executivo com garantia fidejussória (p. ex.: aval,

fiança, entre outros) prosseguir na execução em face dos coobrigados para a satisfação integral do crédito, cabendo a este eventual direito de regresso em face da Recuperanda nos limites do plano aprovado (A recuperação judicial e a extensão da novação aos coobrigados. Revista de Direito Empresarial, ano 18, n. 1, janeiro/abril de 2021)

Vale destacar, ainda, que *o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005*, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a obrigações e, em consequência, a deságios, a prazos e encargos e não a garantias. Obrigação é termo que não se confunde com garantia*, a qual será regulada pelo § 1º do mesmo dispositivo legal. Assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos, deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular.

Em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, ***“na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”***, portanto, quanto ao ponto, não resta dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão. Veja que a lei fala em credor titular da garantia para admitir a supressão e não em classe de credores.

É oportuno mencionar que no caso de haver descumprimento do plano após a fase judicial, os créditos não voltam à sua condição inicial, cabendo ao credor executar o plano de recuperação judicial. Desse modo, sobeja interesse aos credores com garantia em manter o *status* do seu crédito.

Explicam Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nascer de Melo:

(...)

Para o caso de ocorrer o inadimplemento após o encerramento da recuperação, não haverá convação em falência, pois não existe mais processo de recuperação judicial em andamento. Nesse caso, o credor cuja obrigação foi descumprida poderá requerer a execução específica, tendo em vista que o plano de recuperação aprovado e homologado constitui título executivo judicial.

Esta execução, entretanto, se dará nos termos e condições previstos no plano de recuperação (e não nas condições originais da dívida, anteriores à novação recuperacional), já que as previsões do plano de recuperação tornaram-se definitivas.

O credor pode também requerer a falência do devedor, na forma prevista no art. 94 (Lei 11.101/2005, art. 94). Neste caso, não se trata de convalidação da recuperação em falência, mas, sim, de um novo processo falimentar (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, de acordo com a Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. 1ª ed. São Paulo: Editora Juruá, 2020 - grifou-se)

Vale enfatizar que o artigo 50, § 1º, da LREF *não tem como objetivo somente garantir a inserção do credor na classe dos credores com direito real no caso de descumprimento do plano e decretação da quebra mas, sim, de manter suas garantias nos termos originariamente contratados para o caso de execução do plano de recuperação judicial ou decretação da falência.*

Ademais, ainda que os bens gravados possam eventualmente ser vendidos para atender as classes de credores que precedem os credores com garantia real, com a relativização do privilégio, *o certo é que o benefício se mantém no caso de haver bens suficientes para o pagamento das classes prioritárias, garantindo o pagamento do credor até o limite do valor de venda, remanescendo, desse modo, o interesse do credor na manutenção de sua garantia.*

A propósito, a lição de Ricardo Negrão:

(...)

Na falência, não havendo outras preferências - de credores prioritários, extraconcursais e trabalhistas -, os títulos garantidos por direito real não se sujeitam a rateio. Significa dizer que, nessa circunstância, mesmo havendo mais de um credor com direito real de garantia, cada um recebe o produto da venda do bem gravado até o limite de seu crédito. Se o bem gravado for insuficiente, o saldo é admitido como quirografário, e se, ao contrário, o crédito é inferior ao valor alcançado pelo bem, o saldo é lançado para rateio da próxima classe - a dos credores tributários. Não há comunicação entre bens e credores com garantia real. (Curso de Direito Comercial e de Empresa, v. 3: Recuperação de Empresas, Falência e Procedimentos Concursais Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 550)

É preciso registrar, ainda, que a Lei n. 14.112/2020 não trouxe nenhuma alteração aos artigos 49, §§ 1º e 2º, e 51, §1º, da Lei n. 11.101/2005.

É válido mencionar, também, que no mais das vezes a perda da garantia é imposta somente a alguns credores o que ocasiona, como bem destacou Tribunal de origem, o tratamento desigual entre eles.

Marcelo Sacramone esclarece:

(...)

Como nem todos os credores possuem a mesma garantia e o mesmo risco, a maiores dos credores sem a referida garantia seria mais favorável à aprovação dessa cláusula de renúncia porque não sofreria o efeito direto dela. *Não haveria, assim, comunhão de interesses a ponto de permitir que a maioria imponha sua vontade à minoria, pois os credores possuem interesses diversos, embora possam integrar uma mesma classe na Assembleia Geral de Credores.* A renúncia ao direito de cobrança dos coobrigados deverá, assim, exigir a concordância expressa do credor com a cláusula prevista no plano de recuperação judicial, sob pena de a ele ser considerada ineficaz (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, pág. 270)

A todo o aqui exposto somam-se as preocupações já externadas no voto-vista proferido no julgamento dos EDcl no REsp n. 1.532.943/MT quanto aos reflexos do presente julgado em relação ao custo do crédito.

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, *além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005 e com as novas previsões de financiamento trazidas pela Lei n. 14.112/2020.*

Nesse sentido, Frederico Augusto Monte Simionato assevera que:

(...)

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 201, grifou-se)

3. *Das necessárias reflexões diante das alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020*

3.1. *Do financiamento DIP*

A inclusão da supressão das garantias nos planos de recuperação judicial tem como justificativa por parte dos devedores a necessidade de buscarem novos financiamentos de modo a alavancar a sua atividade. Dito em outras palavras, os credores são chamados não somente para contribuir concedendo deságios e prazos de pagamento como também para financiar a recuperação da empresa.

Diante da reconhecida necessidade de entrar dinheiro novo para a sociedade se recuperar, a Lei n. 14.112/2020 introduziu uma nova seção na LRF, denominada “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor Durante a Recuperação Judicial”. É o chamado financiamento DIP (*Debtor in Possession Financing*), o qual objetiva oferecer maior segurança àqueles que decidirem financiar a empresa em recuperação.

Nessa modalidade o juiz pode autorizar que sejam oferecidos bens pertencentes ao ativo não circulante da companhia, assim como bens de terceiros que queiram contribuir, para o financiamento da atividade empresarial (artigo 69-A da Lei n. 11.101/2005).

Além disso, pode ser autorizada a constituição de garantia subordinada, isto é, um ativo que já garante a dívida de um credor poderá ser oferecido novamente como garantia, sem autorização do detentor da garantia original. A dispensa de autorização se justifica porque a garantia subordinada está limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia (artigo 69-C, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Como se observa, o legislador mais uma vez se preocupou em afirmar aos credores que suas garantias estão preservadas, destacando o valor da segurança jurídica para todo o sistema, inclusive para incentivar os tão necessários financiamentos empresariais.

É importante frisar que com a previsão do financiamento DIP fica ainda mais enfraquecida a tese de que é possível impor aos credores com garantia real, sem sua anuência expressa, financiar a atividade da recuperanda.

3.2. *Da consolidação substancial*

Com a edição da Lei n. 14.112/2020, o legislador passou a regular o fenômeno da consolidação substancial, que já vinha ocorrendo na prática, com

subsídios criados pela jurisprudência, ainda que não houvesse previsão legal do instituto.

Nessa hipótese, em apertada síntese, o grupo econômico pede recuperação judicial e, demonstrada a presença dos requisitos do artigo 69-J, da Lei n. 11.101/2005, é autorizado a apresentar plano único, com a unificação de ativos e passivos, como melhor forma de alcançar o seu soerguimento.

Mesmo nesse caso, o legislador se preocupou em afirmar: “*A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular*” (artigo 69-K, § 2º, da Lei n. 11.101/2005), deixando expressa, ainda mais uma vez, a importância das garantias.

3.3. Da apresentação de plano alternativo pelos credores

A Lei n. 14.112/2020 trouxe a possibilidade de, não aprovado o plano de recuperação judicial, nem mesmo com o quórum do artigo 58, § 1º, da LREF (*cram down*), os credores apresentarem um plano alternativo (também na hipótese do art. 6º, § 4º, “A”, da LREF).

O plano alternativo, para ser apresentado, deve ter apoio de número substancial de credores. Além disso, de acordo com o artigo 56, § 6º, V, da LREF, aqueles que apoiarem a apresentação do plano e votarem favoravelmente à sua aprovação, deverão renunciar às garantias pessoais prestadas por pessoas naturais em relação aos créditos novados.

Nesse contexto, a desvalorização das garantias e a possibilidade de sua supressão por votação da maioria, acabará por encorajar os credores a não aceitarem o plano apresentado pelo devedor, como observou Gabriel José de Orleans e Bragança:

(...)

Explica-se. Diante da recente alteração à LRE promovida pela Lei n. 14.112/20, passaram os credores a ter o direito de apresentar um plano alternativo de recuperação judicial na hipótese de perda de prazo ou rejeição do plano formulado pela recuperanda. Contudo, muito tem se falado que a alteração seria inócua, na medida em que os credores, para aprovarem esse plano alternativo, teriam que renunciar às garantias pessoais prestadas pelos sócios da recuperanda (LRE, artigo 56, parágrafo 6º, V).

Esse receio da perda da garantia, entretanto, pode ser apaziguado com o entendimento jurisprudencial em favor da supressão da garantia fidejussória. Afinal, percebendo os credores que a garantia pessoal dos sócios passou a ter

pouca valia, em função do elevado risco de sua perda durante o processo de recuperação judicial, o plano alternativo passa a ser um caminho natural.

Na falta de uma moeda de troca mais impactante, *não seria equivocada a conclusão de que os credores, sobretudo os financeiros, se organizarão em todo e qualquer processo para compor uma maioria em proveito de um plano de pagamento mais condizente com os seus exclusivos interesses, em detrimento da própria recuperanda.*

Portanto, caso a jurisprudência caminhe contra a manutenção e eficácia das garantias fidejussórias, altera-se significativamente o pêndulo negocial em favor dos credores, cujo plano alternativo não depende de qualquer anuência dos sócios da recuperanda (Garantia pessoal e plano dos credores. Valor Econômico. Edição de 28.4.2021).

4. Conclusão

*Assim, a conclusão que melhor equaciona o binômio “**preservação da empresa viável x preservação da atividade econômica com um todo**” é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição, considerando que:*

i) a regra geral da LRF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores;

ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume;

iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto da garantia,

iv) a supressão das garantias por votação da maioria enseja o tratamento desigual entre os credores;

v) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem, e

vi) o legislador previu novas formas de financiar a empresa em crise, não havendo justificativa para a oneração excessiva dos credores com garantia.

Solução em sentido contrário, ou seja, a submissão ao plano de recuperação de credores que votaram contra a cláusula que prevê a exclusão de garantias, importa verdadeira afronta à segurança jurídica e seus consectários, visto que um

credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação ou falência, na forma como prevista na Lei n. 11.101/2005.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

5. Agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A.

De início, esclareça-se que contra o acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento de CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A., a então agravante também interpôs recurso especial. Em seu apelo nobre aponta a existência de dissídio jurisprudencial em relação à possibilidade de o plano prever a adoção de deságio de 80% (oitenta por cento) do crédito devido aos credores da classe III.

Em juízo prévio de admissibilidade (fls. 563/564, e-STJ), o Tribunal de origem deixou de admitir a irresignação por entender que: (i) estar ausente a demonstração do dissídio jurisprudencial pois era necessária a realização do confronto analítico entre os acórdãos confrontados e (ii) a necessidade de revisão de matéria fática, obstada pela incidência da Súmula n. 7/STJ, impede o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

O agravante, no entanto, deixou de impugnar o fundamento referente à aplicação da Súmula n. 7/STJ.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que é dever do agravante atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, demonstrando o seu desacerto, de modo a justificar o cabimento do recurso especial interposto, sob pena de não ser conhecido o agravo, não bastando para tanto a impugnação genérica ou a reiteração das razões do recurso anterior.

Essa é a interpretação do art. 544, § 4º, I, do Código de Processo Civil de 1973, cuja redação encontra correspondência no art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, c/c art. 253, parágrafo único, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010).

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Art. 253. O agravo interposto de decisão que não admitiu o recurso especial obedecerá, no Tribunal de origem, às normas da legislação processual vigente.

Parágrafo único. Distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá:

I - não conhecer do agravo inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016).

Anota-se, por fim, que esse entendimento foi chancelado pela Corte Especial no julgamento dos EAREsps n. 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, nos termos da seguinte ementa:

Processo Civil. Embargos de divergência. Impugnação específica de todos os fundamentos da decisão recorrida. Art. 544, § 4º, I, do CPC/1973. Entendimento renovado pelo novo CPC, art. 932.

1. No tocante à admissibilidade recursal, é possível ao recorrente a eleição dos fundamentos objeto de sua insurgência, nos termos do art. 514, II, c/c o art. 505 do CPC/1973. Tal premissa, contudo, deve ser afastada quando houver expressa e específica disposição legal em sentido contrário, tal como ocorria quanto ao agravo contra decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, tendo em vista o mandamento insculpido no art. 544, § 4º, I, do CPC, no sentido de que pode o relator “não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada” - o que foi reiterado pelo novel CPC, em seu art. 932.

2. A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão.

3. A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, ressoando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incidível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais.

4. Outrossim, conquanto não seja questão debatida nos autos, cumpre registrar que o posicionamento ora perfilhado encontra exceção na hipótese prevista no art. 1.042, *caput*, do CPC/2015, que veda o cabimento do agravo contra decisão do Tribunal a quo que inadmitir o recurso especial, com base na aplicação do entendimento consagrado no julgamento de recurso repetitivo, quando então será cabível apenas o agravo interno na Corte de origem, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC.

5. Embargos de divergência não providos. (Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, julgados em 19/9/2018, DJe 29/11/2018).

Ante o exposto, não conheço do agravo em recurso especial.

6. Do dispositivo

Em resumo, nego provimento ao recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. e não conheço do agravo em recurso especial interposto por CCB *Brasil* – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Faz-se um breve esboço acerca do conteúdo das decisões proferidas na origem, da matéria devolvida ao conhecimento desta Corte de Justiça, bem como do voto precedente.

Extrai-se dos autos que o plano de recuperação judicial, apresentado por Tonon Bionergia S.A., Tonon Hodking S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxembourg S.A., submetido à assembléia geral de credores, obteve a aprovação das quatro classes votantes, nos termos do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, em resultado assim anunciado (e-STJ, fls. 140-145):

Encerrada a votação, seu resultado foi o seguinte:

Nas classes I - Trabalhistas, onde se encontram presentes 1.563 (um mil quinhentos e sessenta e três) credores, e IV - Microempresas e Empresas de

Pequeno Porte, onde se encontram presentes 117 (cento e dezessete) credores, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por unanimidade entre os presentes.

Na classe II - Garantia Real, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por 14 (catorze) credores detentores de R\$ 781.932.019,94 (setecentos e oitenta e um milhões novecentos e trinta e dois mil dezenove reais e noventa e quatro centavos) em créditos, equivalentes a 99,76% (noventa e nove vírgula setenta e seis por cento) dos créditos representados em assembleia nesta classe, sendo votos contrários à aprovação do Plano de Recuperação Judicial 1 (um) credor detentor de R\$ 1.843.002,60 (um milhão oitocentos e quarenta e três mil e dois reais e sessenta centavos) em créditos, equivalentes a 0,24% (zero vírgula vinte e quatro por cento) de créditos totais dos presentes, não havendo abstenções, mantendo-se a base de votação nesta classe pelo quórum total presente, de R\$ 783.775.022,54 (setecentos e oitenta e três milhões setecentos e setenta e cinco mil e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

Na classe III - Quirografários, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por 227 (duzentos e vinte e sete) credores detentores de R\$ 839.336.326,74 (oitocentos e trinta e nove milhões trezentos e trinta e seis mil trezentos e vinte e seis reais e setenta e quatro centavos) em créditos, equivalentes a 83,70% (oitenta e três vírgula setenta por cento) dos créditos representados em assembleia nesta classe, sendo votos contrários à aprovação do Plano de Recuperação Judicial 19 (dezenove) credores detentores de R\$ 163.468.067,42 (cento e sessenta e três milhões quatrocentos e sessenta e oito mil e sessenta e sete reais e quarenta e dois centavos) em créditos, equivalentes a 15,79% (quinze vírgula setenta e nove por cento) de créditos totais dos presentes e se abstiveram de votar 7 (sete) credores que representam o montante de R\$ 315.494.173,13 (trezentos e quinze milhões quatrocentos e noventa e quatro mil cento e setenta e três reais e treze centavos) dos créditos.

Em primeira instância, o plano de recuperação judicial, tal como aprovado pela assembleia de credores, foi homologado judicialmente, ante o cumprimento dos requisitos legais, razão pela qual se concedeu a recuperação judicial às recuperandas, com fundamento no art. 58 da Lei n. 11.101/2005 (e-STJ, fls. 87-88).

Em grau recursal, o Tribunal de origem conferiu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto por Bic Banco Industrial e Comercial S.A., para reconhecer que a previsão da supressão das garantias fidejussórias vincula apenas os credores que concordaram expressamente com a aprovação do plano de recuperação judicial.

Assim, a controvérsia submetida ao exame desta Segunda Seção do STJ está em definir se, em relação à cláusula que estabelece a supressão das

garantias reais e fidejussórias, no plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pela assembleia geral de credores, poderia o juiz restringi-la, quando de sua homologação, apenas aos credores que expressamente assentiram com tal disposição, não produzindo efeitos, assim, àqueles que não se fizeram presentes por ocasião da assembleia geral de credores, se abstiveram de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

O relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto (fl. 13), também compreende que “a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiverem-se de votar ou se posicionarem contra tal disposição”.

Esta conclusão, segundo S. Exa., decorre, em síntese, dos seguintes fundamentos:

- i) a regra geral da LRF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores;
- ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume;
- iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto de garantia; e
- iv) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem.

Pedindo-se vênias ao relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, dele divirjo, para ratificar o atual posicionamento da Terceira Turma do STJ, exarado por ocasião do julgamento do *REsp 1.532.943/MT, DJe 10.10.2016; REsp 1.700.487/MT, DJe 26.4.2019; REsp 1.863.842/RS, DJe 18.12.2020; e REsp 1.850.287/SP, DJe 18.12.2020*), a fim de afastar a restrição imposta pelas instâncias precedentes, de modo a reconhecer que a cláusula inserta no plano de recuperação judicial, aprovada pela assembleia geral segundo o quórum legal, deve ser observada pelas devedoras e todos os credores da correspondente classe, indistintamente.

Para tanto, sem olvidar a polêmica que circunda o tema em exame — bem evidenciada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão por ocasião do julgamento

do REsp 1.797.924/MT perante a Segunda Seção (cujo objeto acabou por se esvaziar), que identificou nada menos do que quatro correntes distintas (e plausíveis) para a solução da questão posta —, constata-se a existência de ponto tênue de interseção entre os entendimentos propugnados no voto precedente e no posicionamento atual da Terceira Turma acima referido, que merece especial destaque.

Conforme acima registrado, tanto no acórdão recorrido, assim como no voto do relator, reconheceu-se *a validade e a eficácia da cláusula supressiva em exame, ao menos, àqueles titulares que votaram favoravelmente, fundada na natureza disponível do direito em comento.*

Compreende-se, digo eu, que, como direito disponível, mostra-se absolutamente possível (e, portanto, não contrário ao ordenamento jurídico) o estabelecimento, no plano de recuperação judicial, de cláusula que estabelece a supressão das garantias reais e fidejussórias. *Afinal, se a cláusula supressiva fosse contrária ao direito posto e, portanto, inválida, não poderia produzir efeitos nem sequer àqueles que com ela consentiram expressamente, o que, como assinalado, refugiria sobremaneira da natureza do direito em análise e, principalmente, dos contornos efetivamente gizados na Lei n. 11.101/2005.*

Destaco, a esse propósito, julgado da Terceira Turma do STJ, com consenso de todos os seus integrantes, no qual se reconheceu a validade da cláusula supressiva de garantia, *na específica hipótese* em que não houve, por parte dos credores, nenhuma insurgência quanto ao ajuste em comento.

Refiro-me ao seguinte julgado:

Recurso especial. Recuperação judicial. Supressão de garantias prestadas por terceiros. Ineficácia em relação aos credores que não consentiram com a cláusula. Hipótese concreta em que não houve objeção por parte de nenhum dos credores. Manutenção da previsão constante do plano.

1. Ação ajuizada em 15/12/2016. Recurso especial interposto em 22/10/2019. Autos conclusos ao Gabinete da Relatora em 9/9/2020.

2. O propósito recursal é definir se a cláusula do plano de recuperação judicial, aprovado sem objeção, que impede os credores de perseguir seus créditos em face de garantidores e coobrigados está em descompasso com a Lei 11.101/05.

3. *Havendo previsão no plano de soerguimento quanto à impossibilidade de os credores buscarem a satisfação de seus créditos em face de garantidores e coobrigados da recuperanda, a validade de tal cláusula está sujeita à anuência dos respectivos titulares.*

4. Hipótese concreta em que não houve manifestação de credores em sentido oposto à supressão das garantias, motivo pelo qual deve ser reformado o acórdão que declarou a nulidade da cláusula em questão.

Recurso especial provido.

(REsp 1.895.277/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 04/12/2020)

Tem-se, de fato, que a previsão, contida no plano de recuperação judicial, de uma cláusula de supressão de garantias não encerra, em si, nenhuma contrariedade ao direito, em especial, à Lei n. 11.101/2005. Como dito, compreender de modo contrário, seria ignorar a natureza do direito em discussão, de natureza absolutamente disponível e, portanto, passível de renúncia (no caso, sob a condição resolutiva do efetivo cumprimento do plano de recuperação judicial).

Dessa maneira, *note-se que a divergência que se coloca não seria propriamente quanto à validade, em si, da cláusula supressiva, mas sim quanto aos seus efeitos e a sua extensão, devendo-se perquirir, a esse propósito, o modo eleito pela lei para legitimar as deliberações correlatas (a qual, conforme se demonstrará, pontualmente, vale-se do critério majoritário, levando-se em conta, como deveria ser, o valor, a importância do crédito na correspondente classe).*

Saliente-se, desde já, que a lei de regência é expressa, indiscutivelmente, em preceituar que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. De igual modo, a lei é também expressa em autorizar que o plano de recuperação judicial disponha, eventualmente, de forma diversa acerca das obrigações e condições originariamente contratadas, no que se inserem, inarredavelmente, as garantias.

Como já assentado, ainda que não houvesse disposição legal nesse sentido, a possibilidade de abdicar de uma garantia decorre da própria natureza disponível do direito. Um ajuste contratual com esse teor, insere no plano de recuperação judicial, em si, não viola nenhum dispositivo da Lei n. 11.101/2005.

É na exclusiva hipótese de haver aprovação pela assembleia geral de credores, com detida observância ao quórum legal, que a aludida cláusula supressiva produz efeitos para todos os credores indistintamente da correspondente classe. Isso porque, no processo concursal, o consentimento se dá por meio do atendimento aos quóruns previstos na lei, e não individualmente.

A concordância individual do titular do crédito não é exigida por lei para as garantias reais, mas também não o é para as garantias (pessoais) fidejussórias.

Passa-se, assim, a aprofundar os pontos acima tangenciados.

Dispõe o art. 59 da Lei n. 11.101/2005 que a concessão de recuperação judicial enseja a novação das obrigações originariamente assumidas pela recuperanda, *sem prejuízo das garantias e observado o disposto no § 1º do art. 50 da referida lei*, o qual preceitua que, na hipótese de alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição reclama o consentimento do correlato credor.

Pela relevância ao deslinde da controvérsia, oportuna a transcrição do dispositivo legal sob comento:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Registre-se que a novação operada pela recuperação judicial guarda significativas particularidades, a distinguir, substancialmente, da novação civil, prevista no art. 364 e seguintes do Código Civil.

Como é cediço, a “extinção das obrigações”, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “*os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas*” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Sobre as garantias, como visto, o art. 59, *caput*, é expresso em preservá-las, o que possibilita ao respectivo credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, à exceção do sócio com responsabilidade *ilimitada* e solidária (*ut* REsp 1.269.703/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/11/2012; AgRg no REsp

1.191.297/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 1/7/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.036/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 5/9/2013).

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência desta Corte de Justiça, conforme dão conta os seguintes precedentes:

Direito Civil e Empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação *sui generis*. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

2. *Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.*

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.326.888/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014)

Recuperação judicial. Homologação. Dívidas compreendidas no plano. Novação. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Protestos. Baixa, sob condição resolutiva. Cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação.

1. Diferentemente do regime existente sob a vigência do DL n. 7.661/45, cujo art. 148 previa expressamente que a concordata não produzia novação, a primeira

parte do art. 59 da Lei n. 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido.

2. A novação induz a extinção da relação jurídica anterior, substituída por uma nova, não sendo mais possível falar em inadimplência do devedor com base na dívida extinta.

3. Todavia, a novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a uma condição resolutiva, na medida em que o art. 61 da Lei n. 11.101/05 dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convação da recuperação em falência, com o que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

4. Diante disso, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.260.301/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

Por conseguinte, *em regra*, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, *à exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária* (§ 1º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005).

Não há dúvidas sobre a aplicabilidade desse comando legal *sempre que não houver disposição em contrário nos termos em que aprovado o plano de recuperação*.

Essa interpretação é expressamente autorizada pelo § 2º do art. 49, *in verbis*:

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.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos

encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 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.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso.

Data maxima venia, diversamente do norte hermenêutico propugnado no voto antecedente, dissuade-se da compreensão de que “os §§ 1º e 2º excepcionam a regra geral disposta no *caput* de que *todos os créditos* existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial”. E, como tal, o § 2º não poderia veicular uma exceção à exceção (prevista no § 1º).

Veja-se que os únicos parágrafos do art. 49 que retratam exceção ao caput, ou seja, que se relacionam a créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial e que não se encontram sujeitos à recuperação judicial, são aqueles mencionados nos §§ 3º e 4º, tão somente.

O §§ 1º e 2º (e 5º), do art. 49 da LRF, na verdade, conferem especificação aos créditos que se encontram submetidos à recuperação judicial, aludidos no *caput*, regulamentando-os.

O § 1º preceitua que os titulares de créditos com garantia fidejussória, *além de se submeter à recuperação judicial, poderão perseguir seu crédito, paralelamente*, contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

O § 2º, também conferindo especificação ao *caput*, preceitua *que as obrigações anteriores à recuperação judicial – e, portanto, a ela submetida – observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se o plano de recuperação dispuser de modo diverso*.

Como se constata, a lei é expressa em autorizar que o plano de recuperação judicial disponha, *eventualmente*, de modo diverso acerca das obrigações e condições originariamente contratadas, no que se inserem, inarredavelmente, as garantias.

No silêncio do plano de recuperação judicial, a lei é peremptória em possibilitar, em paralelo à recuperação judicial, a execução do mesmo crédito em face dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Todavia, a lei não veda (*nem poderia vedar, em atenção à natureza disponível dos direitos em comento*) a possibilidade de o plano de recuperação judicial estabelecer, eventualmente, cláusula supressiva de garantias – a qual, para produzir efeitos, haverá de ser aprovada pela respectiva classe de credores, em observância detida ao quórum legal.

Não se verifica, assim, nenhum óbice hermenêutico à exegese ora adotada.

Veja-se que, por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora).

Não cabe, aqui, indagar se o prosseguimento das execuções contra os coobrigados teria ou não repercussão, positiva ou negativa, na recuperação judicial, já que se trata de direito de livre disposição, cabendo somente às partes interessadas, recuperanda e credores, avaliarem sua pertinência e deliberarem a respeito, observado necessariamente o quórum legal.

Ademais, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo

quórum mínimo. Como acentuado, no processo concursal, o consentimento se dá por meio do atendimento aos quóruns previstos na lei, e não individualmente.

Importante notar que a aprovação ou rejeição de uma disposição contida no plano de recuperação judicial para os credores das Classes II e III (reais e quirografários), diversamente da Classe I (trabalhista), leva em consideração justamente o valor do crédito na respectiva classe. Assim, quanto maior for o valor do crédito, maior é o poder de influir nas deliberações da correlata classe de credores.

Na hipótese dos autos, em relação à classe II (credores com garantia real), o plano de recuperação Judicial foi aprovado por 14 credores que representam 99,76% do valor total dos créditos presentes à assembleia, restando, portanto, aprovado em conformidade com a norma inserta no § 1º, do art. 45, da LRE. No tocante à classe III (credores quirografários), o Plano de Recuperação Judicial foi aprovado por 227 (duzentos e vinte e sete) credores que representam 83,70% (oitenta e três vírgula setenta por cento) dos créditos representados em assembleia, restando, também, aprovado em conformidade com a norma inserta no § 1º, do art. 45, da LRE.

Esta foi a deliberação majoritária dos titulares de crédito quirografário e real, cuja deliberação, em sua integralidade, há de produzir efeitos a todos os seus integrantes, indistintamente.

Importante, nesse passo, tecer a seguinte assertiva: *O princípio majoritário vale para todos, indistintamente, seja no caso de aprovação, seja no caso de rejeição, inclusive no que toca à cláusula supressiva das garantias.*

Efetivamente, em absoluto respeito ao poder de voto dos credores, caso a cláusula supressiva tivesse sido rejeitada segundo o quórum legal, não poderia ter aplicação nem sequer para aqueles que votaram favoravelmente. Aliás, nesse caso, não haveria nenhuma razão idônea para que os credores, com menor poder de influir no resultado da votação, não tivessem o mesmo tratamento daqueles que votaram favoravelmente pela aprovação da supressão das garantias.

Na hipótese, como visto, os credores, com poder maior de influir no resultado da votação, segundo seu crédito na respectiva classe, compreenderam, ao contrário, ser viável suprimir as garantias fidejussórias, segundo as renúncias que se mostraram dispostos a suportar, este resultado haverá de repercutir em toda a classe, indistintamente.

Bem de ver, assim, que considerações extrajurídicas, tais como o suposto encarecimento do crédito, a fim de sustentar a inviabilidade da disposição

contratual inserta no plano de recuperação judicial, não se coadunam com a realidade dos fatos, já que são as instituições financeiras, na grande maioria dos casos (justamente pelo segmento de concessão de crédito em que atuam), os credores que possuem o maior poder de influir na votação da cláusula em comento.

Assim, caso o órgão máximo representativo dos credores delibere por assentir com a supressão das garantias fidejussórias, é de se presumir que esta providência converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes (credores) majoritariamente.

De se reconhecer, portanto, que a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial e desde que aprovado pela assembleia geral, segundo o detido quórum legal, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares de tais garantias.

Naturalmente, caso não se implemente o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

No ponto, há de se tecer um importante esclarecimento.

A supressão das garantias fidejussórias, tal como deliberado no plano de recuperação judicial aprovado e homologado, não esvazia, por completo, a via executiva contra terceiros garantidores. Definitivamente, não.

A deliberação nesse sentido, estabelecida entre credores e devedora, excepciona a regra legal do art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 e tem o condão de sobrestar, durante a consecução do plano de recuperação judicial, a via executiva contra terceiros garantidores. Descumprido o plano de recuperação judicial, a via executiva contra os terceiros garantidores restaura-se integralmente.

Como é cediço, a extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Mais do que isso. A não implementação da condição resolutiva ensejará, forçosamente, a decretação da falência. Quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito.

Ele não fará jus, por exemplo, *no caso da garantia real*, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto falencial, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos.

No caso das garantias fidejussórias, diante do descumprimento do plano de recuperação judicial, *restaura-se integralmente, como dito, a via executiva contra terceiros garantidores*.

Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares. Há, portanto, que se viabilizar a consecução do plano, tal como aprovado pelos credores, respeitados os respectivos quóruns.

Por fim, ressaí absolutamente claro que a compreensão ora exposta, de modo algum, deixa de observar os contornos do enunciado n. 581 da Súmula do STJ: “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”

A particularidade dos casos que abordam a discussão em exame reside justamente no fato de que a assembleia geral de credores, segundo detida observância do quórum legal, aprova, sem nenhuma ressalva, a supressão das garantias reais e fidejussórias.

Ressalta-se, aliás, que foi justamente essa particularidade dos autos – aprovação, segundo o quórum legal, da supressão das garantias pela assembleia geral de credores – que determinou o não conhecimento, pela Segunda Seção, dos embargos de divergência opostos ao acórdão que julgou o REsp 1.532.943/MT, cujos paradigmas citados estavam fundados no enunciado n. 581 da Súmula do STJ, que, é certo, não possuíam tal peculiaridade.

A esse propósito, transcreve-se a ementa do julgado:

Agravo interno. Embargos de divergência em recurso especial. Recuperação judicial. Assembléia de credores. Aprovação do plano de recuperação. Supressão das garantias reais e fidejussórias com aprovação da maioria dos credores da respectiva classe. Vinculação da minoria. Matéria não decidida nos acórdãos paradigmas. Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

1. Para a configuração da divergência, os acórdãos confrontados devem apresentar similitude de base fática capaz de ensejar decisões conflitantes a propósito da mesma questão jurídica.

2. O acórdão embargado, invocando o § 2º do art. 49 da Lei 11.101/2005, decidiu que o plano de recuperação judicial pode dispor sobre as garantias de modo diverso do que decorreria da regra do § 1º do mesmo artigo e do § 1º do art. 50 da LRF (regra geral da preservação das garantias originalmente contratadas). Com esse fundamento considerou inadequado “restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.”

3. Os julgados apontados como paradigmas, por outro lado, não cuidaram de hipótese em que o plano de recuperação judicial dispôs sobre a supressão de garantias com a aprovação da maioria dos credores da classe respectiva e, portanto, não decidiram a mesma questão jurídica enfrentada pelo acórdão recorrido, o que descaracteriza a divergência.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl nos REsp 1.532.943/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/11/2018, DJe 18/12/2018)

À vista disso, o entendimento atualmente prevalecente da Terceira Turma do STJ não encerra nenhuma divergência com o enunciado n. 581 da Súmula do STJ.

Em relação às garantias reais, como bem acentuado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, por ocasião do julgamento do REsp 1.797.924/MT (ao final prejudicado, por perda de objeto), [nem sequer] há regramento semelhante que possa induzir à compreensão diversa de que o plano de recuperação judicial pode estabelecer a supressão da garantia em comento, cujos efeitos dependem, de igual modo, da deliberação favorável dos credores, observado o quórum previsto em lei.

Tal como assentado, não há nenhuma razão para se obstar a possibilidade de previsão de cláusula de supressão de garantias, inclusive as reais. Afinal, no caso de descumprimento do plano de recuperação judicial, o titular do crédito com garantia real não fará jus ao bem sobre o qual recaia a sua garantia.

Com o decreto falencial, repisa-se, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, o § 1º do art. 50 da LRF presta-se a assegurar o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético de exercer sua preferência na falência, como bem ressaltou o Ministro Luis Felipe Salomão, com esteio na doutrina citada em seu voto.

Veja-se, ainda, que a regra posta no art. 50 da lei de regência especifica os modos pelos quais a empresa em dificuldade pode se valer para se soerguer à crise financeira, *o que se dará justamente por meio do cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores*, cada qual representado por suas classes.

Nesse contexto, quanto à abrangência da deliberação feita no plano, especificamente em relação à substituição de garantia real por uma de menor valor destaca-se o escólio de Fábio Ulhoa Coelho, que acentua:

Em princípio, todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do plano de recuperação aprovado em juízo. Mesmo os que haviam se oposto ao plano e votado por sua rejeição devem se curvar à decisão judicial respaldada na maioria dos credores. Não tem outra alternativa. Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustamente sacrificados.

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso.

Caso se verifique a convalidação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*. A substituição de garantia no exemplo acima cogitado se desfaz e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora. De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra 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. (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9ª edição. Editora Saraiva, 2013, p. 236)

Logo, a exigência legal de que os credores com garantia real consintam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispôs sobre tal matéria (supressão das garantias reais e fidejussórias), com ela anuíram, inegavelmente.

Descabido, assim, permitir que o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, não seja integralmente observado pelas partes envolvidas, a pretexto da aplicação do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005.

Por fim, sobre as considerações feitas pelo relator, a respeito das alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020, tem-se, com a *venia* de S. Exa., inexistir qualquer repercussão na questão ora debatida.

Entende S. Exa. que as alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020, de certo modo, reforçam a preocupação do legislador de não permitir a imposição aos credores com garantia real, sem sua anuência expressa.

Para tanto, referiu-se à introdução da Seção “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”, em que o juiz, com o propósito de viabilizar o financiamento do empresário em crise, autoriza sejam oferecidos bens pertencentes ao ativo não circulante da companhia, assim como bens de terceiros que queiram contribuir, para o financiamento da atividade empresarial (art. 69-A, da Lei n. 11.101/2005).

O Art. 69-C, prossegue o relator, autoriza a constituição de garantia subordinada, isto é, um ativo que já garante a dívida de um credor ser oferecido novamente como garantia, *sem autorização do detentor da garantia original – o que, segundo S. Exa, “se justifica porque a garantia subordinada está limitada ao excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia”*.

Renovadas vênias, tem-se que a Lei n. 14.112/2020 não introduziu nenhuma modificação, direta ou indireta, ao tratamento então ofertado pela Lei n. 11.101/2005, no tocante ao tema em discussão, relativa, especificamente, à possibilidade (eventual) de estabelecimento de cláusula supressiva das garantias reais ou fidejussórias, a ser submetida e aprovada pelos credores das respectivas classes pelo quórum legal.

Além de não haver qualquer tratamento legal específico nesse sentido, tem-se que as figuras introduzidas pela novel Lei n. 14.112/2020, citadas pelo Relator, em minha compreensão, conferem, na verdade, *mais uma vez, a oportunidade aos credores – sempre observado o modo eleito pela lei para legitimar suas deliberações, a qual se vale do critério majoritário, e não individualmente – de deliberar, por meio do Comitê de Credores, sobre o financiamento e o modo como se dará a sua consecução*.

Veja-se, pois, que os dispositivos introduzidos exigem, nos termos do art. 66 da Lei n. 11.101/2005, precedentemente a oitiva do Comitê de Credores, para, então, o juiz autorizar tais financiamentos, *in verbis*:

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. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

[...]

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, *salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores*, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

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

Art. 69-C. O juiz poderá autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

§ 1º A garantia subordinada, em qualquer hipótese, ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica a qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

Veja-se, aliás, que o art. 69-C acima reproduzido é expresso quanto à possibilidade de o *juiz autorizar – ouvido necessária e previamente o Comitê de credores – a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, **DISPENSANDO A ANUÊNCIA do detentor da garantia original, o que, permissa venia, vai ao encontro da proposição ora sustentada.***

Como se vê, as deliberações dos credores, inclusive em relação ao titular da garantia original, não são tomadas individualmente por eles, mas, sim, por meio do critério majoritário, o que referenda, também sob este enfoque, a compreensão atual da Terceira Turma do STJ.

Reitera-se, portanto, a compreensão de que, para efeito da aprovação da cláusula supressiva de garantias, seja real ou fidejussória, a concordância

individual não é exigida por lei, tomando-se o que for deliberado pela maioria classe votante, segundo o quórum legal.

Em relação à disposição prevista no art. 69-K, ao tratar da consolidação substancial (concentração de empresas do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial), esta apenas retratou a disposição já estabelecida no art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, que não tem o condão de afastar a deliberação majoritária pelos credores da respectiva classe quanto à cláusula supressiva, nos termos tangenciados no presente voto.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, peço vênua ao relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, para dar provimento ao recurso especial a fim de afastar a restrição imposta pela instância precedente, de modo a reconhecer que a cláusula de supressão das garantias reais e fidejussórias inserta no plano de recuperação judicial, aprovada pela assembleia geral, em detida atenção ao quórum legal, deve ser observada pelas devedoras e todos os credores das correspondentes classes, indistintamente.

Em relação ao agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil - China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo, acompanho integralmente o voto do relator, pelo não conhecimento.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* A controvérsia dos autos está em definir se o plano de recuperação judicial, em razão do princípio majoritário, pode estabelecer cláusula supressória de garantia real e/ou fidejussória, independentemente da concordância do credor titular.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que concedeu a recuperação às agravadas e homologou a aprovação do plano de recuperação em assembleia de credores. Homologação do plano. Condições gerais de pagamento. Decisões tomadas em assembleia geral de credores que não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia.

Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento expresso do credor titular da garantia. Súmula n. 61 deste Tribunal. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou

extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória. REsp n. 1.333.349-SP representativo de controvérsia. *Deságio*. Ausência de ilegalidade na fixação do deságio em 80%. Recurso provido em parte.

Das razões do julgado, verifica-se que:

O agravo merece acolhimento em parte.

O princípio da preservação da empresa inspira o instituto da recuperação judicial e visa a manter a fonte produtora, ou seja, da própria atividade empresarial, os empregos dela originados e, ao final, a proteção dos interesses dos credores.

Mario Sérgio Milani, firme nos ensinamentos de Misabel de Abreu Machado Derzi e Raphael Frattari, destaca que o princípio da preservação da empresa “guia as decisões tomadas entre os diversos interesses internos que nela se se compõem, representa importante parâmetro que deve pautar a aplicação da lei em cada caso e, finalmente, deverá ser o guia de interpretação, norteador das decisões judiciais.” (Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada, Malheiros, 2011, p. 199).

Consigne-se que prevalece atualmente o entendimento de que as decisões tomadas em assembleia geral de credores não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia (Enunciado n. 44, Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”).

Fábio Ulhoa Coelho vai além e defende que, mesmo aprovado pela assembleia geral de credores o plano, o magistrado poderá deixar de homologá-lo e determinar que o administrador judicial elabore com o devedor e credores um modelo alternativo de maior consistência em substituição àquele que já se pressupõe que não dará certo (Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, Saraiva, 2005, p. 163).

No mesmo sentido: Cássio Cavalli, Plano de Recuperação, p. 268-269. In: Tratado de Direito Comercial, v. 6. Coord. Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

E ainda:

Não obstante, o Judiciário brasileiro já considerou que ao Juiz é dado intervir excepcionalmente nos planos de recuperação judicial, quando a aprovação ou a rejeição, apesar de refletir o desejo majoritário da comunidade de credores, violar normas cogentes ou de ordem pública.

Os casos inicialmente enfrentados pelo Poder Judiciário ocorreram em situações inversas, quais sejam, os de planos de recuperação judicial que, apesar de aprovados pela maioria dos credores, violavam princípios de ordem pública, em especial o da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio, impondo a alguns minoritários sacrifícios desmedidos ou desproporcionais. (AI n. 0106661-86.2012.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 3.7.2014).

Inicialmente, deve ser reconhecida a abusividade das exonerações das garantias dos créditos originários.

Conforme se extrai da redação do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias.

Nesse ponto, importante registrar que o art. 50, § 1º, da referida lei, ao tratar da alienação de bem objeto de garantia real, impõe a concordância expressa do respectivo credor real a fim de autorizar a supressão ou substituição da garantia.

Em igual sentido é o disposto no art. 49, § 1º, que, ao excepcionar a regra do *caput* de sujeição dos créditos à recuperação, dispõe que os credores “conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

Da interpretação de tais dispositivos legais, se infere que “em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral” (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Excepcionalmente, corolário da liberdade de disposição patrimonial, as garantias reais “poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia” (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Em determinadas hipóteses, como ocorre no caso dos autos, foi submetida à assembleia de credores e aprovada pelo quórum legalmente exigido a liberação de todas as garantias (fs. 89/90).

Basta apurar, portanto, se os credores presentes em assembleia e favoráveis à liberação supracitada poderão impor a deliberação sobre a liberação das garantias reais e fidejussórias perante os demais credores que votarem de modo diverso ou que não deliberaram a esse respeito.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016, decidiu como inadequado “restringir a supressão de garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido”.

Em suas ponderações, o eminente Min. Marco Aurélio Bellizze asseverou que o artigo 49, § 2º, da Lei 11.101/05 impõe a manutenção das condições originalmente contratadas para as obrigações anteriores à recuperação, ressalvando a possibilidade do plano de recuperação estabelecer de modo diverso.

Assim, a deliberação em assembleia, pela necessidade de conferir tratamento igualitário aos demais credores da mesma classe, não pode restringir a aprovação da supressão das garantias reais e fidejussória prevista no plano aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido.

Concluiu que a assembleia, órgão máximo representativo dos credores, tem quórum mínimo de instalação e aprovação (art. 37 e 45, Lei n. 11.101/05), justamente para que as disposições ali insertas vinculem “de igual modo, as partes envolvidas, ou seja, a devedora e os credores, indistintamente”:

Por consectário, ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou presente, se absteve de vota ou se posicionando em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordina, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Como elemento corroborativo da tese, finaliza sustentando que a novação operada pelo plano, diferentemente da estabelecida no Código Civil, tem o escopo de reconstituir os direitos dos credores e as garantias, nas condições originalmente contratadas, caso descumprido (art. 61, § 2º, Lei n. 11.101/05).

Acrescenta que a necessidade de anuência expressa do credor com garantia real (art. 51, § 1º, Lei n. 11/101/05) está devidamente preservada porque os credores, como são representados pela respectiva classe, ao aprovarem o plano com a supressão das garantias, com ela anuíram.

Em seu voto convergente, o Ministro Moura Ribeiro buscou enaltecer a importância e a justeza das decisões tomadas em assembleia geral de credores, diante da possibilidade de negociação, bem como dos critérios objetivos para a aprovação do plano, o que afasta o “olhar individualizado de cada crédito para privilegiar uma interação coletiva e organizada dos credores”.

Reitere-se que as decisões tomadas em assembleia geral de credores não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia (Enunciado n. 44, Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”).

Ora, se é possível a revisão sob o prisma da legalidade do plano aprovado em assembleia de credores, extrai-se, de pronto, a possibilidade de que o controle verse sobre matéria que não poderia ser objeto de disposição no próprio plano.

O artigo 50, § 1º, da Lei de Recuperação Judicial estabelece que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”.

Não se desconhece que o art. 49, § 2º, da mesma lei, mantém as obrigações nas condições originalmente contratadas ou definidas em lei, ressalvando a possibilidade de estabelecimento de modo diverso no plano.

Acontece que a regra do artigo 50, § 1º, da Lei, pelo critério da especialidade, trata de modo inequívoco sobre a supressão ou substituição da garantia.

A lei autoriza a disposição pelo titular da respectiva garantia.

Portanto, respeitado entendimento em contrário, a supressão ou substituição da garantia não é matéria que deve ser autorizada pela classe, em AGC, mas sim pelo próprio credor que, diante das negociações que a Lei de Recuperação Judicial viabiliza, terá a faculdade da liberação ou troca por outra, a fim de cooperar com a recuperação a empresa em crise.

O art. 49, § 2º, Lei 11.101/05, ao preservar genericamente as condições originalmente contratadas, ressalvando o estabelecimento de modo de diverso no plano, não afasta a necessidade de concordância expressa do titular da garantia para a disposição sobre elas.

Em outras palavras, os dispositivos legais não são conflitantes, na medida em que, especificamente para os fins do art. 50, § 1º - liberação das garantias, não bastará a aprovação da respectiva classe.

Para a alteração das demais condições, bastará a aprovação no plano pela AGC, com os quóruns de instalação e aprovação previstos nos art. 37 e 45 da LRF.

Esse posicionamento vai ao encontro de parte da fundamentação utilizada pelo Ministro João Otávio Noronha, em voto divergente vencido no supracitado julgamento, nos seguintes termos: “A assembleia de credores tem poder para deliberar acerca da venda parcial de bens ou de outra medida que possa afetar o interesse dos credores, mas não sobre eventuais garantias reais sobre eles incidentes, tanto que a legislação previu exceção no referido § 1º do art. 50 do mesmo diploma legal”.

Sob sua ótica, o direito real de garantia tem tratamento específico no Código Civil e possui características específicas como o direito de sequela e a indivisibilidade, que impede a liberação da garantia sem a anuência do credor, sob pena de ferir o ato jurídico perfeito.

Enfatiza, ainda, que admitir o contrário ensejaria um “desequilíbrio entre as normas que regem a matéria, o que, no Direito, não se justifica sob nenhum enfoque”.

Por fim, o Ministro João Otávio Noronha ressalta que “esse modo de proceder não criou distinção entre credores da mesma classe, porquanto a regra

instituída na legislação de que, para a supressão ou substituição de garantia real, é necessária a anuência expressa é medida a ser tomada individualmente pelos credores titulares da garantia. No caso, se alguns concordarem em abrir mão de suas garantias e, nos casos das reais, deixar o respectivo bem livre e desembaraçado para qualquer fins, foi por opção própria, não podendo obrigar os demais”.

Nesse sentido, é a Súmula 61 do TJ/SP: “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”.

Acrescente-se a isso a lógica de que, não raras as vezes, apenas parte dos bens garantidos por direito real de garantia poderão ser afetados pelo plano (art. 50, XI, Lei n. 11.101/05), operando-se tratamento diferenciado apenas em desfavor dos titulares das garantias que recaiam sobre tais bens, porque liberadas pela classe.

No que se refere à extinção das ações em face das empresas do grupo Tonon, sem razão o agravante.

O art. 59 da Lei n. 11.101/05 dispõe que o plano de recuperação aprovado implica novação das obrigações envolvendo os créditos anteriores ao pedido, estabelecendo a partir daí uma condição resolutiva vinculada ao cumprimento integral do plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/05).

Deve-se firmar o entendimento de que a novação não interfere nas garantias ofertadas pelas recuperandas, ou seja, nas garantias dos débitos sujeitos ao plano:

Em suma, prevalece o entendimento doutrinário e pretoriano, no sentido de que, concedida a recuperação judicial, a novação dela decorrente afeta, exclusivamente, as obrigações da empresa- devedora constituídas até a data do pedido.

Outrossim, a novação não atinge os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e, especialmente, avalistas, haja vista a autonomia do aval. (Manoel de Queiroz Pereira Calças, Tratado de Direito Comercial, Falência e Recuperação de empresa, Direito Marítimo, Coord. Fábio Ulhoa Coelho, Saraiva, 2015, p. 308).

A questão está pacificada no Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso representativo de controvérsia, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, caput, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, caput, da Lei n. 11.101/2005. 1. Para efeitos do art. 543- C do CPC: “A recuperação judicial do devedor principal não impede

o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005". 2. Recurso especial não provido (REsp n. 1.333.349-SP, j. 5.9.2014).

O Min. Luis Felipe Salomão define que a novação não obsta o prosseguimento das ações e execuções em face de terceiros devedores, seja no período de processamento da recuperação judicial, seja após a homologação judicial do plano aprovado:

"Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

4. Ambas as Turmas de Direito Privado têm entendimento uniforme acerca do tema, seja na primeira fase da recuperação - processamento -, seja na segunda - concessão da recuperação depois de aprovado o plano." Frise-se o disposto no enunciado da Súmula n. 581 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória".

Conforme entendimento consolidado nesta Câmara, "a novação das dívidas existentes em nome da recuperanda não altera as garantias eventualmente existentes em favor dos credores, e isto deve ficar claro" (Al. n. 2185033-10.2015.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, j. 16.3.16).

A cláusula 2.1.1, que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamentos de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações promovidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Exceção feita aos garantidores, as ações de execução promovidas em face das agravadas e de “seus controladores, suas controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico”, segundo a cláusula 12.3 transcrita a fs. 14, devem ser extintas em decorrência da aprovação do plano de recuperação sem que isso implique ilegalidade da cláusula, pois é consequência da novação das obrigações relacionadas com os créditos sujeitos ao plano e favorece o soerguimento das recuperandas.

Não há, de todo modo, interesse em se manter tais ações de execução se os créditos serão pagos na forma fixada pelo plano de recuperação homologado pela maioria dos credores.

Por fim, o deságio em 80% do crédito relativo aos credores da Classe III quirografários, não se mostra abusiva na medida em que houve votação e aprovação expressa na classe, bem como se coaduna com o princípio da preservação da empresa.

Não se ignora que o percentual de deságio é elevado, mas a abusividade deve ser verificada no conjunto fático para então se aferir se há afronta ao princípio da boa-fé e aos fins sociais e econômicos, o que não está presente:

Recuperação judicial. Plano aprovado em assembleia de credores e homologado judicialmente. Alegação de ilegalidades e abusividades. Deságio de 70%, índice de correção monetária pela TR, carência de 12 meses, prazo de pagamento de 144 meses e ausência de previsão. Lei que atribui à assembleia de credores o poder de aprovar, modificar ou rejeitar o plano. Art. 35 I “a” LRF. Caráter contratual. Ausência de afronta à Constituição Federal, legislação infraconstitucional, boa-fé ou princípios gerais de direito. Enun. CJF 44. Viabilidade econômica do plano que foge do alcance de exame do Poder Judiciário. Enun. CJF 46. Recurso desprovido (Al. n. 2249187-37.2015.8.26.0000, Rel. Teixeira Leite, j. 20.04.2016).

De qualquer modo, as medidas adotadas pelas agravadas para superar a crise financeira é questão pertinente ao exclusivo exame dos credores, não cabendo ao Poder Judiciário verificar sua viabilidade se não há ofensa direta às normas constitucionais ou infraconstitucionais, tampouco aos princípios contratuais e empresariais de ordem pública.

Fica reformada em parte a r. decisão agravada, para ressaltar afastar a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservar direito de o credor ajuizar e prosseguir com ação ou execução em face de terceiros coobrigados das agravadas.

Nessas condições, não havendo qualquer outra ilegalidade do plano aprovado em assembleia geral de credores, era mesmo de rigor a sua aprovação.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

(fls. 374-389)

2. Nesse passo, como se sabe, com o deferimento do processamento da recuperação judicial, o magistrado, entre outras providências, nomeia administrador judicial e determina a expedição de edital para publicação no órgão oficial, de modo a permitir a habilitação dos créditos e a apresentação de objeções ao plano de recuperação judicial (art. 52, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Havendo objeção de qualquer credor, o juiz deverá convocar assembleia geral de credores, que é o órgão máximo de deliberação no processo recuperacional.

Compete a ela a aprovação, rejeição ou modificação do plano de reestruturação apresentado pelo devedor ou de planos alternativos, bem como a apreciação das objeções/oposições suscitadas ou de qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores (arts. 35, inciso I, alíneas “a” e “f”, e 56, *caput*, da Lei n. 11.101/2005). Em se tratando de verdadeira *mesa de negociações*, não há rigidez em suas deliberações, mas sim certa maleabilidade nas tratativas entre os credores para a conciliação de interesses relativos aos propósitos de reestruturação estabelecidos pelo devedor; sem tal compatibilização, a preponderância da vontade dos credores poderia desordenar o intuito de soerguimento da empresa, levando-a, muito possivelmente, à bancarrota, o que prejudicaria exponencialmente as pretensões creditícias.

Nesse cenário, à luz da conhecida “teoria dos jogos”, fala-se em interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação.

Por meio da discussão do Plano de Recuperação Judicial, cabe à empresa devedora, de um lado, projetar seu fluxo de caixa futuro, de modo transparente, a fim de estipular a verdadeira capacidade de pagamento das obrigações firmadas perante os credores, e, por outro lado, que esses credores aprovem tal prospecto de forma célere, ainda que isso resulte na abdicação de alguns direitos.

Nessa perspectiva, quando o plano de reestruturação não for impugnado por nenhum credor (aprovação tácita) ou tiver sido aprovado pela assembleia geral (o que implicará a preclusão lógica das objeções suscitadas), incumbirá ao juiz conceder a recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos legais, nos termos do art. 58 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 58. *Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Desse modo, segundo a jurisprudência do STJ, “*no processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho*” (REsp 1.587.559/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 22/05/2017).

Assim, em havendo a aprovação, tácita ou expressa, do plano de reorganização, caberá ao juiz conceder a recuperação judicial se atendidos os requisitos de validade do novo negócio jurídico estabelecido entre o devedor e os credores reunidos em assembleia (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma adequada; e vontade exteriorizada conscientemente de forma livre e desembaraçada) e aqueles específicos insertos na Lei n. 11.101/2005.

3. Como sabido, a aprovação do plano de recuperação judicial implica a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias (LREF, art. 59).

Após intensos debates acerca da posição a ser assumida por quem, juntamente com a empresa recuperanda, figurou como coobrigado em contratos ou títulos de crédito submetidos à recuperação, o STJ, em recurso repetitivo, definiu a tese de que “*a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial,*

real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005” (REsp 1.333.349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015).

Posteriormente, tal entendimento ficou sedimentado na *Súm. 581 do STJ*: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*”

Naquela oportunidade, algumas premissas foram definidas em relação à novação.

A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, ordinariamente, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia” ou, como se verá, a depender da garantia, por ocasião de cláusula específica prevista no plano.

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Diante disso, concluiu-se que o plano de recuperação judicial acaba por operar uma *novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva*, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Dessarte, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, *as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.*

Não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

Portanto, mostra-se *descabida a suspensão das ações, em razão do processamento da recuperação, ou sua extinção, por força da alegada novação operada pelo plano, estando o credor autorizado a exercer seus direitos contra os garantidores com a manutenção de ações e execuções em desfavor de fiadores, avalistas e coobrigados em geral.*

4. Diante disso, subjaz, como dito, a discussão em relação à possibilidade ou não de se estabelecer, no plano de recuperação, cláusula de supressão das garantias reais e fidejussórias, estendendo a novação recuperatória aos coobrigados e garantidores do crédito, seja para suspensão das ações e execuções, seja para novação condicional do crédito.

Trata-se, essencialmente, da interpretação dos arts. 49, §§ 1º e 2º, 50, § 1º, e 59 da Lei n. 11.101/2005 a ser conjugada com todo o sistema recuperacional.

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.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei

[Art. 50. § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia].

Existem basicamente quatro posições a respeito do tema:

i) a *primeira* entende que *é ilegal a cláusula de supressão de garantias prevista no plano de recuperação*, uma vez que acaba impondo aos credores a desconsideração das garantias prestadas nos contratos que deram origem aos créditos objeto da novação, exonerando coobrigados, fiadores e avalistas; por conseguinte, deve haver o prosseguimento das execuções e ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados, já que o plano vincula apenas às partes envolvidas (devedor em recuperação e credores);

ii) a *segunda* corrente, adotada pela il Relatora, advoga a tese de que *o Plano de Recuperação poderá novar a dívida dos coobrigados, desde que a eficácia*

de tal cláusula supressória se limite aos credores que a aprovaram sem ressalvas, não podendo alcançar os credores ausentes, os que não votaram (apesar de presentes) e os que votaram contrariamente à aprovação do plano – entendimento consubstanciado por parcela da Terceira Turma (Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi), conforme se extrai de votos prolatados nestes autos e no REsp n. 1.700.487/MT;

(iii) a terceira corrente, por sua vez, defende que a cláusula supressória será existente, válida e eficaz para todos os credores da recuperanda, ainda que tenham votado contra os termos do plano ou efetivado qualquer ressalva sobre referida disposição, bastando para tanto que tenha havido a aprovação pelo quorum legal, devidamente homologado pelo juízo. É a tese majoritária da Terceira Turma do STJ, corroborada pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino (conforme manifestações no REsp n. 1.700.487/MT).

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Recurso especial. Plano de recuperação. 1. Delimitação da controvérsia. 2. Tratamento diferenciado. Credores da mesma classe. Possibilidade. Parâmetros. 3. Convolução da recuperação em falência. Convocação de assembleia de credores. Desnecessidade. 4. Previsão de supressão das garantias reais e fidejussórias devidamente aprovada pela assembleia geral de credores. Vinculação da devedora e de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial parcialmente provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convolução da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão.

Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

3. O devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano

e requerida a convalidação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que complete exclusivamente ao juízo da recuperação.

Por maioria de votos.

4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.

4.1 Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.

4.2 Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).

4.3. Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4.4 Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.

4.5 No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art.

50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.700.487/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019)

(iv) a quarta, capitaneada pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, é uma solução intermediária e que, conforme será demonstrado, é a por mim defendida.

5. De fato, apesar de a recuperação judicial do garantido (avalizado ou afiançado) não importar em nenhuma consequência em relação aos direitos do credor contra o garante (avalista ou fiador), penso ser possível, em razão da soberania da assembleia de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação, inclusive quanto às objeções/oposições suscitadas, que se estabeleça cláusula supressória das garantias, em verdadeira novação recuperacional *ex lege*, ainda que a proposta que ora se apresenta seja um tanto mitigada.

Isto porque, dentre os instrumentos previstos no art. 50 da LRE para a confecção do plano de recuperação (rol exemplificativo), pode ser incluída a referida disposição especial, em que os envolvidos (credores e devedor), diante da autonomia da vontade, venham a decidir não mais exigir, de forma imediata, a dívida em relação aos seus garantidores e coobrigados.

Não se pode olvidar que o processo de negociação entre devedor e credores na recuperação judicial é muito diverso de uma mera negociação de direito privado, sendo fortemente regulado pela norma. Prova disso é que “o plano aprovado pela maioria vincula a minoria de credores, numa solução incompatível com o regime de uma negociação de direito privado. Além disso, a negociação entre devedor e credores no processo de recuperação é conduzida e presidida pela autoridade judicial, que pode interferir no seu desenvolvimento, inclusive para superar o veto imposto por determinada classe de credores à aprovação do plano (art. 58, § 1º)” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior. São Paulo: RT, 2007, p. 295).

É de se considerar, no entanto, que eventual convolação da recuperação judicial em falência acarretará a desconstituição da novação recuperacional, com a ripristinação da situação anterior, em que “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

6. Em verdade, penso que se deve adotar um meio-termo entre aquelas soluções adotadas pela Terceira Turma do STJ: *a depender do tipo de garantia do crédito, poderá ser exigida ou não a concordância do credor titular, ainda que a cláusula de supressão tenha sido aprovada pelo plano de recuperação judicial.*

De fato, com relação à fiança, ao aval e ao direito de regresso, *garantias fidejussórias* (de direito pessoal), por haver expressa disposição legal e por se tratar de exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano, *elas não podem ser afastadas automaticamente.*

Como sabido, em busca de maior segurança no adimplemento do débito, os credores têm exigido do devedor certas garantias, que inclusive refletem no custo de concessão do crédito. A garantia pessoal é aquela em que terceiros se responsabilizam, acrescentando o seu patrimônio, pelo pagamento da dívida. Em relação a esse tipo de garantia, por haver expressa disposição de lei – “*os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, LREF)*” –, tornou inalcantável a modificação da garantia pela simples aprovação do plano de recuperação.

Deveras, a novação “não opera qualquer mudança nos direitos dos credores em relação às obrigações cambiárias (avais e endossos) de coobrigados e obrigados de regresso porque autônomas em relação à principal. Esta conclusão está em sintonia com o disposto no art. 365 do Código Civil” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 225).

Aliás, tal dispositivo, apesar de inserido numa nova ordem recuperacional e falimentar, traz a exegese histórica da antiga concordata, segundo a qual “a concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso” (art. 148 do Decreto-Lei n. 7.661/1945).

Como pondera o escólio dos clássicos, os garantes fidejussórios continuavam a responder regressivamente, nos termos originalmente contratados e de forma integral:

TRAJANO MIRANDA VALVERDE:

A concordata não nova a obrigação, vale dizer, o credor não adquire com a concordata um novo direito. Se a concordata é rescindida, e, em consequência, aberta, ou reaberta a falência, o seu crédito não está sujeito a novo processo de verificação.

Continuará a figurar no passivo pelo mesmo montante, se nenhum pagamento parcial foi efetuado pelo concordatário. *Terceiros interessados na concordata são, de modo geral, todos aqueles que respondem com o concordatário pelo pagamento de obrigações reguladas na concordata. Entram nesta classe não só o fiador da concordata, cuja responsabilidade é limitada às condições que formam o conteúdo da concordata, como também os coobrigados com o concordatário, seus fiadores e os obrigados por ação regressiva, cuja responsabilidade é integral, se o título ou a lei não dispõe o contrário. O artigo, a exemplo de outras legislações, declara que a concordata não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis pela via de regresso. É a solidariedade passiva, contratual ou legal, simultânea ou sucessiva, em obrigações sujeitas aos efeitos da concordata. O decreto revogado concedia a esses co-devedores o direito de discutir a proposta da concordata, cujos efeitos repercutem, sem dúvida, no seu patrimônio. Quanto mais alta for a percentagem oferecida pelo devedor principal, o concordatário, menor será o prejuízo deles.*

(*Comentários à Lei de Falências*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 262-264)

PONTES DE MIRANDA:

A concordata não tem eficácia novativa, *nem libera os coobrigados do devedor, nem os fiadores dos coobrigados, nem os que respondem regressivamente* (1961, p. 108, § 3.470).

[...]

Os coobrigados com o concordatário ficam incólumes; os credores podem ir contra eles como se nada houvesse ocorrido. Obrigados solidários, fiadores, donos de bens dados em garantia, obrigados de regresso, coobrigados cambiários e cambiariformes, todos continuam obrigados como estavam antes da concordata. Os que pagam as dívidas e se sub-rogam pessoalmente aos credores satisfeitos podem habilitar-se à percentagem concordatícia. Com a sentença que julga cumprida a concordata (sentença de cumprimento da concordata), nenhum credor, que recebeu percentagem, tem ação para haver a diferença entre o recebido e o que lhe era devido, nem subsiste crédito sem pretensão, nem obrigação natural. Se há responsabilidade de outrem, muda de figura.

O credor do concordatário e de coobrigado tem ação para desse receber todo o crédito, ou para receber o restante, se teve a percentagem concordatícia. Se o coobrigado também pediu e obteve concordata, ou se lhe foi decretada a falência, tem o credor, que recebeu a percentagem falencial, ou a percentagem que lhe coube na concordata do coobrigado, a ação para receber o restante na concordata do devedor.

O art. 27 e seus § 1º e 2º são invocáveis, por se tratar de regras jurídicas que apenas exprimem princípios.

(*Tratado de direito privado*. v. 30. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, pp. 108-109).

No direito estrangeiro, aliás, a solução que vem sendo adotada segue essa linha de raciocínio, conforme aponta Manoel de Queiroz Pereira Calças:

Na **Argentina**, a Lei n. 24.522, que regulamenta os concursos e quebras, estabelece no art. 55: "*Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios*" ("Novação. Em todos os casos, o acordo homologado importa a novação de todas as obrigações com origem ou causa anterior ao concurso. Esta novação não causa a extinção das obrigações do fiador nem dos codevedores solidários", tradução livre do autor).

[...]

Em **Portugal**, o Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei n. 200/2004, de 18 de agosto), no 21T artigo, n. 4, preconiza: "As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor *não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os convedores ou terceiros garantes da obrigação*, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos."

[...]

Na **Itália**, foi aprovado, em 16 de janeiro de 2006, "*Il Nuovo Codice del Fallimento e delle Altre Procedure Concorsuali*" (Novo Código de Falência e de Outros Procedimentos Concurais) pelo Decreto-Lei n. 5, de 2006, que em seu art. 135 preconiza:

"*(Effetti del concordato). Il concordato omologato e obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione Ai passivo. A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi. I creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso*" ("Efeito da concordata. A concordata homologada é obrigatória para todos os credores anteriores à abertura da falência, compreendendo aqueles que não tenham apresentado pedido de admissão ao passivo. A estes, porém, não se estendem as garantias dadas na concordata por terceiro. Os credores conservam suas ações por inteiro crédito contra os coobrigados, os fiadores do falido e os obrigados pela via de regresso", tradução livre do autor).

(Revista do Advogado n. 105, de setembro de 2009, Ano XXIX, editado pela ASSP - Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 124-125)

Na perspectiva da atual legislação e tendo em conta a exegese histórica da norma, penso que, diante da previsão normativa específica do art. 49, § 1º, *devem ser mantidos os direitos, privilégios e garantias titulados pelos credores que*

não anuírem com a supressão de suas garantias, mercê da deliberação assemblear em sentido diverso, sendo possível, no entanto, a derrogação convencional de tal prerrogativa por se estar diante de direito disponível, tratando-se de interesse eminentemente privado.

Como bem destacou o Ministro Ricardo Cueva, “inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que a novação não se estende aos coobrigados (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco *animus novandi*” (REsp n. 1.700.487/MT).

Portanto, só há falar em eficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados (“cláusula supressória”) se houver manifestação do credor titular da garantia fidejussória nesse sentido (bastando que o credor se posicione favoravelmente à proposta assemblear de soerguimento para se conferir eficácia à cláusula) ou, ainda, se futuramente vier a existir previsão legal específica conferindo tal autorização.

No que toca à fiança, importa destacar que, apesar de se tratar de obrigação acessória que deveria seguir a sorte da obrigação principal, por opção legislativa, o fiador deverá continuar respondendo pela dívida se o devedor estiver em recuperação judicial. A *ratio*, ao que parece, é porque, nos termos da norma, em aberto o concurso de credores, o benefício de ordem deverá ser afastado, por se tratar de devedor “insolvente [concordatário ou recuperando] ou falido” (CC, art. 828, III).

No ponto, com maior razão em relação ao avalista, haja vista a força dos predicados do título crédito, notadamente a sua autonomia em relação à obrigação principal, nos termos dos arts. 32 da Lei Uniforme de Genebra - LUG e 899 do Código Civil.

A Segunda Seção do STJ, inclusive, firmou o posicionamento de que “o aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente” (EAg 1.179.654/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/03/2012, DJe 13/04/2012).

7. No entanto, *relativamente aos direitos reais de garantia*, a conclusão é diversa.

É que, nesses casos, “os créditos hipotecários, pignoratícios e anticréticos (objetos de direito real de garantia) sujeitam-se aos efeitos da recuperação judicial, isto significa que todos os elementos da obrigação podem ser alterados. Não somente o seu valor pode ser reduzido ou o seu vencimento dilatado, mas também a garantia pode ser reduzida, substituída ou mesmo suprimida. Nada há, na lei, que importe tornar a garantia (quando sujeito o crédito aos efeitos da recuperação judicial) um dos elementos da obrigação que estaria por assim dizer imune à novação recuperacional” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 3. ed. em *e-book* baseada na 13. ed. impressa, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, item 123-A).

Com efeito, não havendo nenhum dispositivo da legislação de regência que obste a novação de direitos reais de garantia, mostra-se plenamente possível, a meu juízo, que o plano de recuperação, aprovado pela assembleia, tenha o poder de novar o crédito principal e as correspondentes *garantias de direito real*, inclusive suprimindo-as, reduzindo-as ou substituindo-as, sob pena de equipará-los aos créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Assim, ainda que o credor venha a se opor ou a votar pela rejeição da supressão de suas garantias reais, deverá submeter-se à decisão soberana do órgão máximo representativo dos credores, nos termos do quórum dos arts. 37 e 45 da Lei de regência.

É de se reconhecer, portanto, que a supressão de garantia de direito real, tal qual está previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares dessas garantias.

Destaque-se que a dicção do art. 50, § 1º da LREF – “*na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia*” – por si só não é apta a afastar esse entendimento.

Na verdade, conforme bem pontua a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, tal normativo é voltado “a assegurar que o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético possa exercer *sua preferência na liquidação falimentar*”, pois “*a finalidade deste direito resume-se a tornar efetiva a preferência na hipótese de convocação em falência e não importa em limitar a sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial*” (*ob. cit.*, item 123-A).

Além do mais, a exegese do § 2º do art. 49 da LREF acaba por autorizar que a deliberação assemblear disponha, no plano de recuperação, a supressão do direito de garantia real, já que *a restrição interpretativa do dispositivo, segundo as regras de hermenêutica, volta-se apenas ao § 1º (garantias fidejussórias)*. Dispõe a norma que:

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*.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial*.

Realmente, penso estar correta a assertiva da Ministra Nancy Andrichi, ao interpretar referido dispositivo, de que “as regras de hermenêutica não autorizam concluir que a previsão legal de que o plano de soerguimento possa dispor de modo diverso sobre as condições das obrigações originalmente contratadas seja estendida às garantias [fidejussórias] pactuadas. *Isso porque a norma que confere aos credores o direito de manutenção de seus direitos e privilégios em face de coobrigados, fiadores e obrigados de regresso está aposta no parágrafo imediatamente anterior do mesmo dispositivo legal, de modo que seu substrato fático não pode, por imperativo lógico, ser abarcado pela regra do parágrafo subsequente*”.

De fato, os §§ 1º e 2º excepcionam a regra geral disposta no *caput* de que *todos os créditos* existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. O § 1º *excepciona as garantias fidejussórias*, determinando que elas *não podem ser atingidas* pela recuperação judicial. Já o § 2º traz outra exceção (que não pode colidir, por óbvio, com a primeira), segundo a qual *as condições originalmente previstas* (valores, prazos, encargos) para cumprimento das obrigações anteriores ao pedido – *ressalvadas as garantias fidejussórias, pois já excluídas da recuperação pelo § 1º* – poderão ser modificadas pelo plano de soerguimento.

8. Por conseguinte, a exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano de recuperação volta-se unicamente às garantias fidejussórias. Não há nenhuma vedação no tocante à modificação das garantias de direito real pelo plano de recuperação, pois, reafirme-se, a limitação dispositiva ao plano de recuperação do § 2º se deu apenas em relação ao seu parágrafo antecessor (coobrigados, fiadores e obrigados de regresso).

Assim, caso os credores em assembleia, devidamente representados por sua respectiva classe, decidam pela supressão dos direitos reais de garantia – ainda que um credor não compareça à deliberação ou, mesmo presente, abstenha-se de votar ou se posicione contrariamente –, toda a universalidade de credores estará a ele sujeito, necessariamente, devendo tal decisão ser tida como um sacrifício válido a ser suportado pela minoria vencida (ou não votante) em detrimento da maioria.

Outrossim, conforme bem asseverado pelo Ministro Marco Bellizze, “quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito. Ele não fará jus, por exemplo, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto falencial, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares” (REsp n. 1.700.487/MT).

É nesse sentido a precisa conclusão de Fábio Ulhoa Coelho:

Em suma, o plano de recuperação aprovado pela assembleia de credores pode novar o crédito suportado em direito real de garantia, inclusive suprimindo, reduzindo ou substituindo a garantia real. Caso ela não pudesse ser alcançada pela novação, o estatuto jurídico do crédito seria outro, isto é, em vez de sujeito, estaria numa situação assemelhada aos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Ressalte-se, contudo, que eventual convolação da recuperação judicial em falência acarretará a desconstituição da novação recuperacional. Neste caso, para assegurar que o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético possa exercer sua preferência na liquidação falimentar, a LF estabelece que o bem onerado não pode ser alienado sem a concordância daquele (art. 50, § 1º). A finalidade deste direito resume-se a tornar efetiva a preferência na hipótese de convolação em falência e não importa em limitar a sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

No julgamento do Recurso Especial 1.523.943-MT, o STJ adotou, por maioria, este entendimento relativamente às garantias reais.

De acordo com o relator, Min. Marco Aurélio Bellizze, “ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou, presente, se absteve de votar ou se posicionado em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordinam, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que

refuge dos propósitos do instituto da recuperação judicial. De se reconhecer, portanto, que a supressão das garantias reais (...), tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares de tais garantias. Naturalmente, caso não se implemente o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas' (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). (...) Assinala-se, ainda que a necessidade de que os credores com garantia real consentam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, contemplada no art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, na hipótese dos autos, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispõe sobre tal matéria (supressão das garantias reais (...)), com ela anuíram, inegavelmente”.

A este entendimento, opôs-se o Min. João Otávio de Noronha, vencido: “o § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005 faz referência à necessidade de anuência expressa do credor para a supressão ou substituição de garantia real no caso de alienação do bem com ela gravado, porquanto o legislador previu como um dos meios eficazes para a recuperação da empresa a venda de bens. Contudo, é evidente que a única interpretação que se lhe pode atribuir é que essa exigência se aplica a todos os casos em que haja a liberação total ou parcial ou a substituição da garantia real. Admitir forma diversa ensejaria um desequilíbrio entre as normas que regem a matéria, o que, no Direito, não se justifica sob nenhum enfoque”.

Há, contudo, que se ressaltar, data venia, o acerto do voto vencido acerca das garantias fidejussórias. A maioria tratou igualmente os dois gêneros de garantias (reais e fidejussórias), mas a lei as distingue. Com ênfase, enquanto não se encontra nenhuma norma legal obstando a novação de direitos reais de garantia, em relação às garantias fidejussórias (aval ou fiança prestados naturalmente por terceiros), há disposição expressa tornando-as inalcançáveis pela recuperação judicial do garantido: art. 49, § 1º.

(Op. cit, item 123-A)

9. Na hipótese, o Tribunal de origem afastou a cláusula do plano de recuperação que previa a exclusão de todas as garantias, nestes termos:

A cláusula 2.1.1, que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamentos de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações promovidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Dessa maneira, deve ser reconhecida a ineficácia da cláusula supressória apenas em relação às garantias pessoais e desde que não tenha havido anuência dos respectivos titulares, sendo, no entanto, plenamente eficaz no que tange às garantias reais.

10. Ante o exposto, pedindo vênica aos Ministros que votaram de forma divergente, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a ineficácia da cláusula supressória apenas em relação às garantias pessoais e desde que não tenha havido anuência dos respectivos titulares; entretanto, reconheço a plena eficácia da cláusula quanto à supressão das garantias reais.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: O julgamento do presente *recurso especial* busca definir se a *supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe*, mesmo aqueles que não tenham concordado com a supressão ou que não tenham comparecido à deliberação.

O eminente Relator, *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, em seu ilustrado voto, defende que a supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, vincula somente os credores que tenham concordado expressamente.

Passo ao voto-vista.

De início, é de se destacar a existência de precedentes desta Corte admitindo que a supressão de garantias reais e fidejussórias, decididas em assembleia-geral de credores de sociedade submetida a regime de recuperação judicial, deve ser estendida aos credores ausentes ou sucumbentes na votação.

O primeiro precedente a analisar o tema foi o *REsp 1.388.948/SP*, julgado pela eg. *Terceira Turma* sob a relatoria do eminente *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino*. O recurso foi movido por *Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda*, sociedade empresária do setor *sucroalcooleiro*, e o julgado está assim ementado:

Recurso especial. *Recuperação judicial*. Agravo de instrumento. *Plano de recuperação aprovado. Novação de créditos anteriores ao pedido de recuperação. Inexistência de esvaziamento, substituição ou supressão de garantias reais* (penhora agrícola de safras). Harmonização entre o art. 50, § 1º, da Lei 11.101/05 e o art. 1.443 do Código Civil.

1. Discussão vertida no curso de processo de recuperação judicial grupo econômico (Grupo Alta Paulista) especializado na produção e comercialização de açúcar e álcool extraídos das lavouras de cana-de-açúcar.

2. *Polêmica em torno da garantia real consubstanciada em penhor agrícola de safras de cana-de-açúcar, produtos e subprodutos, relativa à colheita de 2011/2012.*

3. A finalidade da recuperação judicial é permitir o soerguimento da empresa atingida por dificuldades.

4. *Perderia o seu sentido o processo de recuperação de sociedades empresárias em dificuldades financeiras se os créditos abarcados pela recuperação restassem ileso a alterações.*

5. *A lógica do sistema de recuperação é singela, atribuindo-se a maioria de credores, conforme o volume de seus créditos, a decisão acerca de seu destino.*

6. *O interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembléia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consinta e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembléia não participaram.*

7. Nesse panorama, deve-se preservar o plano de recuperação.

8. Preservação não apenas dos interesses dos credores, mas também das próprias garantias contratadas, fazendo, na espécie, aplicar-se o art. 1.443 do CCB, cuja incidência não ofende o quanto disposto no § 1º do art. 50 da Lei 11.101/05, já que não se estará a substituir o penhor agrícola das safras, nem a suprimi-lo, restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação.

9. Impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação.

10. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.388.948/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 08/04/2014)

Naquele julgamento, a *Ministra Nancy Andrighi* (voto-vista) e o *Ministro Sidnei Beneti* votaram com o Relator. Não participaram do ato os *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente)* e *João Otávio de Noronha*.

No aludido primeiro julgado, como se viu, ficou assente o entendimento de que “*o interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembléia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la*

substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consentam e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembléia não participaram". Ademais, foi permitido que o penhor agrícola incidente sobre a safra de cana-de-acúcar de determinado ciclo cultural incidisse sobre a safra do ciclo subsequente, nos termos do art. 1.443 do CC/2002.

Dessa forma, embora se tenha admitido, como pressuposto teórico, a extensão da supressão de garantia real a todos os credores da respectiva classe, no caso concreto tal premissa acarretou apenas a substituição do bem garantia por outro bem, a safra subsequente, de modo que, na prática, a garantia real não foi propriamente suprimida.

Em suma, embora a higidez da garantia tenha sido afastada momentaneamente, ao final, acabou sendo preservada, pois, na prática, o que sucedeu foi apenas a substituição do bem dado em garantia por outro da mesma natureza, em momento posterior.

Contudo, em outro julgado, lavrado por maioria, também no âmbito da eg. *Terceira Turma* do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento acerca da possibilidade da supressão das garantias reais e fidejussórias foi aplicado de forma ainda mais contundente. O precedente possui a seguinte ementa:

Recurso especial. *Controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado* pela assembléia geral de credores. Possibilidade, em tese. Previsão de *supressão das garantias fidejussórias e reais* no plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela assembléia geral de credores. *Vinculação, por conseguinte, da devedora e de todos os credores, indistintamente*. Recurso especial provido.

1. *Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembléia geral de credores. A atribuição de cada qual não se confunde. À assembléia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada. Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes.*

2. *A extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutive, por expressa disposição legal, "os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas" (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).*

2.1 *Em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.*

2.2 *Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).*

3. *Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembléia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.*

3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4. *Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe de 10/10/2016)

Votaram com o Relator, os *Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino*. O *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva* declarou impedimento e o *Ministro João Otávio de Noronha* votou vencido.

O Relator, eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, em síntese, fundamentou seu voto na interpretação dos arts. 49, § 2º, e 50, § 1º, da Lei 11.101/2005, adotando a doutrina de **Fábio Ulhoa Coelho**, afirmando que, “*conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso*” (fl. 13 do acórdão).

Os dispositivos legais possuem a seguinte redação:

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.

§ 2º *As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.*

§ 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.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

.....

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Dessa maneira, conclui que, “ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou, presente, se absteve de votar ou se posicionado em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordinam, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial” (fl. 15 do acórdão).

De outra banda, em seu voto divergente, que ora se destaca, por oportuno, o eminente *Ministro João Otávio de Noronha* defende, também em apertada síntese, que “admitir que a assembleia geral de credores possa deliberar sobre a supressão ou substituição de garantias reais, desvinculada de qualquer meio de recuperação judicial, ou seja, sem que isso tenha reflexo no interesse dos credores, mas tão somente nos interesses próprios da empresa e de seus sócios, é atribuir-lhe um poder que a própria legislação restringiu, o que entendo não ser possível” (fl. 27 do acórdão). Arrimado no escólio de **Melhim Namem Chalhub**, concluiu que “decorre do direito de sequela a possibilidade de a assembleia geral de credores deliberar sobre a venda de bem gravado com garantia real, tendo em vista que ao credor é dado o direito de seguir o bem, pouco importando que ele venha a ser alienado por ato inter vivos ou mortis causa” (fl. 28 do acórdão).

Os Banco do Brasil S/A, Banco Santander S/A e Banco Industrial e Comercial S/A opuseram embargos de declaração que foram rejeitados.

Na ocasião do julgamento dos embargos de declaração, o eminente *Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva* apresentou voto-vista divergente, no sentido de que a supressão das garantias não poderia ser estendida a credores que não compareceram à assembleia ou aos que, presentes, abstiveram-se de votar ou dela discordaram.

Em outra oportunidade, a eg. Terceira Turma novamente se debruçou sobre o tema, no julgamento do *Recurso Especial n. 1.700.487/MT*, de relatoria do eminente *Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva*, que apresentou voto, ao final vencido, sustentando que a supressão das garantias não poderia ser estendida a credores que com ela não assentiram expressamente.

A relatoria para o acórdão ficou com o eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, que apresentara o primeiro voto divergente, ficando o julgado assim ementado:

Recurso especial. Plano de recuperação. 1. Delimitação da controvérsia. 2. Tratamento diferenciado. Credores da mesma classe. Possibilidade. Parâmetros. 3. Convocação da recuperação em falência. Convocação de assembleia de credores. Desnecessidade. 4. Previsão de supressão das garantias reais e fidejussórias devidamente aprovada pela assembleia geral de credores. Vinculação da devedora e de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial parcialmente provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) *se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão.*

Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

3. O devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano e requerida a convocação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que complete exclusivamente ao juízo da recuperação.

Por maioria de votos.

4. *Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

4.1 *Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.*

4.2 *Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).*

4.3. Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4.4 *Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembléia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.*

4.5 *No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.700.487/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe de 26/04/2019)

Votaram com o *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, os *Ministros Moura Ribeiro (Presidente)* e *Paulo de Tarso Sanseverino*. Ficaram vencidos os *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva* e *Nancy Andrighi*.

O Relator originário do assinalado *REsp 1.700.487/MT*, o *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, em seu voto-vencido, apresentou valiosos e expressivos fundamentos *em sentido contrário à supressão das garantias reais*, que são, na sequência, incorporados pelo presente voto, como motivação.

Inicialmente, destacou que, em regra: a) a deliberação da assembleia de credores é *soberana*; b) ao Judiciário é permitindo apenas o *controle de legalidade*

do plano de recuperação; c) não há vedação expressa na Lei 11.101/2005 à concessão de *tratamento diferenciado entre os credores* de uma mesma classe, desde que, para isso, seja estabelecido um *critério objetivo*, abrangendo credores com interesses homogêneos, proibindo-se a estipulação de descontos que impliquem verdadeira *anulação de direitos* de credores isolados ou minoritários; e d) para se manter a *legalidade* do ato, deve-se evitar que credores isolados, com realidades específicas, tenham seu *direito de crédito aviltado* com a criação de subclasses (nas fls. 8 a 11 do acórdão) - grifos nossos.

No particular, defendeu que o acórdão recorrido no especial deve ser reformado, pois, no caso, “*a discriminação entre credores da mesma classe não está assentada em critérios objetivos passíveis de controle pelos demais credores, além de haver tratamento desproporcional da minoria, conclui-se que a cláusula em debate é nula*” (na fl. 12), ensejando o *controle da legalidade* pelo Poder Judiciário (grifei, na fl. 9 do acórdão).

Prosseguindo, estabelece ser a *novação* prevista na Lei 11.101/2005 “*sui generis*”, não atingindo as garantias prestadas por terceiros, os coobrigados, os fiadores, os obrigados de regresso e os avalistas, dada a autonomia do aval.

Aduz que a fiança, o aval e o direito de regresso são passíveis de transação entre as partes e que, *portanto, é válida a renúncia do credor que comparece à assembleia e vota favoravelmente à extensão da novação aos coobrigados, mas que, todavia, quando inexistente manifestação dos titulares dos créditos garantidos com relação à supressão dessas garantias, a deliberação assemblear nesse sentido não se estende a eles (art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005), pois, nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação depende da constatação do inequívoco “animus novandi”, não sendo possível “estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta”* (fls. 14 a 15 do acórdão).

No capítulo, conclui que:

a) “*o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a deságios, a prazos e encargos e não a garantias, já que o § 1º do mesmo artigo é que trata especificamente do tema*”;

b) “*assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos, deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular*” (fl. 15 do acórdão);

c) “em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, ‘na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia’, portanto, quanto ao ponto, não sobeja dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão” (na fl. 16 do acórdão);

d) “a conclusão que melhor equaciona o binômio ‘preservação da empresa viável x preservação das garantias’ é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oportuna aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição” (na fl. 17).

Outrossim, conforme mencionado, no julgamento do *REsp 1.700.487/MT*, a eminente *Ministra Nancy Andrighi*, também proferiu voto-vista, cujos fundamentos são igualmente integrados às razões de decidir do presente voto e, mais à frente, destacados.

Como se vê, não obstante a eg. Terceira Turma desta Corte tenha, por maioria, adotado o referido entendimento, a matéria ainda não está devidamente pacificada no âmbito da eg. Segunda Seção desta Corte.

Deveras, no presente julgamento conjunto deste especial, de relatoria do em. *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, e do Recurso Especial de n. 1.885.536/SP, da relatoria do em. *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, ambos perante a eg. Segunda Seção, os ilustres Relatores apresentam votos em sentidos opostos, nos mesmos moldes, em essência, daqueles já apresentados nos julgamentos perante a eg. Terceira Turma, anteriormente referidos.

Então, rogando todas as vênias aos que adotam tese diversa, entendo que *a supressão de garantias reais e fidejussórias decididas em assembleia-geral de credores de sociedade empresária submetida a regime de recuperação judicial, não pode ser estendida aos credores ausentes ou divergentes na votação.*

Com efeito, a Lei 11.101/2005, nos arts. 49, §§ 1º e 3º, e 50, § 1º, é expressa ao dispor que a alienação de bem objeto de garantia real, a supressão de garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. E essas disposições foram recentemente reforçados pela inclusão do art. 6º-C no diploma. Confira-se:

Art. 6º-C. É vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação

judicial, *ressalvadas as garantias reais e fidejussórias*, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei.

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.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 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.

.....
Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

.....
§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Portanto, a Lei de Recuperações Judiciais e Falências assenta que a novação *sui generis* (cf. *REsp n. 1.333.349/SP*) nela estabelecida não acarreta prejuízo às garantias reais e fidejussórias, porquanto a supressão ou a substituição delas somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. A propósito, verifique-se também o art. 59, *caput*, da assinalada Lei:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

É certo, porém, que o art. 49, § 2º, anteriormente transcrito, estatui que “*as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial*”. Todavia, essa parte final da norma há de ser interpretada em harmonia com a regra do artigo 50, § 1º, da mesma Lei, a qual, seguindo o *critério da especialidade*, trata de modo específico e inequívoco acerca da subordinação da deliberação assemblear de supressão ou substituição da garantia à concordância *expressa* do credor titular da respectiva garantia.

Essa circunstância foi muito bem esclarecida pela ilustrada *Ministra Nancy Andrigli*, em voto-vista proferido no julgamento do *Recurso Especial n. 1.700.487/MT*. Confira-se:

De se gizar, outrossim, conforme bem assinalado pelo e. Relator, que no permissivo constante da norma do art. 49, § 2º, da LFRE não se inserem as garantias ajustadas. Eis o teor desse dispositivo:

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.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. [...]

As regras de hermenêutica não autorizam concluir que a previsão legal de que o plano de soerguimento possa dispor de modo diverso sobre as condições das obrigações originalmente contratadas seja estendida às garantias pactuadas.

Isso porque a norma que confere aos credores o direito de manutenção de seus direitos e privilégios em face de coobrigados, fiadores e obrigados de regresso está aposta no parágrafo imediatamente anterior do mesmo dispositivo legal, de modo que seu substrato fático não pode, por imperativo lógico, ser abarcado pela regra do parágrafo subsequente.

Rogando vênias àqueles que entendam de modo diverso, a interpretação deve ser feita da seguinte forma:

I. o caput do art. 49 cria a *norma geral*: todos os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial;

II. o § 1º *excepciona* essa regra: *as garantias* contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso tituladas por credores da recuperanda *não podem ser atingidas* pela recuperação judicial;

III. o § 2º traz outra *exceção*: *as condições originalmente previstas* (valores, prazos, encargos) para cumprimento das obrigações anteriores ao pedido – ***ressalvadas as garantias, pois já excluídas da recuperação pelo dispositivo precedente*** – podem ser modificadas pelo plano de soerguimento.

Realmente, é exatamente nesse sentido o teor da *Sumula 581/STJ*, que afirma: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*”

A propósito, confira-se a ementa do seguinte recurso repetitivo, um dos precedentes que deram origem à *Súmula 581/STJ*:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005.*”

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1.333.349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe de 02/02/2015)

Noutra quadra, é de se destacar o aspecto de externalidade, ou seja, consequential da decisão a ser adotada nesta questão. Sob a ótica do mercado, é evidente que a supressão de garantias reais e fidejussórias contra a vontade dos credores dissidentes traria evidente insegurança jurídica e profundo abalo ao mercado de crédito, mercado essencial para o financiamento do setor produtivo da economia, fornecedor de imprescindível apoio à continuidade e expansão das atividades das sociedades empresárias saudáveis, assim como para o saneamento financeiro e revitalização das próprias sociedades em recuperação judicial.

De fato, enquanto se perceberem dotados de garantias sólidas quanto ao retorno de seus aportes e investimentos, os financiadores da atividade produtiva, integrantes do mercado financeiro, fornecedores de insumos ou de bens de capital, sentirão segurança em disponibilizar às empresas tomadoras capital mais barato, com condições mais favoráveis e prazos mais longos, o que, até mesmo, contribui para a atração de investidores e capitais estrangeiros, cuja falta é sentida na economia nacional.

Ao contrário, o desprestígio das garantias será danoso para toda a atividade econômica do país, trazendo insegurança jurídica e econômica, com a elevação dos juros e do *spread* bancário, especialmente para aqueles submetidos ao regime de recuperação judicial.

Esse enorme obstáculo, que não há de passar despercebido, foi muito bem exposto pelo *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva* no seu já destacado voto proferido no *REsp 1.700.487/MT*, da seguinte maneira:

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, proporcionando um fortalecimento na segurança econômica do país, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais estrangeiros, além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005.

Nesse sentido, **Frederico Augusto Monte Simionato** assevera que:

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio.

Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação.

(*SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 201*) (fls. 16/17 do acórdão).

Em adição aos judiciosos argumentos já externados pelos eminentes *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrigbi*, é de se lembrar que a dificuldade de financiamento para os empresários submetidos à recuperação judicial, no concernente à concessão de crédito, a prazos para amortização de empréstimos, à taxas de juros, à garantias e outras condições, mereceu recente atenção do legislador pátrio alterando a legislação específica, a Lei 11.101/2005, pelo advento da Lei 14.112/2020, atendendo a valiosas recomendações de toda a comunidade jurídica e empresarial envolvida no processo de modernização do microsistema de recuperação judicial.

No ponto, o financiamento da sociedade em recuperação judicial é tão vital para o sucesso e fortalecimento da atividade produtiva no País, que a Lei 14.112/2020, ao modificar a Lei 11.101/2005, concebeu modalidade específica de financiamento aos recuperandos, introduzindo no Direito Pátrio os institutos do “*Dip (debtor-in-possession) Finance*” e do “*Credor Parceiro*”. De fato, a nova redação do parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005, prestigia o chamado “Credor Parceiro” ou “Credor Estratégico”, que é aquele que recebe vantagens e privilégios caso continue a fornecer insumos, mercadorias, créditos ou que adquira papéis e debêntures da recuperanda.

A preservação da atividade produtiva, um dos principais objetivos da recuperação judicial, necessita, assim como o enfermo de oxigênio, da continuidade da cadeia de fornecimento de insumos, mercadorias e crédito. Em troca, se deve assegurar condições diferenciadas de pagamento e de garantias a tais credores e fornecedores, essenciais à continuidade da atividade produtiva, atribuindo-lhes a natureza de parceiros essenciais.

As assinaladas vantagens e privilégios podem compreender melhores condições para recebimento dos créditos, menores deságios do que aqueles impostos aos demais credores, ou mesmo, tudo *ad exemplum*, a redução das parcelas de resgate do crédito. A permissão legal para essas negociações acarreta significativa melhora nos relacionamentos no ambiente empresarial.

A propósito, confira-se a nova redação do parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005, que traz alvissareira novidade:

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

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura.

Na mesma esteira, outra essencial inovação foi inserida na Lei 11.101/2005, pela Lei 14.112/2020, com os arts. 69-A e seguintes. Trata-se do instituto, de comum aplicação no direito estadunidense, do “*Dip (debtor-in-possession) Finance*”, o que revela a hercúlea preocupação do legislador com a continuidade do fluxo de caixa e de novos financiamentos (*Fresh Money*) para a recuperação judicial.

Segundo a doutrina mais especializada e moderna da matéria, como a de **Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser Melo**, “*nesta modalidade de financiamento, a recuperanda mantém a posse e controle dos bens ou direitos dados em garantia, para que a empresa possa se manter operante. Com isso, é possível suprir a falta de fluxo de caixa para cobrir as despesas operacionais, de reestruturação e de preservação do valor dos ativos*” (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Editora Juruá, Curitiba, 2021. Pág. 193).

Assim, o *Dip Finance* permite que o juiz, eventualmente, depois de ouvir o comitê de credores, caso constituído, autorize a contratação de novos financiamentos pela recuperanda, que sejam garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, próprios (pertencentes ao ativo não circulante do devedor) ou de terceiros, desde que o “dinheiro novo” (*Fresh Money*) seja utilizado para financiar as atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos da recuperanda.

Nessa esteira de raciocínio, verifique-se a redação dos arts. 69-A a 69-F da Lei 11.101/2005, incluídos pela Lei 14.112/2020:

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.

Art. 69-B. A modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento não pode alterar sua natureza extraconcursal, nos termos do art. 84 desta Lei, nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado.

Art. 69-C. O juiz poderá autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original.

§ 1º A garantia subordinada, em qualquer hipótese, ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica a qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária.

Art. 69-D. Caso a recuperação judicial seja convolada em falência antes da liberação integral dos valores de que trata esta Seção, o contrato de financiamento será considerado automaticamente rescindido.

Parágrafo único. As 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.

Art. 69-E. O financiamento de que trata esta Seção poderá ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

Art. 69-F. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que trata esta Seção mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial.

Desse modo, pode-se concluir que a manutenção das garantias reais e fidejussórias em favor do credor dissidente é pilar da economia de mercado, assentada na ponderação de oportunidade e risco feita pelo financiador da atividade produtiva, seja na época de fartura, seja em momento de dificuldade. Outrossim, os institutos do *Dip Finance* e do Credor Parceiro são a viga mestra (chão da fábrica) da recuperação judicial, sem quebra das garantias dos investidores e sem abalo do mercado de crédito.

De outro modo, a extensão da supressão das garantias reais ao credor discordante impacta negativamente o ambiente econômico/empresarial, especialmente os mercados de crédito de fornecimento de insumos e mercadorias, que, junto à força de trabalho, representam os elementos mínimos para a continuidade da atividade produtiva, um dos princípios fundantes do processo de recuperação judicial.

Desse modo, com a devida vênia, o abalo dessas garantias por decisão judicial trabalhará em desfavor, e não a favor, da recuperação judicial e da economia nacional, anulando os efeitos positivos esperados em decorrência da recente reforma legislativa.

Nessa mesma linha, destaca-se a preciosa lição doutrinária de **Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo**, preconizando que:

Se a legislação não for capaz de promover a recuperação das empresas viáveis ou a eficiente liquidação das inviáveis, o risco de inadimplência e, consequentemente, de insolvência é aumentado. *Isso se reflete nas taxas de juros e custo do crédito.*

Por isso, a Lei 11.101/2005, além de buscar maior celeridade dos processos de insolvência, se desenvolveu no sentido de superação do dualismo pendular que privilegiava ora credores, ora devedores, objetivando um equilíbrio entre os polos, pois o que se pretende é a proteção jurídica do mercado.

Nesse sentido, **Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos** afirmam:

A pujança da economia de um país depende, fundamentalmente, da atividade empresarial – cujo oxigênio é a concessão do «crédito». Por isso, a regra é uma máxima da *lex mercatoris*, no sentido de que, quanto menor o risco, maior o crédito e o volume de negócios, com taxas baseadas no perigo global. *Em caso de crise do tomador do empréstimo, com superveniente impetração de recuperação judicial ou mesmo falência, a instituição financeira quer ver garantido seu crédito, diminuindo o risco de perda total dos recursos. [...] cabe ao Estado fomentar o crescimento econômico, com políticas públicas de investimentos, de modo a incentivar a aplicação de recursos financeiros, a custo menor, nas atividades produtivas.* (2019, p. 37)

Para facilitar o acesso ao crédito, reduzindo o spread bancário, a Lei 11.101/2005 trouxe dispositivos para reduzir os riscos suportados pelas instituições financeiras. Segundo Scalzilli et al. (2018), é possível verificar, em vários dispositivos da Lei, regras que criam direitos especiais para as instituições financeiras, tutelando relações negociais fundadas em contratos tipicamente bancários, como a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, o adiantamento de contrato de câmbio, entre outros. *Também foram inseridos os titulares de garantias reais – cujos principais destinatários são os credores bancários – em uma classe própria, com poderes para deliberar sobre o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, com a prerrogativa de veto.* Entretanto, na opinião de vários doutrinadores, mesmo após 15 anos da promulgação da Lei, ainda não é possível concluir que, de fato, esses direitos especiais para instituições financeiras tenham resultado na redução do custo do crédito no Brasil.

(...)

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 131), em contraponto, acredita que os dispositivos que excluem dos efeitos da recuperação judicial os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras, contribuem para um ambiente mais propício ao desenvolvimento econômico e, por isso, atendem ao interesse público.

Fato é que, apesar dos esforços legislativos, o custo do crédito no Brasil ainda é muito elevado, o que dificulta o crescimento econômico do país. (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser De. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, art. 1 «in» *JuruáDocs* n. 201.1030.5786.4855. Disponível em: <www.juruadocs.com>. Acesso em: 26/04/2021).

Ante o exposto, com a devida vênia dos entendimentos divergentes, acompanho integralmente o voto do eminente *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, para assentar que a supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, não alcança os direitos dos credores da mesma classe que não tenham concordado com a supressão ou que não tenham comparecido ao ato de deliberação acerca da supressão, vinculando apenas os credores que tenham concordado expressamente.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sra. Presidente, inicialmente eu pediria licença para saudar os advogados pelas sustentações orais e parabenizar os Colegas que me antecederam pelo brilho dos votos, praticamente esgotando a matéria.

Já adianto o meu voto no sentido de acompanhar integralmente o voto divergente, neste processo, do Ministro Bellizze, mantendo a posição que tem esposado na Terceira Turma desde 2014, do REsp n. 1.388.948.

Na nossa Segunda Seção, temos, por uma coincidência, sete ministros que são oriundos da magistratura estadual e tiveram a oportunidade de trabalhar na antiga Lei de Falências e Concordatas, o Decreto-Lei n. 7.661/45.

Uma das principais inovações que tivemos com o advento da Lei n. 11.101/2005, e que não foi alterada pela reforma de 2020, foi a valorização da soberania da assembleia geral de credores e a restrição dos poderes do juiz

presidente do processo recuperacional, que era a antiga concordata. Valoriza-se claramente o princípio democrático majoritário, como foi colocado no voto do Ministro Bellizze, tendo o legislador a preocupação de fixar, nos art. 41 e 45, um quórum rigoroso para a aprovação dos planos de recuperação nas várias classes de credores.

O controle judicial foi restringido, ficando limitado a eventuais ilegalidades do plano aprovado pela assembleia geral de credores e o juiz não pode interferir no mérito do plano de recuperação para analisar a sua viabilidade econômico-financeira, como é a jurisprudência dominante desta Corte.

No caso, a polêmica está situada na extensão da validade e eficácia da cláusula do plano que suprime as garantias reais e fidejussórias. Como não há invalidade ou ilegalidade na cláusula, como ficou bem demonstrado no voto do Ministro Bellizze, desloca-se a questão para o plano da eficácia e, nesse plano, não tenho dúvida que se deve valorizar o princípio democrático, o princípio majoritário, que é um dos grandes fundamentos que nortearam a reforma de 2005 e instituídos por meio da Lei n. 11.101.

Por isso, não vou me alongar, com a mais respeitosa vênua ao eminente Relator e a todos aqueles que o acompanharam, acompanho integralmente o voto do Ministro de Bellizze, que exaustivamente analisou todas as questões que se faziam necessárias à respeito do sistema da Lei de Recuperação Judicial.

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.818.564-DF (2019/0163526-7)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Não Consta

Interes.: Valmir Martins de Souza

Advogado: Ricardo de Carvalho Guedes - DF008892

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Interes.: Associação dos Notários e Registradores do Distrito Federal
ANOREG DF - “Amicus Curiae”

Advogado: Renato Oliveira Ramos - DF020562

Interes.: Governo do Distrito Federal

Procurador: Lucas Aires Bento Graf - DF001242A

EMENTA

Recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de IRDR. Usucapião extraordinária. Bem imóvel urbano. Área integrante de loteamento irregular. Setor Tradicional de Planaltina. Prescrição aquisitiva. Forma originária de aquisição de propriedade. Possibilidade de registro. O reconhecimento do domínio do imóvel não interfere na dimensão urbanística do uso da propriedade. Interesse de agir configurado. Recurso desprovido.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

2. A possibilidade de registro da sentença declaratória da usucapião não é pressuposto ao reconhecimento do direito material em testilha, o qual se funda, essencialmente, na posse *ad usucapionem* e no decurso do tempo.

3. A prescrição aquisitiva é forma originária de aquisição da propriedade e a sentença judicial que a reconhece tem natureza eminentemente declaratória, mas também com carga constitutiva.

4. Não se deve confundir o direito de propriedade declarado pela sentença proferida na ação de usucapião (dimensão jurídica) com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística).

5. O reconhecimento da usucapião não impede a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano. Muito ao revés, constitui, em várias hipóteses, o primeiro passo para restabelecer a regularidade da urbanização.

6. Impossível extinguir prematuramente as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina com

fundamento no art. 485, VI, do NCPC em razão de uma suposta ausência de interesse de agir ou falta de condição de procedibilidade da ação.

7. Recurso especial não provido, mantida a tese jurídica fixada no acórdão recorrido: *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 09 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 3.8.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Na origem, o Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal propôs Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tendo em vista centenas de ações de usucapião ajuizadas por moradores do Setor Tradicional de Planaltina-DF, as quais não estariam recebendo, segundo Sua Excelência, solução uniforme por parte da Justiça do Distrito Federal.

De acordo com o magistrado, os imóveis em questão, embora situados em área particular, não têm matrícula individual nos cartórios de registros imobiliários, pois o parcelamento de fato levado a efeito na localidade ocorreu há mais de cinquenta anos e ainda não foi regularizado pelo Poder Público.

Afirmou que, em todas essas demandas, o Ministério Público do Distrito Federal e o próprio Distrito Federal têm alegado ser impossível declarar a usucapião, porque isso representaria uma usurpação da função de planejamento e regularização urbanística da Administração.

Para o magistrado, todavia, a usucapião é forma originária de aquisição da propriedade e, dessa maneira, poderia ser declarada independentemente da prévia existência de matrícula ou registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O reconhecimento da prescrição aquisitiva constituiria, nesses termos, um pressuposto do registro imobiliário, e não o contrário.

Como corolário dessa compreensão, referido registro poderia ser providenciado em momento posterior pelos respectivos proprietários, mediante atendimento das exigências administrativas cabíveis (e-STJ, fls. 2/11).

O incidente foi distribuído sob o n. 0048736-24.2016.807.0000 e admitido pelo TJDFT (e-STJ, fls. 415/485) com determinação de suspensão de todos os processos pendentes relativos ao mesmo tema (e-STJ, fl. 114).

Em seguida, o Distrito Federal se manifestou nos autos, alegando que as ações judiciais em pauta buscariam, por via reflexa, obter a regularização e o registro imobiliário de frações ideais de terra de forma contrária ao que estabelecido no art. 314 da Lei de Orgânica do Distrito Federal. Acrescentou que a constituição dos registros imobiliários pretendidos iria atrapalhar o andamento do processo administrativo de regularização em curso e que o sistema jurídico não admitiria o fracionamento, loteamento ou desmembramento de imóvel por meio de usucapião. Destacou, nesse sentido, a necessidade de registro do memorial de loteamento e também de atendimento às exigências previstas nos arts. 6º, 10, 12 e 37 da Lei n. 6.766/79. Ressaltou que, segundo o art. 182 da CF, o parcelamento de solo urbano deve atender às exigências do Plano Diretor. Além disso, a transcrição das sentenças de usucapião, nos termos da Lei n. 6.015/72, somente poderia ocorrer após a individualização do imóvel mediante constituição de uma matrícula independente (e-STJ, fls. 489/503).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em seu parecer, também concluiu pela impossibilidade de se usucapir área desprovida de registro imobiliário tendo em vista os arts. 314 a 325 da Lei Orgânica do Distrito Federal, que tratam da propriedade urbana, e também as disposições da Lei n. 6.766/79 sobre parcelamento de solo urbano (e-STJ, fls. 505/524).

A Administração Regional de Planaltina se manifestou nos autos, informando que tem condições de expedir certidão de regularização para os imóveis localizados no Setor Tradicional de Planaltina. O que já vem sendo feito quando solicitado (e-STJ, fl. 587). Esclareceu que referida certidão não cuida de assuntos relativos a propriedade ou posse, mas apenas informa o endereço correto do imóvel, sua área, as medidas lineares, os imóveis vizinhos e, bem assim, as confrontações (e-STJ, fl. 607/609).

O TJDF, por maioria, julgou procedente o IRDR. Ressaltou que os imóveis estão localizados em áreas particulares, registradas em cartórios de Registro de Imóveis do Distrito Federal e de Goiás, situadas praticamente no centro de Planaltina - DF, desfrutando de estrutura urbana consolidada há vários anos, com iluminação pública, esgotamento sanitário, vias de circulação, sistema de escoamento de águas pluviais, etc. Assinalou que esses imóveis são perfeitamente individualizáveis, conforme reconhecido pela própria Administração Regional de Planaltina-DF e, finalmente, que a admissão dessas ações de usucapião, não impede a implementação de políticas de desenvolvimento urbano.

O acórdão ficou assim ementado:

Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Mérito. Ação de usucapião. Imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF. Possibilidade. Fixação de tese jurídica para uniformização de jurisprudência.

1. Diante da necessidade de se promover a unificação do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, quanto ao cabimento de Ação de Usucapião para o reconhecimento de domínio sobre os imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, em razão da grande quantidade de demandas envolvendo o tema, bem como para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica, impõe-se estabelecer a tese jurídica a seguir disposta.

2. *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas provido.

Fixada a tese jurídica para fins de uniformização de jurisprudência (e-STJ, fl. 632 – sem destaque no original).

Irresignado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs Recurso Especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando ofensa

aos arts. 485, IV, do NCPC, 1.238 do CC/02 e 176 da Lei n. 6.015/73. Segundo o *Parquet*, a indivisibilidade do registro imobiliário, ocasionada pela falta de regularização do loteamento, constitui empecilho ao reconhecimento da usucapião, pois a sentença, mesmo que favorável, não poderá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis. A usucapião, nessa medida, somente poderia ser alegada pelos moradores como matéria de defesa indireta em caso de eventual ação reivindicatória proposta contra eles. As razões recursais ainda ressaltaram que o acórdão recorrido poderá criar mais dificuldades para o tumultuado processo de regularização fundiária urbana no Distrito Federal, onde se multiplicam os casos de loteamento irregular decorrentes de práticas criminosas (e-STJ, fls. 690/703).

O Recurso Especial foi admitido pelo Presidente do TJDFT (e-STJ, fls. 709/710), tendo o Ministério Público Federal se manifestado pela sujeição do processo ao rito dos arts. 1.036 do NCPC, 256 e 256-B do RISTJ (e-STJ, fls. 726/728). Em seguida, o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, formulou juízo preliminar positivo quanto aos requisitos formais de admissibilidade, consoante previsto no art. 256-H do RISTJ (e-STJ, fls. 730/733).

Em julgamento virtual, a Segunda Seção, por maioria, concluiu pela afetação do recurso em acórdão assim ementado:

Proposta de afetação. Recurso especial interposto contra acórdão proferido no julgamento de IRDR. Rito dos recursos especiais repetitivos. Ação de usucapião de bem imóvel. Requisitos de procedibilidade. Ausência de matrícula individual. Loteamento não autorizado. Omissão do poder público.

1. Delimitação da controvérsia: ***Cabimento de ação de usucapião tendo por objeto imóvel particular desprovido de registro, situado no Setor Tradicional de Planaltina-DF e inserido em loteamento que, embora consolidado há décadas, não foi autorizado nem regularizado pela Administração do Distrito Federal.***

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 NCPC, com suspensão dos processos pendentes (e-STJ, fl. 740).

O Ministro *Villas Boas Cueva*, acompanhado pelo Ministro *Raul Araújo*, proferiu voto vencido, negando conhecimento ao recurso especial. Entendeu sua Excelência que o IRDR instaurado na origem não estava vinculado a nenhum processo e que essa irregularidade no processamento do Incidente impediria o conhecimento do recurso especial. Além disso, a alegação de ofensa à legislação federal formulada nesta irresignação teria se apresentado de forma genérica o que atrairia a incidência da Súmula n. 284 do STF (e-STJ, fls. 750/757).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 741/749).

A Defensoria Pública da União (DPU) foi admitida como *amicus curiae* (e-STJ, fl. 779) e se manifestou pelo cabimento das ações de usucapião em situações como a dos autos. Para tanto, destacou a vulnerabilidade da população brasileira de baixa renda, o direito constitucional à moradia, a inércia do Governo do Distrito Federal em promover a regularização da área e a idade do parcelamento urbano. Ressaltou, da mesma forma, o art. 10 da Lei n. 10.257/2001, que permite a usucapião coletiva em núcleos urbanos informais, a redação do art. 1.238 do CC/02, que não traz nenhuma exigência quanto a regularidade fundiária ou de matrícula individual do imóvel usucapiendo e também a disciplina estabelecida pela Lei n. 13.465/2017, que dispôs sobre a regularização fundiária rural e urbana. Destacou, finalmente, a existência de vários julgados pelo Brasil afora, admitindo a usucapião de imóveis inseridos em áreas irregulares (e-STJ, fls. 816/856).

A Associação dos Notários e Registradores do Distrito Federal (ANOREG - DF) também se manifestou nos autos. Ponderou que, de forma geral, não se poderia admitir a usucapião de imóveis irregulares, seja pela inexistência de matrícula individual do imóvel usucapiendo, seja pela necessidade de se respeitar o interesse público, uma vez que as ocupações irregulares e clandestinas, não atenderiam a função socioambiental da propriedade e, portanto, não induziriam posse *ad usucapionem*. No caso específico dos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina, todavia, seria admissível a usucapião, porque a área foi loteada pelo Município de Planaltina de Goiás antes mesmo da criação do Distrito Federal e sua conformação atual já se encontra completamente sedimentada e devidamente mapeada pelas autoridades públicas, não havendo dúvidas quanto a dimensão dos lotes e sua localização. Essa circunstância até tem permitido a Administração Regional emitir certidões de regularização aptas a instruir os procedimentos de usucapião em testilha (e-STJ, fls. 858/882).

As tentativas para intimação da *Associação dos Moradores de Planaltina* (AMOPLAN-DF) restaram infrutíferas (e-STJ, fl. 815).

O Distrito Federal se manifestou pela procedência do Recurso Especial, aduzindo que uma ordem judicial para registro dos lotes em questão representaria indevida usurpação de sua competência administrativa para realizar o planejamento e ordenamento urbano do território. Destacou que o acolhimento das pretensões deduzidas em juízo tumultuaria ainda mais

o complexo procedimento de regularização fundiária, atentando, também contra regras de direito registral. Afirmou, finalmente, que antes do registro do loteamento na respectiva serventia imobiliária, as frações do imóvel original não podem ser caracterizadas como bens imóveis edificáveis (e-STJ, fls. 912/926).

É o relatório.

VOTO

Preliminar de cabimento da afetação

Por ocasião do julgamento virtual da proposta de afetação do presente recurso, o Ministro *Villas Boas Cueva*, acompanhado pelo Ministro *Raul Araújo*, proferiu voto vencido, negando conhecimento ao recurso especial. De acordo com Sua Excelência, como o IRDR instaurado na origem não estava vinculado a nenhum processo, não seria possível conhecer o Especial interposto contra o acórdão proferido no julgamento deste incidente.

Parece-me, no entanto, que o cabimento ou descabimento da presente irresignação constitui questão já superada. Com efeito, o tema foi oportunamente ventilado durante o procedimento para afetação do recurso especial e decidido, não havendo como agité-lo novamente neste momento.

De toda forma, admitindo-se que seja possível ultrapassar a preclusão e mais uma vez examinar a preliminar de cabimento em testilha, penso que ela deve ser novamente rejeitada.

É que a exigência ou não de o IRDR ser instaurado incidentalmente em um caso concreto representa uma preliminar de conhecimento do próprio IRDR e não do Recurso Especial superveniente.

No caso dos autos, o IRDR instaurado na origem não apenas foi admitido, como efetivamente julgado, sendo certo que o Especial ora sob apreciação foi manejado contra o acórdão que decidiu o próprio mérito daquele incidente.

Portanto, a discussão quanto ao cabimento do IRDR não pode se dar *ex officio* no julgamento do recurso especial interposto.

Não se pode, por exemplo, afirmar que um determinado Recurso Especial é incabível apenas porque manejado contra acórdão proferido no julgamento de uma apelação intempestiva. As questões afetas à admissibilidade de um recurso ou incidente processual dizem respeito exclusivamente àquele recurso ou àquele

incidente processual, e não às impugnações que, por ventura, venham a ser posteriormente oferecidas.

Se o Ministério Público nas razões do apelo nobre, deixou de alegar que o IRDR era incabível por não estar vinculado a um processo específico, não há como examinar essa questão de ofício e neste grau recursal tendo em vista o princípio constitucional da inércia da jurisdição.

Tampouco é possível concluir, com base nessa suposta irregularidade procedimental, afeta exclusivamente ao cabimento do IRDR, que o próprio Recurso Especial interposto seja também incabível.

Do mérito

A discussão posta em causa está relacionada ao cabimento de ações de usucapião que tenham por objeto imóveis desprovidos de registro e situados em loteamento no Setor Tradicional de Planaltina o qual, embora consolidado há décadas, não foi autorizado nem regularizado pela Administração do Distrito Federal.

O Ministério Público do Distrito Federal, autor do Recurso Especial, argumentou, em síntese, que referidas ações deveriam ser extintas por ausência de interesse de agir, porque eventual sentença declaratória de usucapião não poderia ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis. Sob outra perspectiva, o *Parquet* sustentou que seria atribuição exclusiva do Poder Administrativo Distrital promover a regularização fundiária urbana, razão pela qual ficaria inviabilizado o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Possível afirmar, assim, que a questão possui contornos de direito processual e material reciprocamente imbricados, relacionados ao interesse de agir, aos bens suscetíveis de usucapião, e também à natureza e efeitos da sentença declaratória de usucapião.

(1) Do interesse de agir.

Os arts. 550 e 551 do CC/16, com a redação que lhes conferiu a Lei n. 2.437/55, assim estabeleciam a respeito da usucapião extraordinária e ordinária:

Art. 550. Aquele que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a inscrição no registro de imóveis.

Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele quem, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestadamente, com justo título e boa fé.

A CF/88 trouxe modalidades diferenciadas de usucapião:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

A Lei n. 10.257/2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/88, conhecida como Estatuto da Cidade, assim estabeleceu no seu art. 10:

Art. 10. *Os núcleos urbanos informais* existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei n. 13.465, de 2017 sem destaque no original)

O CC/02, a seu turno, incorporou as modalidades diferenciadas de usucapião previstas na CF/88 e manteve, com pequenas alterações, as hipóteses tradicionais conhecidas como ordinária e extraordinária.

Anote-se:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

(...)

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei n. 12.424, de 2011)

(...)

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O NCPC modificou a forma de postulação judicial da usucapião. Agora não existe mais um procedimento especial para formular essa pretensão em juízo, devendo o pedido seguir a via ordinária. Apesar disso, os requisitos do direito material mantiveram-se substancialmente inalterados. O fundamento desse instituto continuou a ser a posse *ad usucapionem* por um determinado período de tempo e, em alguns casos, a existência de justo título e de boa fé.

Nesse sentido, a lição de FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO:

Os requisitos para o usucapião extraordinário continuam os mesmos e são genéricos, pois se baseiam na posse e no tempo. O usucapião ordinário, da mesma forma não sofreu alteração em seus requisitos específicos, a boa fé e o justo título (O Usucapião no Âmbito Material e Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108)

TITO FULGÊNCIO explica que a posse necessária ao reconhecimento da usucapião não é a mesma exigida para o manejo dos interditos possessórios, pois precisa reunir, além das condições objetivas – continuidade e tranquilidade – também o elemento intelectual ou subjetivo – *animus domini* – não bastando, portanto, a *affectio tenendi*.

Quem pretender o domínio por esse modo de aquisição, precisa mostrar, afinal, que possui a coisa como sua (Da Posse e das Ações Possessórias. v. I. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15).

Da mesma forma, FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO assinala que a posse para fins de usucapião não se confunde com a posse para proteção possessória (Usucapião. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 189).

A partir dessa consideração, afirma-se que, para haver posse *ad usucapionem* é essencial identificar, em primeiro lugar, uma pessoa (física ou jurídica) com capacidade de direito apta a exercer atos de posse com *animus domini*, (agente capaz) e, em segundo lugar, um bem corpóreo de existência autônoma, suscetível de usucapião (objeto lícito).

As alegações trazidas no Recurso Especial interposto pelo Ministério Público estão fortemente relacionadas a esse segundo pressuposto – o objeto lícito.

De acordo com o MP, as ações de usucapião em curso na Circunscrição de Planaltina não poderiam prosseguir, porque os imóveis em questão não poderiam ser registrados em nome dos seus ocupantes como previsto nos arts. 1.238 do CC/02 e 176 da Lei de Registros Públicos, porque (1) desprovidos de matrículas individualizadas e (2) ainda não aprovado, pelo Poder Público, o projeto de parcelamento da área.

Assim, não apenas a falta de matrículas individuais dos lotes, mas também a pendência de aprovação do projeto de parcelamento da área, impediriam o registro de eventual sentença declaratória de usucapião. Daí resultaria a falta de interesse de agir (arts. 17 e 485, IV e VI, do NCPC).

O *Parquet* não chega a apregoar, expressamente, que os imóveis são insuscetíveis a usucapião. Todavia, ao afirmar que as ações intentadas não terão efeito prático diante da impossibilidade de registro da sentença e que, em razão disso, as demandas em curso deveriam ser extintas por falta de pressuposto e desenvolvimento regular do processo, acaba por equiparar a impossibilidade de registro com a ilicitude do objeto.

A tônica da argumentação é no sentido de que a sentença não poderia ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, circunstância que inviabilizaria o próprio ajuizamento da ação de usucapião.

Mas esse raciocínio, com o devido respeito, parece confundir o direito de propriedade com a certificação e publicidade do domínio que emerge do registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Para melhor discernir as coisas é preciso recordar, antes de tudo, que a ausência de matrícula individual do imóvel não embaraça, por si só, o registro da usucapião reconhecida em juízo.

Imagine-se, por exemplo, a situação nada incomum em que parte de uma fazenda é ocupada por lavradores com *animus domni* pelo tempo necessário ao reconhecimento da prescrição aquisitiva, ali exercendo notórios atos de posse de boa-fé. Impossível afirmar, nessas situações, que a ausência de matrícula própria para as áreas ocupadas constitui obstáculo ao reconhecimento da usucapião. Basta, para tanto, que se faça o desmembramento da matrícula original, a fim de que a área usucapida possa contar com uma cadeia dominial própria.

Ademais, o art. 216-A, § 6º, da Lei de Registros Públicos (com a redação conferida pela Lei n. 13.465/2017) autoriza o Oficial do Registro a abrir uma nova matrícula nas hipóteses de usucapião administrativa, se necessário.

Tratando-se de parcelamento do solo ou incorporação imobiliária, também há previsão legal expressa para abertura de novas matrículas. Nos termos do art. 237-A da Lei de Registros Públicos, *após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas.*

Com efeito, se o bem imóvel é divisível, essa qualidade deve se refletir no Cartório de Registro de Imóveis com a abertura de tantas matrículas quantas forem necessárias para certificar a verdadeira propriedade das glebas.

A fim de melhor elucidar a distinção entre o direito de propriedade e a situação registrária de determinado imóvel, é preciso lembrar que pode haver propriedade imobiliária não certificada no Registro de Imóveis.

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO bem observa que a presunção de veracidade que resulta do registro no Cartório de Registro de Imóveis é juris

tantum, ou seja, admite prova em contrário. E, se admite prova em contrário, é porque o registro da propriedade não se confunde com a propriedade em si.

Anote-se:

No Brasil, contrariamente ao direito germânico, foi adotado o princípio da presunção da verdade pelo registro, isto é, vencível por prova em contrário, tratando-se portanto de presunção *iuris tantum*.

O domínio ou direito real presume-se pertencer à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu (CC/16, art. 859), preceito não repetido no Código Civil em vigor, mas cujo princípio está inserido no § 2º do art. 1.245.

Não adotado o princípio da fé pública, tal como ocorreu no direito germânico, de validade incondicionada (*iure et de iure*), aqui por deficiência de um cadastro fundiário adequado, erigiu a lei como direito o domínio da propriedade, mas não no seu sentido de absolutismo. Daí porque o domínio pode ser contestado (Tratado de Usucapião. v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236).

Os casos em que o imóvel comum do casal é registrado apenas no nome de um dos consortes bem demonstram que a propriedade não corresponde, necessariamente, ao que consta do Registro imobiliário, pois se reconhece como proprietário, ou coproprietário, o cônjuge não mencionado nos assentamentos notariais.

Da mesma forma, a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião é evidência inquestionável de que a propriedade do imóvel não se confunde com o seu registro.

De fato, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de aquisição derivada, como a compra e venda, em que o registro integra e perfaz a transmissão do domínio, nas situações de aquisição originária, ele desempenha papel meramente coadjuvante.

Nesse sentido, lição de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO:

[A usucapião] é modo originário de adquirir domínio, com a perda do antigo dono, cujo direito sucumbe em face da aquisição. O proprietário, como já ensinava Lafayette, perde o domínio porque o adquire o possuidor. A transcrição, no caso exige-se apenas para o exercício do jus disponendi, mas não é constitutiva (Tratado de Usucapião. vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203).

Em reforço, podemos lembrar que não existe nenhuma previsão legal estatuidando o registro como requisito para a aquisição da propriedade por meio da prescrição aquisitiva.

A parte final do art. 1.238 e também o parágrafo único do art. 1.241, ambos do CC/02, destacam que a sentença de usucapião *servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis*. Os dispositivos não condicionam a aquisição da propriedade ao registro da sentença. Aliás, não condicionam nem a aquisição da propriedade, nem o ajuizamento da ação e nem sequer a prolação da sentença à lavratura do registro.

As normas destacadas apenas esclarecem que a sentença declaratória, fazendo as vezes de uma escritura pública, *servirá de título* para o registro no Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, ela *poderá* ser levada a registro no Ofício competente.

Isso significa que a possibilidade de registro constitui um atributo, é dizer um efeito da sentença declaratória de usucapião, não uma condição para o reconhecimento do direito material de propriedade ou para o exercício do direito subjetivo de ação.

Os arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02 não poderiam mesmo impedir a usucapião de bens insuscetíveis de registro porque, dessa forma, estariam contrariando outros preceitos normativos, inseridos até mesmo na Constituição Federal, que fixam a posse *ad usucapionem* e o decurso do tempo como os únicos requisitos genéricos para o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Com efeito, a usucapião está claramente vinculada a função social da propriedade, pois reconhece a prevalência da posse adequadamente exercida sobre a propriedade desprovida de utilidade social, permitindo, assim, a redistribuição de riquezas com base no interesse público.

FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, com apoio em lição de LUIZ EDSON FACHIN, afirma, nesse mesmo sentido, o seguinte:

Desse modo, compreende-se o desenvolvimento da função social da posse, que se projeta intensamente pela usucapião. Reconhece-se que a posse qualificada pelo elemento temporal cumpre papel social ao permitir a redistribuição da propriedade de forma originária (*Usucapião*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54).

Assim, considerando que a usucapião propicia o cumprimento da função social da propriedade e que esse objetivo tem envergadura constitucional, não seria adequado criar, por força de uma interpretação ampliativa dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02, mais um requisito para o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Também é esse o posicionamento do STF.

No julgamento do RE n. 422.349/RS, aquela Corte assinalou que nem mesmo a lei pode estabelecer requisitos diversos daqueles previstos no art. 183 da CF, para o reconhecimento da usucapião especial urbana.

Confira-se:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.

1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m². Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225 m², destacada de um todo maior, dividida em comosse.

2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.

3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

4. Recurso extraordinário provido.

(STF, RE n. 422.349/RS, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 5/8/2015)

Ora, se a lei não pode criar outros requisitos não previstos no art. 183 da CF de modo a impedir a usucapião de terrenos urbanos com menos de 300m², não pode, por coerência, exigir a lavratura do registro para que se complete a prescrição aquisitiva.

Isso significa que as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina não devem ser extintas com fundamento no art. 485, VI, do NCPC por ausência de interesse de agir ou falta de condição de procedibilidade da ação.

(2) Da usucapião em áreas irregulares

De acordo com o Ministério Público, não seria possível ajuizar ação de usucapião de imóveis inseridos em loteamento desarmônico tendo em

vista a impossibilidade de abertura de novas matrículas para posterior registro decorrente da natureza irregular do parcelamento.

Eventual impossibilidade de registro, como visto no tópico anterior, não pode implicar ausência de interesse processual, porque o direito de propriedade não se confunde com o registro dessa propriedade, isto é, a aquisição do domínio pela prescrição aquisitiva pode ser declarada e, portanto, interessa àqueles que a perseguem, independentemente de posterior registro.

Convém saber, no entanto, se haveria algum outro obstáculo de natureza não processual ao reconhecimento da usucapião de imóveis localizados em área pendente de regularização. De forma mais clara, importa investigar se haveria alguma razão de ordem fundiária para declaração da prescrição aquisitiva nessas situações.

A propósito da questão da regularização fundiária, JOSÉ RENATO NALINI esclarece que ela compreende três dimensões: (a) a *dimensão urbanística*, relacionada aos investimentos necessários para melhoria das condições de vida da população; (b) a *dimensão jurídica*, que diz respeito aos instrumentos que possibilitam a aquisição da propriedade nas áreas privadas e o reconhecimento da posse nas áreas públicas; e (c) a *dimensão registrária*, com o lançamento nas respectivas matrículas da aquisição destes direitos, a fim de atribuir eficácia para todos os efeitos da vida civil (Direitos que a Cidade Esqueceu, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 167)

A forma como determinado imóvel se apresenta no contexto urbano não se confunde, pois, com o direito de propriedade, reconhecida desde o Código de Hamurabi.

Se o imóvel é assistido por vias públicas, se conta com sistemas de água e esgoto, se foi edificado com respeito aos recuos e gabarito previsto nas posturas municipais, nada disso é capaz de criar ou suprimir o direito de propriedade ou os reflexos desse direito no registro imobiliário.

Da mesma maneira se o imóvel é utilizado de forma irregular, com desrespeito à sua função social e urbanística, isso tampouco é suficiente para interferir com o direito de propriedade.

Sob outra perspectiva, o Direito Administrativo destaca que a necessidade de atendimento à função social da propriedade pode impor limitações ou restrições ao exercício do direito de propriedade, como refreamentos administrativos, servidões, tombamentos, etc., mas não pode impedir o reconhecimento do domínio.

Nesse sentido, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

(...)

(...) Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens (Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 281 e 284)

Não há, portanto, como negar o direito à usucapião sob o pretexto de que o imóvel está inserido em loteamento irregular, porque o direito de propriedade declarado pela sentença (dimensão jurídica) não se confunde com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística).

Se a utilização do imóvel desrespeita o interesse público, isso continuará a acontecer independentemente do reconhecimento da prescrição aquisitiva. Eventual construção irregular, supressão de nascente ou risco à saúde pública continuarão a existir independentemente de o juiz, na sentença, deferir ou indeferir o pedido de usucapião, sendo certo que tais irregularidades devem ser corrigidas por remédios próprios, a cargo do Poder Público, pelo poder de polícia que lhe é inerente.

A declaração da usucapião, vale dizer, é incapaz de causar prejuízo à ordem urbanística, sendo certo, da mesma forma, que o indeferimento do pedido de usucapião não é capaz, por si só, de evitar a utilização indevida da propriedade.

A própria Lei n. 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, admitiu, em seu art. 10 a usucapião coletiva de núcleos urbanos informais, verbis:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela Lei n. 13.465, de 2017)

Da mesma forma, o Pleno do *STF*, como destacado no item anterior, ao julgar o RE n. 422.349/RS, sob a relatoria do Ministro *Dias Toffoli*, fixou a tese de que *preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o*

reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

Naquele caso concreto, Arlei José Zanardi e Raquel Dagostini Zanardi propuseram ação de usucapião tendo por objeto imóvel de metragem inferior ao módulo mínimo definido pelo Plano Diretor para lotes urbanos. Isso significa que o imóvel, segundo se pode concluir, não possuía matrícula individual, nem podia ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis por mero requerimento da parte interessada, configurando, por isso, sob o ponto de vista da norma municipal, verdadeira ocupação irregular.

Nada obstante, o STF reconheceu a usucapião.

Admitindo-se que aquele não era o único imóvel da região com metragem inferior ao módulo mínimo legal, parece razoável sustentar que o STF, ao fim e ao cabo, reconheceu a possibilidade de usucapião de glebas inseridas em loteamentos não regularizados.

Esse entendimento, que implicitamente se extrai do acórdão do STF, tem sido adotado de modo expresso por diversos tribunais pátrios.

No *TJDFT* ele foi fixado no julgamento de IRDR pelo acórdão ora recorrido.

A jurisprudência majoritária do *TJSP* também admite a ação de usucapião de imóveis inseridos em loteamentos irregulares, destacando-se, por exemplo, os seguintes julgados:

Usucapião Extraordinária Imóvel usucapiendo localizado em área de loteamento clandestino. Irrelevância. Modo originário de aquisição de propriedade. Ação que é proposta pelo possuidor e não pelo loteador clandestino. Precedentes. Prescrição aquisitiva comprovada. Recurso provido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1005594-72.2016.8.26.0048, Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJe. 20/1/2020);

Usucapião Extraordinária. Ajuizamento por adquirente de lote inseridos em área maior, perfeitamente individualizado e demarcado - Usucapião que, ademais, é via adequada à regularização do título dominial Precedentes desta E. Corte. Preenchimento dos requisitos de legais para o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Irregularidade do loteamento. Irrelevância. Pedido procedente - Sentença mantida - Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1002426-20.2016.8.26.0450, Rel. Des. Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, DJe 6/12/2019)

Apelação Cível Usucapião. Sentença de procedência. Insurgência do Ministério Público, arguindo a impossibilidade de usucapião do imóvel litigioso por conta de estar situado em loteamento irregular, em zona de especial interesse ambiental. Desacolhimento. Inexistência de óbice legal para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, uma vez que tais circunstâncias representam mera irregularidade administrativa e limitações ambientais, que não impedem o reconhecimento do direito de propriedade sobre o imóvel. Preenchimento dos requisitos do art. 1.242 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1006532-11.2014.8.26.0348, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, 6ª Câmara de Direito Privado, DJe. 19/3/2019);

Usucapião Extraordinária. Procedência, com declaração do domínio. Insurgência do Ministério Público. Descabimento. Área usucapienda localizada em loteamento irregular. Possibilidade de reconhecimento da usucapião a favor do autor, independentemente da regularização do loteamento. Precedentes deste Tribunal. Decisão mantida. *Recurso desprovido*

(TJSP, Apelação Cível n. 1007274-68.2018.8.26.0292, Rel. Des. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, DJe 12/12/2019);

Usucapião Extraordinário. Procedência. Atendimento do lapso temporal previsto no artigo 1.238 do Código Civil. Posse dos autores (que, somada a dos antecessores, é exercida há mais de 39 anos) - remonta ao ano de 1979) leva à prescrição aquisitiva. Recurso interposto pelo Ministério Público que não comporta acolhida. A circunstância de o imóvel encontrar-se em loteamento clandestino ou não regularizado não impede o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Precedentes, inclusive desta Câmara, envolvendo imóveis situados no mesmo Distrito - Sentença mantida. Recurso improvido.

(TJSP Apelação Cível n. 1000753-21.2018.8.26.0450, Des. SALLES ROSSI, 8ª Câmara de Direito Privado. DJe 28/11/2019

No *TJMG*, embora seja possível localizar julgados em sentido contrário (Apelação Cível n. 1.0142.17.001518-4/002, Rel. Des. *Maurílio Gabriel*, 15ª Câmara Cível, DJe 11/12/2019 e Apelação Cível n. 1.0471.16.016638-8/001, Rel. Des. *Mota e Silva*, 18ª Câmara Cível, DJe. 23/8/2019), também sobressaem os julgados que admitem a usucapião sobre imóveis não registrados:

Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Loteamento irregular. Irrelevância. Modo originário de aquisição da propriedade. Adequação da via. Cerceamento de defesa. Tratando-se de forma de aquisição originária da propriedade que se submete a requisitos próprios, o fato de o bem usucapiendo estar situado em loteamento irregular, não repercute nos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo. A usucapião é modo

originário de aquisição da propriedade ou de outro direito real pela posse prolongada e continuada da coisa, quando atendidos os requisitos previstos na Constituição Federal e no Código Civil, para cada uma de suas modalidades. O julgamento de improcedência do pedido inicial sem apreciação do pedido de produção de provas formulado pela parte autora configura cerceamento de defesa. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0000.19.055295-0/001, Rel. Desa. Mônica Libânio, 11ª Câmara Cível, DJe. 24/7/2019)

Apelação cível. Ação de usucapião. Imóvel rural inferior ao módulo rural. Posição do STJ. Loteamento irregular. Pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Extinção do processo. Não cabimento.

(...) 2. Não se traduzem em pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo a prova de que o imóvel usucapiendo não está inserido dentro de outro já registrado, nem a prova da regularização do terreno onde se localiza o imóvel, pois a ação de usucapião visa justamente a regularização de uma situação fática de domínio e constitui forma originária de aquisição da propriedade.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.16.002638-1/002, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, DJe. 14/8/2018)

Ação de usucapião. Posse mansa, pacífica e ininterrupta. Lapso temporal. Ônus da prova. Fatos constitutivos do direito. Artigo 333, do Código de Processo Civil. Inteligência do art. 1.238, do Código Civil de 2016. Accessio possessionis. Requisitos. Procedência do pedido. Sentença reformada. O fato de o imóvel que se pretende usucapir se situar em loteamento irregular, não sendo possível o seu registro, não obsta a pretensão autoral, de usucapião, que é um modo de aquisição originária. Para a declaração da prescrição aquisitiva é necessário o preenchimento dos requisitos legais que a autorizam, ou seja, exige-se, apenas, o exercício da posse mansa e pacífica, com ânimo de dono, de forma contínua, pelo período previsto em lei. Comprovados os requisitos ensejadores à usucapião extraordinária, bem como a posse exclusiva e os demais requisitos legais, a procedência do pedido é medida que se impõe.

(TJMG - Apelação Cível 1.0471.15.018280-9/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, DJe 31/5/2019)

Usucapião. Módulo rural. Área. Loteamento irregular. Irrelevância. Há possibilidade jurídica do pedido de usucapião, independentemente da área usucapienda ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo Estatuto da Terra. O fato de o imóvel que se pretende usucapir estar localizado em loteamento irregular não é causa suficiente para rechaçar a prescrição aquisitiva.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.15.003402-3/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, DJe 29/6/2018)

Apelação cível. Preliminar. Cerceamento de defesa. Usucapião extraordinário. Loteamento irregular. Área inferior ao módulo rural. Irrelevância. (...) 2 - Preenchidos os requisitos necessários para a usucapião, é irrelevante o fato de o imóvel estar situado em loteamento irregular ou possuir metragem inferior ao módulo rural estabelecido pelo Município.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.16.002051-7/001, Rel. Des. Octávio De Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, DJe 29/6/2018)

Apelação cível. Ação de usucapião rural. Loteamento irregular ou clandestino. Área inferior ao módulo rural. Usucapião. Possibilidade. Sentença terminativa. Cassação.

- Presentes os requisitos exigidos pela legislação, a parte tem direito à aquisição da propriedade pela usucapião, ainda que a área usucapienda seja inferior ao módulo previsto para a região em que se localize. (REsp 1.040.296/ES, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, jul. em 02/06/2015, DJe 14/08/2015), ou que o loteamento seja irregular ou clandestino.

- Se há possibilidade do exame do mérito da causa, a sentença terminativa é nula por violar o direito de ação.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.17.002306-3/001, Rel. Des. Ramon Tácio, 16ª Câmara Cível, DJe 3/8/2018)

No *TJRS*, é possível localizar os seguintes acórdãos:

Apelação cível. Usucapião. Bens imóveis. Aquisição do direito à propriedade não constitui obstáculo à aquisição originária do domínio. Imóvel que integra loteamento irregular. Pressupostos à declaração do domínio pela usucapião extraordinária com posse socialmente qualificada. Ação procedente. Apelo provido. Unânime.

(TJRS, Apelação Cível n. 70044097236, Rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich, Décima Sétima Câmara Cível, j 20/10/2011)

Apelação cível. Usucapião. Posse com justo título. Sentença de extinção do feito, com base no art. 485, IV, do CPC. A propositura da ação de usucapião com base no justo título encontra amparo legal, conforme art. 1.242 do CCB. Ausência de má-fé dos autores, pelo ajuizamento de ação de usucapião e não de adjudicação compulsória, sobremodo considerando a alegação de impossibilidade de simples outorga de escritura, por se tratar de loteamento irregular. Sentença desconstituída. Deram provimento ao recurso. Unânime.

(TJRS. Apelação Cível n. 70080065626, Rel. Des. Nelson José Gonzaga, Décima Oitava Câmara Cível, j 5/9/2019)

Apelação cível. Usucapião (bens imóveis). Condomínio *pro indiviso*. Loteamento irregular. Impossibilidade de adjudicação compulsória. Cabimento da ação de usucapião.

1. Do cabimento da ação de usucapião. Sentença de improcedência da ação por suposta inadequação da via eleita, entendendo, o magistrado a quo, haver possibilidade de aquisição da propriedade por meio derivado – regularização do registro ou propositura de ação de adjudicação compulsória. Existência de condomínio *pro indiviso* e loteamento irregular, do que decorre a ausência de individualização do lote no registro imobiliário, impossibilitando a regularização pelas vias registrais próprias e pelo procedimento de adjudicação compulsória. Falecimento do proprietário registral e de promitentes vendedores originários que também obsta a outorga pura e simples de escritura pública.

2. Dos requisitos para a declaração da prescrição aquisitiva. Necessidade da produção de prova testemunhal que inviabiliza a aplicação da teoria da causa madura, impondo-se a desconstituição da sentença e remessa dos autos à origem para fins de instrução. *Parecer ministerial acolhido. Apelo parcialmente provido. Sentença desconstituída.*

(TJRS, Apelação Cível n. 70082254442, Rel. Desa. Mylene Maria Michel, Décima Nona Câmara Cível, j 17/10/2019)

*Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Art. 1.2238 do CC. Loteamento irregular. A circunstância de a área usucapienda integrar o que se chama de loteamento irregular não é óbice para o ajuizamento da ação de usucapião. De acordo com o art. 1.238 do CC, adquire a propriedade aquele que, independentemente de título e boa-fé, possuir como seu um imóvel por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, reduzindo-se tal prazo para dez anos caso seja estabelecido no local sua moradia habitual, ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Hipótese em que a prova dos autos é suficiente para comprovar a existência de posse mansa, pela parte autora, sobre o imóvel, com *animus domini*, pelo prazo da prescrição aquisitiva, sendo impositiva a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido, ainda mais se considerada a inexistência de oposição pelos proprietários registrais que, devidamente citados, deixaram de contestar a demanda. Apelo provido. Unânime.*

(TJRS, Apelação Cível n. 70080653116, Rel. Des. Dilso Domingos Pereira, Vigésima Câmara Cível, j 24/4/2019)

No *TJSC*, conquanto se possa localizar julgado em sentido contrário (Apelação Cível n. 0001347-56.2009.8.24.0019, Rel. Des. *Carlos Roberto da Silva*, Câmara Especial Regional de Chapecó, DJe 14/5/2018), também

parece predominar o entendimento de que a usucapião pode ser declarada independentemente do registro.

Apelação cível. Usucapião. Extinção do feito, sem resolução do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido. Fração de imóvel que se pretende usucapir que está inserida em suposto loteamento irregular. Requisitos do artigo 1.242 do Código Civil presentes. Observância das normas de parcelamento do solo que não se apresenta como condição para o reconhecimento da usucapião. Posse mansa e pacífica exercida há mais de vinte anos. Prestação de serviços públicos mínimos. Cobrança de IPTU. Aparência de legalidade. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJSC, Apelação Cível n. 2014.057117-9, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17/9/2015)

Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Sentença de procedência. Insurgência do réu. Discussão acerca da nulidade do contrato de compra e venda pelo qual os autores adquiriram o imóvel que se revela despicienda. Usucapião extraordinária que despreza a existência de justo título, privilegiando o exercício da posse. Exegese do art. 1.238 do Código Civil. Imóvel localizado em loteamento irregular. Ausência de desmembramento da área. Irrelevância. Requisitos da lei de parcelamento do solo urbano que não se aplicam à forma de aquisição originária da propriedade. Prevalência, ademais, do direito à moradia e da função social da propriedade. Alegação de encravamento do imóvel do apelante. Não comprovação. Requisitos para configuração da usucapião extraordinária evidenciados pela prova dos autos. Segundo autor que, embora tenha deixado de residir no local, permitiu a estadia de seu pai, o que configura o exercício de posse indireta. Pedido subsidiário de minoração dos honorários sucumbenciais. Impossibilidade. Verba já arbitrada no patamar mínimo legal em primeira instância. Honorários recursais. Fixação devida. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0301003-69.2015.8.24.0058, Rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6/2/2018).

Apelação cível. Sentença de procedência em ação de usucapião extraordinária, fundada no art. 1.238, caput, do Código Civil atual. Insurgência interposta pelo Ministério Público, sob a alegação de que a área usucapienda não se amolda às exigências sobre o parcelamento do solo previstas na Lei Federal n. 6.766/79 e na legislação municipal, tratando-se de loteamento irregular. Circunstância incapaz, per se, de inviabilizar declaração de domínio pela via da usucapião, que consubstancia modo de aquisição originária da propriedade. Precedentes desta Corte. Substrato probatório que, ademais, evidencia estarem reunidos os pressupostos indispensáveis para o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Eficaz demonstração da posse, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com animus domini, pelo prazo de 20 anos,

considerada a accessio possessionis. Regra geral de transição a que alude o art. 2.028 do Código Civil vigente. Aplicabilidade, à espécie, das disposições do art. 550 do Código Civil de 1916. Manutenção da decisão. Recurso conhecido e desprovido. "Presentes os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração da aquisição originária da propriedade, independentemente de eventual irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, tendo em vista a boa-fé do pretendente, o interesse social do provimento almejado e a função social da propriedade urbana" (TJSC, AC n. 2012.061611-6, de Camboriú, rel.: Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 04/10/2012).

(TJSC, Apelação Cível n. 2012.057051-1, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 24/10/2013).

Apelação cível. Ação declaratória. Usucapião. Procedência à origem. Recurso do Ministério Público. Área usucapienda. Parcelamento do solo urbano. Lei n. 6.766/1979. Imóvel localizado em loteamento irregular. Irrelevância. Incremento por requisito ausente na legislação constitucional e ordinária atinente ao instituto da usucapião. Neoconstitucionalismo. Direito Civil Constitucional. Violação transversal ao princípio da legalidade e aos direitos da dignidade humana e função social da propriedade. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Tema n. 815. "A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espreque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião. (TJSC, Apelação Cível n. 0001070-23.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017)" Prescrição aquisitiva ordinária. Artigo 1.242 do Código Civil. Constância dos pressupostos caracterizadores. Recurso desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0002432-03.2012.8.24.0139, Rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 20/8/2019)

Apelação cível. Ação de usucapião de imóvel urbano. Sentença de procedência. Insurgência do Ministério Público. Imóvel usucapiendo situado em loteamento irregular. Alegada infringência à Lei de Parcelamento do Solo (Lei n. 6.766/1979). Descabimento. Circunstância que não obsta a aquisição da propriedade via prescrição aquisitiva. Normas urbanísticas que não devem se sobrepor ao direito de moradia. Existência de ação civil pública em tramitação na Justiça Federal. Discussão acerca de suposta irregularidade no loteamento e sobre eventual supressão de vegetação naquela área. Ausência de óbice à pretensão de declaração da propriedade originária. Manifestação do Ministério Público Federal exarada naquele feito nesse sentido. Ausência de irrisignação em relação ao cumprimento dos requisitos da modalidade extraordinária de usucapião (art. 1.238, CC). Sentença

mantida. “A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espeque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião” (TJSC, Apelação Cível n. 0001070-23.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017).

Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0300388-59.2017.8.24.0139, Rel. Des. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12/9/2019).

O *TJBA*, da mesma forma, já acolheu a tese jurídica propugnada:

Apelação cível. Ação de usucapião. Sentença que julgou improcedente a ação. Parcelamento irregular do imóvel. Circunstância que não se configura em óbice à aquisição originária da propriedade. Necessidade de instrução do feito. Sentença cassada. O fato de o imóvel conter alguma irregularidade no seu parcelamento, por si só, não se traduz em impedimento para à aquisição do domínio do imóvel pela usucapião, desde que preenchidos os pressupostos previstos na legislação vigente para autorizar o êxito da ação proposta e desde que não esteja explícita a má-fé do usucapiente que tenha como fito, simplesmente, burlar a legislação.

(TJBA, Apelação Cível n. 0003845-08.2011.8.05.0271, Rel. Des. Gesivaldo Nascimento Britto, Segunda Câmara Cível, DJe 10/9/2014)

Aqui no *STJ*, há julgados em sentido contrário, isto é, que proíbem a usucapião de imóveis com área inferior ao módulo (urbano ou rural) definido em norma local: AgRg nos EDcl no Ag 1.407.458/RJ, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, julgado em 7/5/2013, DJe 14/5/2013 e REsp 402.792/SP, Rel. Ministro *Jorge Scartezzini*, Quarta Turma, DJ 6/12/2004.

A *ratio decidendi* incorporada nestes acórdãos inviabiliza a declaração de usucapião noutras situações de irregularidade fundiária, mas referida orientação encontra-se superada pelo mencionado RE n. 422.349, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 5/8/2015, que assentou a possibilidade de usucapião de áreas inferiores ao módulo urbano definido em lei municipal, desde que superiores a 250 m².

Atualmente, as Turmas de Direito Privado adotam posicionamento compatível com o do STF, tendo, inclusive, a Segunda Seção desta Corte editado precedente qualificado, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais

repetitivos n. 1.667.482/SC e 1.667.843/SC (*Tema n. 985*), fixado a seguinte tese jurídica:

Recurso especial representativo de controvérsia. Usucapião extraordinária. Imóvel usucapiendo com área inferior ao módulo urbano disposto na legislação municipal. Requisitos previstos no art. 1.238 do CC: posse, *animus domini*, prazo de 15 (quinze) anos. Reconhecimento do direito à aquisição da propriedade não sujeito a condições postas por legislação diferente daquela que disciplina especificamente a matéria.

1. Tese para efeito do art. 1.036 do CPC/2015: *O reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal.*

2. No caso concreto, recurso especial não provido, a fim de afirmar a inexistência de impedimento para que o imóvel urbano, com área inferior ao módulo mínimo municipal, possa ser objeto da usucapião extraordinária.

(REsp 1.667.843/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 5/4/2021)

Consultando o acervo de julgados desta Corte, ainda é preciso destacar que o acórdão da Terceira Turma proferido no julgamento do REsp 1.431.244/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 15/12/2016, aparentemente contrário ao entendimento propugnado neste voto, não se aplica perfeitamente à hipótese dos autos. Isso porque versa sobre o cabimento da ação de usucapião para obter a individualização e registro de fração ideal em propriedade condominial, e não propriamente sobre a usucapião de imóveis não regularizados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado.

Processual Civil. Recurso especial. Ação de usucapião. Loteamento irregular. Pretensão. Registro individualizado da matrícula da parcela ideal. Condições da ação. Interesse de agir. Aferição. Necessidade, utilidade e adequação. Ausência.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se a ação de usucapião é o meio jurídico adequado para que os recorrentes obtenham a individualização e o registro de fração ideal de imóvel objeto de condomínio em loteamento irregular.

2. O interesse de agir é condição da ação, e, assim, corresponde à apreciação de questões prejudiciais de ordem processual relativas à necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional, que devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção.

3. O provimento jurisdicional pleiteado pelo autor deve ser, em abstrato, capaz de lhe conferir um benefício que só pode ser alcançado com o exame de uma

situação de fato que possa ser corrigida por meio da pretensão de direito material citada na petição inicial. Em outras palavras, só é útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional se o provimento de mérito requerido for apto, em tese, a corrigir a situação de fato mencionada na inicial.

4. Nem o reconhecimento da prescrição aquisitiva, nem a divisão do imóvel têm, em tese, o condão de modificar a situação de fato mencionada na inicial, referente à impossibilidade de obtenção do registro individualizado de fração ideal de condomínio irregular, pois não há controvérsia sobre a existência e os limites do direito de propriedade, sequer entre os condôminos.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.431.244/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 15/12/2016).

Também é possível localizar acórdão da Terceira Turma que reputou inadmissível a utilização de ação de usucapião com o objetivo de declarar a propriedade de área encravada em terreno particular, desprovida de matrícula autônoma.

Confira-se:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação de usucapião. Imóvel rural fracionado. Inexistência de matrícula individualizada. Interesse de agir. Ausência. Precedente. Agravo desprovido.

1. É inadmissível a utilização da ação de usucapião para que a parte obtenha a individualização e o registro de fração de imóvel objeto de condomínio em loteamento irregular. Assim, será útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional somente quando o provimento pretendido for apto a corrigir a situação concreta, isto é, se a pretensão de direito material tem aptidão para solucionar a questão de fato objeto de controvérsia, o que não se verifica na espécie. Precedente.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.539.964/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 12/12/2019)

Na ocasião, todavia, utilizou-se como fundamento o mencionado REsp 1.431.244/SP, da Relatoria da Ministra *Nancy Andrigli*, que, como visto, tratava de hipótese distinta, razão pela qual o acórdão em referência não pode ser tomado como representativo do posicionamento do STJ a respeito do tema ora em debate.

Por fim, ainda é preciso destacar que entre os requisitos para o deferimento da usucapião administrativa, prevista no art. 216-A da Lei de Registros Públicos,

não se observa a exigência de um plano de parcelamento do solo aprovado pelo Poder Público, havendo previsão, apenas, de manifestação da União, Estado ou Município, conforme o caso, acerca do pedido formulado.

Confira-se:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação,

o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

Talvez por isso, FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO tenha assinalado que a possibilidade de reconhecimento administrativo da usucapião constitui valioso mecanismo para solucionar o problema da regularização fundiária.

Confira-se:

A usucapião administrativa revela uma forma de solução extrajudicial para o problema de ocupação irregular. Para o tratamento de ocupações coletivas, nas quais se verifica a necessidade de regularização fundiária, com finalidade social, a lei exige a legitimação da posse por parte do poder público que será convertido após o decurso de cinco anos em propriedade para o seu titular (art. 57, § 5º, e 6º da Lei 11.977/2009) [revogado pela Lei n. 13.465/2017].

[...]

O art. 216-A da Lei de Registros Públicos (modificado pelo art. 1.071 do NCP) também prevê a possibilidade de usucapião pela modalidade administrativa, na qual a atividade do notário e do registrador será relevante, pois o pedido dependerá da integração de ambos para a criação da matrícula. A apresentação do pedido será realizada por ato notarial que certifique o prazo e as características da ocupação, com os documentos elencados (incs. II a IV), prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento do pedido (Usucapião. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85).

Portanto, desde que atendidas as formalidades legais e ouvido Poder Público, o Oficial do Registro estará plenamente autorizado a reconhecer a prescrição aquisitiva e abrir nova matrícula, efetuando o competente registro, ainda quando se tratar de imóvel situado em área irregular.

(3) Interferência no procedimento de regularização fundiária

Ainda importa saber se o eventual reconhecimento da usucapião dos imóveis em testilha poderia tumultuar, de forma indevida, a regularização da área apontada.

É certo que existe, no Distrito Federal, um problema muito sério de regularização fundiária, problema esse que fez surgir, ao longo do tempo, grande indisposição e má vontade com todas as ocupações irregulares de terras.

Em alguma medida, sempre que se levanta a questão, parece adotar-se a premissa de que os ocupantes de áreas irregulares agem de má-fé, poluem o meio ambiente e causam transtornos à cidade, sendo frequente, tal como observa JOSÉ RENATO NALINI, em outros contextos, identificar o loteamento clandestino como uma comunidade de invasores (Direitos que a Cidade Esqueceu, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53).

Esse preconceito em relação as ocupações clandestinas de terra é bem percebido na manifestação que a ANOREG apresentou como *amicus curiae*. De acordo com aquela instituição não seria possível, como linha de princípio, admitir a usucapião de terras irregulares tendo em vista a supremacia do interesse público.

Mas referido posicionamento só faz sentido quando se parte da premissa de que toda ocupação irregular é contrária ao interesse público.

Ocorre que nem todas as ocupações irregulares são iguais.

TOLSTÓI, em célebre frase de Anna Karenina, afirma que *todas as famílias felizes se parecem; as infelizes são infelizes cada uma à sua maneira*. (Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pp000003.pdf>. Acesso aos 8/6/2021).

Da mesma forma, conquanto se possa admitir que as ocupações regulares compartilham quase sempre as mesmas características, é preciso assinalar que as ocupações irregulares, são irregulares de diferentes maneiras. Pode ser, por exemplo, que uma determinada ocupação não respeite o módulo mínimo estabelecido em lei municipal, que ultrapasse o gabarito definido no Plano Diretor, que não observe as normas de segurança e salubridade, que prejudique o meio ambiente ou pode ser, simplesmente, que ela se verifique em local ainda não destinado pelo Poder Público para aquela finalidade específica.

Todas essas circunstâncias e muitas outras são suficientes para que se fale em ocupação irregular, mas nem todas, como se vê, atentam contra o interesse público ou contra a ordem urbanística.

O art. 182 da CF, vale lembrar, estabelece que *a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

Assim, levando-se em conta o comando constitucional, é preciso ter em mente que o Poder Público não faz favor nenhum quando promove a regularização de áreas ocupadas irregularmente. Muito pelo contrário, limita-se a desempenhar uma obrigação que lhe foi expressamente confiada pela CF. Admitindo-se que a regularização fundiária concorre para a segurança, saúde e bem estar da população e, bem assim, que esses são deveres essenciais do Estado, nada mais lógico do que concluir que a Administração Pública tem o dever de promover a regularização fundiária.

Nesse sentido, os arts. 9º e 10 da Lei n. 13.465/2017 não poderiam ser mais expressos:

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

§ 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

§ 2º A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb [Regularização Fundiária Urbana, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Em suma, não parece acertado assumir como linha de princípio que as ocupações irregulares do solo atentem, todas elas, contra o interesse público. Muito ao revés, o que atenta contra o interesse público é a inércia do Estado em promover e disciplinar a ocupação do solo.

No caso dos autos, essa omissão estatal é mais do que flagrante. A ocupação da área está sedimentada há décadas e contou com a anuência implícita do Poder Público, que fingiu não ter visto nada, tolerou durante todos esses anos e ainda providenciou a instalação de vários serviços e equipamentos públicos, como pavimentação de ruas, iluminação pública, linhas de ônibus, praça pública, posto do DETRAN; etc. Não por outro motivo, a região é conhecida como Setor Tradicional de Planaltina, o que bem denota a idade do parcelamento do solo.

Essa análise preliminar e superficial dos fatos parece mesmo indicar que a ocupação levada a efeito não atenta contra o interesse público ou contra a ordem urbanística. Muito pelo contrário, se a situação já está consolidada há tanto tempo, talvez seja mais razoável imaginar que o interesse público reside, precisamente, na manutenção desse estado de coisas.

Proporcionar o bem-estar é princípio constitucional que ninguém pode olvidar.

Em suma, não há nenhum motivo concreto para imaginar que a declaração de usucapião dos imóveis em testilha possa atrapalhar o processo de regularização fundiária da região.

A definição dos verdadeiros proprietários do solo configura, em hipóteses como a dos autos, o primeiro passo para o restabelecimento da ordem urbana, aplaudindo o bem-estar e a paz social.

Imagine-se, por exemplo, que o Distrito Federal tenha planejado a construção de uma escola ou um posto de saúde em determinada área do

Setor Tradicional de Planaltina, hoje ocupada por particulares de boa-fé. Nessa conjuntura, havendo necessidade de desapropriação, a indenização correspondente deve ser paga a quem de direito e não àquele que figura no Registro de Imóveis como o proprietário da terra.

Não parece mesmo justo que a indenização em caso de desapropriação seja paga ao proprietário do imóvel assim indicado no registro de imóveis, e não àquele que efetivamente o adquiriu por usucapião.

Aliás, o tal proprietário só tem lembrança, se é que tem, de que um dia possuiu aquele imóvel. Mera recordação.

Por outro lado, nas situações em que o imóvel esteja sendo eventualmente usado de forma contrária ao interesse público, o Poder de Polícia da Administração deve ser dirigido àquele que efetivamente se apresenta como dono do imóvel, e não àquele assim indicado no Registro de Imóveis.

Nesse mesmo sentido, o posicionamento de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO:

Controverte a doutrina sobre questões atinentes a parcelamentos do solo clandestinos, ocupação de áreas de mananciais e de proteção ambiental, de risco ou inadequadas para moradias. **É preciso entender, porém, que eventuais ilegalidades dizem respeito à ocupação do solo, e não à declaração de propriedade.**

Parece pouco lógico que se negue a usucapião, mas se mantenham as posses sobre imóveis irregulares, perpetuando situação de incerteza. A usucapião não gera a ocupação irregular do solo, mas apenas é o primeiro passo para futura reurbanização. (Código Civil Comentado Coord. Min. Cezar Peluso, 5ª ed. São Paulo: Manole, 2011. p. 1.231 – sem destaque no original).

Sob essa perspectiva, a declaração da usucapião, ao contrário do que alegado pelo Ministério Público Federal, pode revelar-se, de extrema utilidade para o restabelecimento de uma situação de regularidade na ocupação urbana, imprimindo a dignidade humana e dando ensejo à compreensão de que o capital pode e deve ser humanista.

No dizer de RICARDO SAYEG e WAGNER BALERA:

O Capitalismo Humanista é regime jus-econômico correspondente à evolução do Capitalismo Liberal excludente rumo ao Capitalismo inclusivo, com a observância dos Direitos Humanos, edificada na dimensão econômica dos Direitos Humanos, na qual se reconhece o direito de propriedade privada e liberdade

econômica, apto a garantir a todos acesso a níveis dignos de subsistência; e assim, superando o mito da neutralidade ontológica entre essas duas categorias (Capitalismo e Direitos Humanos). (Fator CapH. *O Capitalismo Humanista. A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2019. pp. 29/30).

GOFFREDO TELES JÚNIOR, da mesma forma, ensina que pelas liberdades democráticas, o mandamento de dar a cada um o que é seu é substituído por um novo mandamento: o de dar a todos um pouco do que é seu (RAYMOND POLIN, “*A Obrigação Política*”. *Cap. IV, p. 4, in “Que são, afinal, os Direitos Humanos*”. *Revista do Advogado* n. 3, Ano, I, p. 12).

Assim, se pode prestigiar a dignidade humana, a boa-fé e a função social da propriedade.

Não se afirma, é importante frisar, que a usucapião constitui meio adequado para promover a regularização de loteamento clandestino.

Conforme dito anteriormente, as dimensões jurídica, urbanística e registral da ocupação não se confundem. Sabe-se que o loteamento não se tornará regular pelo simples fato de a propriedade dos bens imóveis que o integram ter sido declarada judicialmente. Uma coisa, repita-se, é o direito de propriedade, outra coisa, distinta, é a utilização que se faz dessa propriedade.

Nada obstante, a declaração da prescrição aquisitiva pode ser o primeiro passo para restabelecer a regularidade da ocupação urbana, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana que pode e deve ser feliz.

E o STJ deve honrar a cidadania.

(4) Competência para os atos de regularização fundiária urbana

Em seu recurso especial, o Ministério Público ainda alegou que seria atribuição exclusiva do Poder Administrativo Distrital promover a regularização fundiária urbana.

Fizesse-o! Mas é preferível fazer de conta que não se viu nada, jogar de lado, catimbar ou empurrar com a barriga.

Referida alegação, como bem identificado pelo Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, não veio amparada em indicação de ofensa a algum dispositivo de lei federal e tampouco foi invocado dissídio pretoriano quanto ao tema. Sob essa perspectiva, merece aplicação, portanto, a Súmula n. 284 do STF.

Seja como for, a questão parece superada ante a constatação de que o reconhecimento da usucapião, conforme indicado anteriormente, não configura regularização fundiária, mas simples reconhecimento da propriedade.

Em retrospectiva, tem-se o seguinte:

a) O registro na sentença de usucapião não foi mencionado pelas normas constitucionais e legais como requisito para a caracterização da prescrição aquisitiva, a qual se funda, essencialmente, na posse *ad usucapionem* e no decurso do tempo;

b) O art. 10 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) admite usucapião coletiva de núcleos urbanos informais,

c) O STF, no julgamento do RE n. 422.349, assentou que a lei não pode criar requisitos estranhos àqueles previstos no art. 183 do CF para o reconhecimento da usucapião e, implicitamente, admitiu a declaração de usucapião de área não regularizada;

d) Os arts. 1.238 e 1.241 do CC/02, ao afirmarem que a sentença de usucapião servirá como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis, não condicionam, nem a aquisição da propriedade, nem o ajuizamento da ação, nem a prolação da sentença de usucapião ao registro dessa mesma sentença no Cartório de Registro de Imóveis;

e) A prescrição aquisitiva é forma originária de aquisição da propriedade e a sentença judicial que a reconhece tem natureza meramente declaratória;

f) Não se deve confundir o direito de propriedade declarado pela sentença de usucapião (dimensão jurídica) com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística);

g) Em muitas situações de ocupação urbana irregular, o acertamento da propriedade do bem imóvel pela declaração de usucapião pode ser o primeiro passo para o restabelecimento da ordem urbanística;

h) A jurisprudência majoritária dos tribunais estaduais consultados entende não haver obstáculo processual ao ajuizamento de demanda com o objetivo de usucapir imóvel situado em loteamento irregular;

i) Não existe, no STJ, precedentes interditando o reconhecimento da propriedade pela usucapião de imóveis não regularizados;

j) A ANOREG admitiu a usucapião, porque a área foi loteada pelo Município de Planaltina de Goiás antes da criação do DF e a sua conformação

está sedimentada e mapeada, o que até permite a Administração Regional emitir certidões de regularização; e

k) desde o Código de Hamurabi se reconhece o direito à propriedade.

Por tudo isso, parece inadequado extinguir prematuramente as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina com fundamento no art. 485, VI, do NCPC em razão de uma suposta ausência de interesse de agir ou de uma suposta falta de condição de procedibilidade da ação.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial, mantida, para efeito dos arts. 1.036 do NCPC e 256-H do RISTJ, a tese jurídica fixada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal: *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: De início, cumprimento o ilustre procurador pela sustentação muito clara que produziu e também o eminente Relator pelo ilustrado voto a que adiro, ultrapassada a preliminar do não cabimento do IRDR.

A preliminar gravita o fato de o IRDR ter sido suscitado de ofício pelo Magistrado de Primeiro Grau, sem estar vinculado a um processo específico, com partes definidas e com contraditório estabelecido.

Já o recurso especial, foi suscitado pelo Ministério Público Federal, também sem representação dos legitimados na lide.

O em. Ministro Relator afasta a alegada questão prejudicial, destacando que, *“não apenas foi admitido, como efetivamente julgado, sendo certo que o especial ora sob apreciação foi manejado contra o acórdão que decidiu o próprio mérito daquele recurso ou daquele incidente”* e que *“o Ministério Público, nas razões do apelo nobre, deixou de alegar que o IRDR era incabível por não estar vinculado a um processo específico, não há como examinar essa questão, de ofício, agora neste grau recursal, tendo em vista o princípio constitucional da inércia da jurisdição”*.

Todavia, sobre essa questão preliminar referida no voto, penso que não se pode invocar a inércia inicial justamente para preservar o julgamento do caso, no qual especificamente violação aquele princípio, pois, aqui não se tem nem a possibilidade de falar em preclusão porque, a meu ver, não há partes, e a preclusão se dá contra as partes.

Quanto ao mérito, concordo que a existência prévia de matrícula ou de outro registro imobiliário não é requisito para a ação de usucapião. Desde que o imóvel seja suscetível de ser adquirido por particular, a meu ver, é possível tratar de usucapião.

Faço apenas uma observação ao que consta da ementa no que se refere à sentença da usucapião de que teria natureza meramente declaratória, quando, na verdade, tem também aspecto constitutivo, pois possui evidente dimensão instituidora da condição de proprietário, de forma originária, para aquele em favor de quem é prolatada a decisão

Faço essa observação relativamente ao relevante ponto que, equivocadamente, *data venia*, consta da ementa.

No mais, estou acompanhando o cuidadoso e detalhado voto do eminente Relator, *Ministro Moura Ribeiro*.

É o voto.