

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.161 - SP (2021/0054416-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : CRISTIANO KINCHESCKI - DF034951
KARINE GONÇALVES SCARANO - SP258005
RECORRIDO : FERTILIZANTES HERINGER S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME : FERTILIZANTES HERINGER S.A
ADVOGADOS : JÚLIO KAHAN MANDEL - SP128331
PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
INTERES. : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - ADMINISTRADOR
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP098628

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO A TERMO DE MOEDA. *NON-DELIVERABLE FORWARD*. DISCUSSÃO ACERCA DA SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DELE DECORRENTES AO PLANO DE SOERGUMENTO. ART. 49 DA LEI 11.101/05. FATO GERADOR ANTERIOR À DATA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCURSALIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Impugnação de crédito apresentada em 10/10/2019. Recurso especial interposto em 1/10/2020. Autos encaminhados à Relatora em 9/3/2021.
2. O propósito recursal, além de averiguar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, é definir se créditos decorrentes de contratos a termo de moeda (*non-deliverable forward*) submetem-se aos efeitos da recuperação judicial do devedor na hipótese de seus vencimentos ocorrerem após o deferimento do pedido de soerguimento.
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses do recorrente.
4. De acordo com a norma do art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, não se submetem aos efeitos do processo de soerguimento aqueles credores cujas obrigações foram constituídas após a data em que o devedor ingressou com o pedido de recuperação judicial.
5. O contrato a termo de moeda, espécie de instrumento derivativo, possibilita proteção de riscos de mercado decorrentes da variação cambial. Por meio dele, assume-se a obrigação de pagar a quantia correspondente à diferença resultante entre a taxa de câmbio contratada e a taxa de mercado da data futura estabelecida na avença.
6. Os contratos derivativos, de modo geral, classificam-se como contratos

Superior Tribunal de Justiça

aleatórios, firmados com a finalidade precípua de expor as partes à alternativa recíproca de ganho ou perda, de acordo com a ocorrência de evento futuro e incerto. Doutrina.

7. A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica estabelecida entre credor e devedor, devendo-se levar em conta, para sua aferição, a ocorrência do respectivo fato gerador, isto é, a data da fonte da obrigação. Precedente qualificado. Tema repetitivo n. 1.051.

8. A fonte (fato gerador) da obrigação de pagar a quantia que vier a ser liquidada na data do vencimento do contrato a termo de moeda é o próprio contrato firmado com a instituição bancária.

9. A oscilação do parâmetro financeiro (taxa de câmbio) constitui evento previsto e traduz risco deliberadamente assumido pelas partes, não sendo ela, todavia, a gênese da respectiva obrigação.

10. Ademais, excetuadas as hipóteses de extraconcursalidade expressamente previstas na Lei 11.101/05, a não sujeição dos créditos posteriores ao pedido de soerguimento ao processo recuperacional tem como objetivo incentivar que terceiros, apesar da condição de crise enfrentada pela sociedade empresária, venham (ou continuem) a manter relações negociais com esta, conferindo, assim, efetividade ao princípio da preservação da empresa e funcionando como elemento fundamental à continuidade das atividades, à manutenção dos empregos e à satisfação dos interesses dos credores. Nesse passo, como as operações em questão, uma vez que contratadas antes do pedido de soerguimento, não contribuem com o reerguimento econômico da recorrida, o crédito apurado na data da liquidação deve submeter-se aos efeitos do plano.

11. Por derradeiro, no que concerne aos arts. 193 e 194 da Lei 11.101/05, apontados como violados pelo recorrente, dessume-se que não houve impugnação específica aos fundamentos utilizados pelo aresto impugnado quanto à sua não incidência na espécie.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Dr. CRISTIANO KINCHESCKI, pela parte RECORRENTE: BANCO DO BRASIL SA

Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento)

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.161 - SP (2021/0054416-7)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : CRISTIANO KINCHESCKI - DF034951
KARINE GONÇALVES SCARANO - SP258005
RECORRIDO : FERTILIZANTES HERINGER S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
OUTRO NOME : FERTILIZANTES HERINGER S.A
ADVOGADOS : JÚLIO KAHAN MANDEL - SP128331
PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
INTERES. : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - ADMINISTRADOR
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP098628

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por BANCO DO BRASIL S/A, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ação: recuperação judicial de FERTILIZANTES HERINGER S/A.

Decisão: rejeitou a impugnação de crédito apresentada pela recorrida, que, no que interessa à espécie, pretendia a inclusão do valor correspondente a R\$ 7.065.493,13 – concernentes a saldo relativo a contratos a termo de moeda (*non-deliverable forward*) – na classe III (quirografários) do quadro de credores.

Acórdão: deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrida, para reconhecer a sujeição aos efeitos da recuperação judicial do crédito antes referido:

Recuperação judicial – Impugnação de crédito – Improcedência – Inconformismo parcial – Acolhimento em parte – Contratos de moeda a termo (em inglês, “non-deliverable forward” ou “NDF”), celebrados antes do pedido de recuperação judicial – Natureza de derivativo – Espécie de *hedge* contratado em mercado de balcão, tendo por objeto proteção contra a variação cambial futura, sem entrega física de moeda – Data de vencimento e liquidação posterior ao pedido de recuperação judicial, quando se poderia apurar crédito ou débito para a contratante (no caso, a recuperanda) – Obrigação de arcar com crédito apurado em favor da instituição financeira que já existia na data do pedido de

recuperação judicial – Ilíquidez/liquidação futura na data do pedido de recuperação judicial que não implica extraconcursalidade do crédito – Inteligência do art. 6º, §§ 1º e 3º, c.c. art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/05 – Art. 49, *caput*, que, ademais, deve ser objeto de interpretação lógica e sistemática, notadamente em conjunto com os arts. 47 e 67 – Não sujeição à recuperação judicial de créditos posteriores ao pedido que visa a garantir que, a despeito de ter pedido recuperação judicial, o devedor continue tendo acesso a bens, serviços e crédito, necessários para a continuação da atividade, para o soerguimento e para a preservação da empresa – Crédito discutido no caso cujo fato gerador (contratação de proteção contra o risco cambial) é anterior ao pedido de recuperação – Exame dos autos que não corrobora o enquadramento do caso nos arts. 193 e 194, da lei de regência – Consequente sujeição do crédito em questão à recuperação judicial, a ser habilitado, na classe III, descabida compensação com créditos apurados em favor da recuperanda, em observância à “par conditio creditorum” – Cabimento dos honorários advocatícios em incidente de impugnação de crédito, quando haja litigiosidade, existente no caso – Montante fixado na decisão agravada que se mostra adequado ao objeto do litígio (consideradas as impugnações de crédito ajuizadas por ambas as partes e julgadas em conjunto) – Redistribuição, contudo, à luz do acolhimento da pretensão recursal no que tange à habilitação dos créditos derivados dos contratos de moeda a termo, observada a totalidade do objeto litigioso, na proporção de 80% para os patronos do agravado e 20% para os patronos do agravante – Decisão agravada reformada em parte – Recurso provido em parte.

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 11, 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/15 e dos arts. 49, *caput*, 193 e 194 da Lei 11.101/05. Além de apontar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, defende a tese de que os créditos derivados de contratos de termo de moeda, no particular, ostentam natureza extraconcursal, pois seus fatos geradores ocorreram depois do deferimento do pedido de soerguimento. Assim, como se trata de crédito inexistente à data do precitado requerimento, não pode ele ser incluído no plano. Como reforço à sua tese, argumenta que os NDFs são operações assumidas no âmbito de câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e liquidação e objeto de regulamentação própria, de modo que se afiguram aplicáveis à hipótese

Superior Tribunal de Justiça

os ditames dos arts. 193 e 194 da LFRE (que impõem um modo específico de liquidação).

Juízo de admissibilidade: o Tribunal de origem admitiu a subida do recurso especial.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.161 - SP (2021/0054416-7)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : CRISTIANO KINCHESCKI - DF034951
KARINE GONÇALVES SCARANO - SP258005
RECORRIDO : FERTILIZANTES HERINGER S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
OUTRO NOME : FERTILIZANTES HERINGER S.A
ADVOGADOS : JÚLIO KAHAN MANDEL - SP128331
PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
INTERES. : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - ADMINISTRADOR
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP098628

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO A TERMO DE MOEDA. *NON-DELIVERABLE FORWARD*. DISCUSSÃO ACERCA DA SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DELE DECORRENTES AO PLANO DE SOERGIMENTO. ART. 49 DA LEI 11.101/05. FATO GERADOR ANTERIOR À DATA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCURSALIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Impugnação de crédito apresentada em 10/10/2019. Recurso especial interposto em 1/10/2020. Autos encaminhados à Relatora em 9/3/2021.
2. O propósito recursal, além de averiguar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, é definir se créditos decorrentes de contratos a termo de moeda (*non-deliverable forward*) submetem-se aos efeitos da recuperação judicial do devedor na hipótese de seus vencimentos ocorrerem após o deferimento do pedido de soergimento.
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses do recorrente.
4. De acordo com a norma do art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, não se submetem aos efeitos do processo de soergimento aqueles credores cujas obrigações foram constituídas após a data em que o devedor ingressou com o pedido de recuperação judicial.
5. O contrato a termo de moeda, espécie de instrumento derivativo, possibilita proteção de riscos de mercado decorrentes da variação cambial. Por meio dele, assume-se a obrigação de pagar a quantia correspondente à diferença resultante entre a taxa de câmbio contratada e a taxa de mercado da data futura estabelecida na avença.
6. Os contratos derivativos, de modo geral, classificam-se como contratos aleatórios, firmados com a finalidade precípua de expor as partes à

alternativa recíproca de ganho ou perda, de acordo com a ocorrência de evento futuro e incerto. Doutrina.

7. A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica estabelecida entre credor e devedor, devendo-se levar em conta, para sua aferição, a ocorrência do respectivo fato gerador, isto é, a data da fonte da obrigação. Precedente qualificado. Tema repetitivo n. 1.051.

8. A fonte (fato gerador) da obrigação de pagar a quantia que vier a ser liquidada na data do vencimento do contrato a termo de moeda é o próprio contrato firmado com a instituição bancária.

9. A oscilação do parâmetro financeiro (taxa de câmbio) constitui evento previsto e traduz risco deliberadamente assumido pelas partes, não sendo ela, todavia, a gênese da respectiva obrigação.

10. Ademais, excetuadas as hipóteses de extraconcursalidade expressamente previstas na Lei 11.101/05, a não sujeição dos créditos posteriores ao pedido de soerguimento ao processo recuperacional tem como objetivo incentivar que terceiros, apesar da condição de crise enfrentada pela sociedade empresária, venham (ou continuem) a manter relações negociais com esta, conferindo, assim, efetividade ao princípio da preservação da empresa e funcionando como elemento fundamental à continuidade das atividades, à manutenção dos empregos e à satisfação dos interesses dos credores. Nesse passo, como as operações em questão, uma vez que contratadas antes do pedido de soerguimento, não contribuem com o reerguimento econômico da recorrida, o crédito apurado na data da liquidação deve submeter-se aos efeitos do plano.

11. Por derradeiro, no que concerne aos arts. 193 e 194 da Lei 11.101/05, apontados como violados pelo recorrente, deduz-se que não houve impugnação específica aos fundamentos utilizados pelo aresto impugnado quanto à sua não incidência na espécie.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.161 - SP (2021/0054416-7)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : CRISTIANO KINCHESCKI - DF034951
KARINE GONÇALVES SCARANO - SP258005
RECORRIDO : FERTILIZANTES HERINGER S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
OUTRO NOME : FERTILIZANTES HERINGER S.A
ADVOGADOS : JÚLIO KAHAN MANDEL - SP128331
PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
INTERES. : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - ADMINISTRADOR
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP098628

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

O propósito recursal, além de averiguar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, é definir se créditos decorrentes de contratos a termo de moeda (*non-deliverable forward*) submetem-se aos efeitos da recuperação judicial do devedor na hipótese de seus vencimentos ocorrerem após o deferimento do pedido de soerguimento.

1. BREVE DELINEAMENTO FÁTICO.

Para evitar os riscos da flutuação da taxa de câmbio relativa ao Dólar estadunidense, a recorrida, em momento anterior à protocolização de seu pedido de recuperação judicial, firmou diversos contratos a termo de moeda (denominados no mercado financeiro, também, de *non-deliverable forward*- NDF), que originaram, ao fim e ao cabo, um crédito correspondente a R\$ 7.065.493,13 em favor da instituição financeira.

Tais créditos, titularizados pelo recorrente, não foram arrolados pelo administrador judicial como sujeitos aos efeitos do processo de soerguimento, ao

argumento de que os respectivos fatos geradores ocorreram posteriormente ao pedido recuperacional.

Insatisfeita com a inferência de que se trata de créditos extraconcursais, insurgiu-se quanto ao ponto a devedora/recorrida, defendendo a tese de que, como aquelas avenças foram firmadas antes da deflagração do processo de recuperação, era de rigor sua submissão ao plano.

O juízo de primeiro grau, todavia, rejeitou a pretensão deduzida pela recuperanda, por entender que, dada a natureza do NDF, seria impossível reconhecer, à data da contratação, se haveria crédito em favor da contratante ou da contratada, de modo que somente quando houvesse a liquidação das obrigações (que ocorreria após o deferimento do pedido de soerguimento) se poderia apurar o saldo final.

O Tribunal de origem, por seu turno, manifestou posição diversa, entendendo que o fato gerador do crédito em questão remonta às datas das contratações das operações de proteção à flutuação cambial, de maneira que, sendo estas anteriores ao pedido de recuperação, deve haver sujeição da dívida ao plano.

Assim sumariada a marcha processual, passa-se ao enfrentamento das questões jurídicas trazidas ao exame desta Corte.

2. DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O Tribunal de origem se pronunciou de maneira a abordar todos

os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.

De se notar que a questão apontada como omissa – se havia ou não crédito constituído em favor do Banco do Brasil decorrente dos contratos a termo de moeda na data do pedido de recuperação judicial – foi expressamente enfrentada pela Corte *a quo*, conforme se deduz de mera leitura da seguinte passagem do acórdão (e-STJ fl. 327):

No caso, os contratos NDF foram celebrados antes do pedido de recuperação judicial. Ainda que a data de vencimento das operações e, conseqüentemente, da liquidação, seja posterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito ou débito então apurado tem como fato gerador a operação de proteção ao risco cambial anteriormente contratada.

Em outras palavras, na data do pedido de recuperação judicial, a obrigação da agravante de arcar com débito que viesse a resultar da liquidação da operação na respectiva data de vencimento já existia.

Ademais, não se pode cogitar da caracterização de omissão, contradição ou obscuridade pelo simples fato de a decisão impugnada seguir trilha argumentativa diversa daquela defendida pela parte vencida, como na espécie.

3. DO CONTRATO A TERMO DE MOEDA: *NON-DELIVERABLE FORWARD* (NDF).

O contrato a termo de moeda consiste em operação passível de ser utilizada – como na espécie – para fins de proteção (*hedge*) em relação a riscos de mercado decorrentes da variação cambial, ou seja, do descasamento da paridade verificável em negociações realizadas por quem auferir receita predominantemente em determinada moeda, mas adquire insumos ou matéria-prima em moeda diversa.

Superior Tribunal de Justiça

Trata-se de espécie do gênero contrato derivativo, que pode ser definido, segundo RACHEL SZTAJN como sendo o “contrato que tem como substrato um outro contrato, ativo ou posição financeira sujeito ao risco de flutuação de preço, que precisa ser enfrentado para que se possa crescer algum benefício aos contratantes” (Futuros e swaps: uma visão jurídica. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 215).

Os contratos derivativos, assim, refletem, por sua natureza, a busca de um mecanismo de defesa contra a volatilidade, contra a imprevisibilidade inerente a determinadas posições ou ativos dos quais derivam (daí, inclusive, sua denominação), o que pode afetar sensível e inesperadamente seus valores de negociação.

No que interessa à hipótese, cumpre destacar que o contrato a termo de moeda (*non-deliverable forward* – NDF) se caracteriza como um contrato derivativo cuja negociação não envolve entrega física de moeda estrangeira, isto é, possui apenas liquidação financeira em Real, a qual é realizada pela diferença entre a taxa a termo contratada e a taxa de mercado (no particular, a taxa de câmbio de referência é a PTAX – divulgada pelo Banco Central – do dia útil anterior ao do vencimento).

Exemplificando a operação, pode-se cogitar de um importador que, com receio de que a cotação do Dólar impacte negativamente a compra de produtos contratada nessa moeda, mas cujo pagamento deva ocorrer somente ao fim de 60 dias, celebra um contrato NDF com o Banco XYZ travando a cotação em R\$ 5,00. Se a cotação da moeda estrangeira estiver em R\$ 5,25 no vencimento, o importador terá uma dívida maior, em Reais, em face do vendedor daqueles produtos. Todavia, como firmou contrato a termo de moeda, receberá essa

diferença da instituição financeira, desembolsando ao final, portanto, o mesmo valor que desembolsaria caso o Dólar estivesse no mesmo patamar da taxa acordada (R\$5,00). Por outro lado, se a cotação estiver mais baixa na data do vencimento, sua dívida em relação ao vendedor, denominada em Reais, será menor, mas, em contrapartida, deverá pagar a diferença relativa à taxa de câmbio ao banco contratado.

Conforme se depreende do exemplo, não ocorre desembolso de numerário quando da contratação do NDF, uma vez que o ajuste e a apuração do resultado (positivo ou negativo) são diferidos para a data de vencimento ou de liquidação, quando, enfim, deverão ser pagos ou recebidos, pela instituição financeira, os valores correspondentes à diferença da taxa de câmbio.

Disso se pode concluir que, à época em que tais contratos são celebrados, além da ausência de definição do valor pelo qual serão liquidadas as obrigações assumidas, também inexistente determinação de quem será o beneficiado pelo ajuste a ser efetivado, haja vista que o resultado das operações NDF está vinculado diretamente à taxa de câmbio futura.

4. DO TEMA REPETITIVO 1.051/STJ E DAS NUANCES DA HIPÓTESE CONCRETA.

É sabido que, quando do julgamento do tema repetitivo 1.051, a Segunda Seção desta Corte assentou que, “para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador” (DJe 17/12/2020).

Todavia, no particular, a discussão gravita justamente em torno de se

definir em que momento ocorreu o fato gerador da obrigação de pagar a quantia derivada de contratos a termo de moeda, de modo que, salvo melhor juízo, a controvérsia não se resolve com a mera subsunção dos fatos à tese firmada.

De se notar que as controvérsias, nas hipóteses sob julgamento por ocasião da apreciação do tema repetitivo, gravitavam em torno de créditos que, apesar de concernentes a fatos ocorridos em momento anterior ao pedido de recuperação judicial (trabalho realizado, cobranças indevidas, interrupção da prestação de serviços e inscrição em cadastros de inadimplentes), estavam sendo discutidos judicialmente, o que exigia que se definisse se a existência de tais créditos condicionava-se ou não às datas em que proferidas as respectivas sentenças.

Portanto, versando a espécie dos autos sobre situação fática distinta, afigura-se necessário o exame da questão a partir das particularidades inerentes ao tipo de contrato celebrado.

5. DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE CONTRATOS A TERMO DE MOEDA.

O texto normativo do *caput* do art. 49 da Lei 11.101/05 estabelece que se sujeitam à recuperação judicial do devedor todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

É dizer, não são submetidos aos efeitos do processo de soerguimento aqueles créditos cujos fatos geradores ocorreram após a data em que o devedor ingressou com o pedido recuperacional.

Segundo compreensão defendida por MARLON TOMAZETTE, “[a]

aferição da existência ou não do crédito na data do pedido levará em conta o fato gerador do crédito, isto é, a data da fonte da obrigação. Assim, serão levadas em conta as datas de emissão de títulos de crédito, de conclusão dos contratos e da prestação de serviços pelos empregados" (Curso de Direito Empresarial, vol. 3. Editora Saraiva, 2019, p. 100, sem destaque no original).

Esta Terceira Turma, ao tecer considerações de ordem conceitual sobre a expressão crédito, já teve a oportunidade de definir que "[a] noção de crédito envolve basicamente a troca de uma prestação atual por uma prestação futura. A partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, um dos sujeitos, baseado na confiança depositada no outro (sob o aspecto subjetivo, decorrente dos predicados morais deste e/ou sob o enfoque objetivo, decorrente de sua capacidade econômico-financeira de adimplir com sua obrigação), cumpre com a sua prestação (a atual), com o que passa a assumir a condição de credor, conferindo a outra parte (o devedor) um prazo para a efetivação da contraprestação" (trecho do voto vencedor prolatado no REsp 1.634.046/RS – Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 18/5/2017).

Tratando-se de contrato a termo de moeda, entretanto, diferentemente do que ocorre em outras espécies de negócios jurídicos, a posição de credor não se evidencia a partir do cumprimento prévio de uma obrigação pela parte contrária, sendo necessário que se aguarde o implemento da condição pactuada (taxa de câmbio futura) para que se verifique o valor devido.

Essa situação de pendência, que perdura até a data do vencimento das operações, todavia, não autoriza concluir que o fato que dá origem à obrigação de pagar a quantia apurada seja outro que não a própria contratação.

Conforme assentado quando do julgamento do REsp 1.840.531/RS,

julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (Segunda Seção, DJe 17/12/2020), a existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e o credor.

Nesse passo, a obrigação de pagar imputada à recorrida não pode ser considerada constituída apenas na data prevista para liquidação das operações, haja vista que a existência do crédito correlato tem como fonte direta o negócio jurídico travado entre as partes contratantes.

De fato, se, conforme leciona MARLON TOMAZETTE, crédito representa o direito a uma prestação (*in* Curso de direito empresarial, v. 2. Saraiva, 2019), ou, ainda, em outras palavras, se a noção de crédito exprime o direito que o sujeito da relação obrigacional tem de receber, do devedor, a prestação previamente acordada, tem-se que, como esse direito decorre do contrato firmado entre as partes, outro não pode ser o fato gerador da obrigação senão o momento da celebração da avença.

Cuida a hipótese dos autos, portanto, para os fins do art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, de “créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

A par disso, não se pode descuidar que o contrato a termo de moeda caracteriza-se como aleatório, ou seja, possui como finalidade específica expor as partes à recíproca alternativa de ganho ou perda, de acordo com a ocorrência de evento futuro e incerto (no particular, a taxa de câmbio do dia útil anterior ao vencimento).

De fato, consoante lição da Professora JUDITH MARTINS-COSTA, o contrato *forward* (como os da espécie) é insitamente aleatório, acordando as partes “o pagamento recíproco de um determinado montante pecuniário expresso em diferentes moedas ou divisas, calculado por referência a uma taxa de câmbio

contratualmente prevista e a liquidar financeiramente em data futura (*forward*) [...]” (Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. // Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 15, n. 55, p. 350, sem destaque no original)

Trata-se, em verdade, de contrato aleatório absoluto, onde, nas palavras de NELSON ROSENVALD, “a sorte escolhe qual dos contratantes terá a vantagem com a sua execução”. “Trata-se de jogo de soma zero: a sorte de um contratante será o azar de outro. Não há possibilidade de os dois alcançarem os seus respectivos objetivos ou de ambos se frustrarem” (Código Civil Comentado. Coord. Cezar Peluso, 11^a ed. Barueri: Manole, 2017, p. 485).

Os contratantes assumem, na forma como leciona MARTINS-COSTA, “que o saldo final em termos de lucros e prejuízos será ditado pelo acaso, isto é, por um acontecimento aleatório que determinará o conteúdo ou o valor de uma ou mais prestações sem que haja a necessidade de um novo acordo entre as partes, já que o contrato, prevendo a álea, desde logo disciplina a forma como as partes hão de suportar os efeitos da sua realização” (ob. cit., p. 345, sem destaque no original).

Assim, na medida em que a forma pela qual as partes irão suportar os efeitos decorrentes das operações realizadas está pactuada desde a data da celebração – restando apenas a apuração do saldo definitivo no vencimento –, bem como que a produção desses efeitos não depende da prática de qualquer outro ato, é impositivo reconhecer que a origem, a fonte, o fato gerador das correspondentes obrigações é o próprio contrato, cuja eficácia plena se manifesta

desde a assinatura.

Com efeito, o evento que torna exigível a prestação por um dos contratantes é incerto (taxa de câmbio futura), mas a obrigação de pagar, apesar de sua indeterminação inicial, foi assumida já no momento da assinatura da avença: “[n]os contratos aleatórios, o risco integra a sua estrutura, sendo previsto desde logo pelas partes, as quais assumem obrigações cuja determinação está sujeita a um evento incerto” (*ibid.*, p. 353, sem destaque no original).

A oscilação do parâmetro financeiro constitui evento previsto e traduz risco deliberadamente assumido pelas partes, não sendo ela, todavia, a gênese da obrigação.

Vale registrar, outrossim, que, consoante o princípio da retroatividade da condição, defendido por SERPA LOPES e CARVALHO DE MENDONÇA, no que são endossados por NESTOR DUARTE, a condição pactuada contratualmente, uma vez implementada, faz com que o direito correspondente seja considerado “existente desde a celebração do negócio” (Código Civil Comentado. Coord. Cezar Peluso, 11^a ed. Barueri: Manole, 2017, p. 94).

Além disso, consoante bem apontado pelo acórdão recorrido, excetuadas as hipóteses de extraconcursabilidade expressamente previstas na Lei 11.101/05 – art. 49, §§ 3º e 4º, p.ex. –, a não sujeição dos créditos posteriores ao pedido de soerguimento ao processo recuperacional (art. 67 da LFRE) tem como objetivo incentivar que terceiros, apesar da condição de crise enfrentada pela sociedade empresária, venham (ou continuem) a manter relações negociais com esta, conferindo, assim, efetividade ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da LFRE) e funcionando como elemento fundamental à continuidade das

atividades, à manutenção dos empregos e à satisfação dos interesses dos credores. Nesse passo, arremata o e. Des. Relator em seu voto, “[...] contratadas as operações de proteção ao risco cambial, por meio dos contratos NDF, antes do pedido de recuperação judicial, e não se relacionando com qualquer meio concreto de contribuição ao soerguimento da recuperanda, o crédito apurado, na data da liquidação, em favor da instituição financeira agravada, está sujeito à recuperação judicial, a teor do art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/05” (e-STJ fl. 331).

Entendimento em sentido diverso, convém gizar, não seria apto a garantir tratamento isonômico à totalidade dos credores de uma mesma classe, pois possibilitaria que créditos decorrentes de contratos idênticos, eventualmente celebrados numa mesma data, fossem submetidos a situações díspares (concurssalidade x extraconcurssalidade) simplesmente em função dos vencimentos das operações contratadas, circunstância que atentaria contra a coerência do microssistema recuperacional.

Por derradeiro, no que concerne aos arts. 193 e 194 da Lei 11.101/05, apontados como violados pelo recorrente, deduz-se que não houve impugnação específica aos fundamentos utilizados pelo aresto impugnado quanto à sua não incidência na espécie.

Enquanto, por um lado, o recorrente defende a tese de que os créditos em questão seriam extraconcurssais em razão de o contrato a termo de moeda constituir operação assumida no âmbito de câmaras ou prestadoras de serviços específicas, onde ocorreria, de fato, a liquidação das operações na forma estabelecida em regulamento próprio, o acórdão recorrido, ao se debruçar sobre o tema, afastou a aplicabilidade das normas precitadas ao entendimento de que (i)

os contratos já haviam sido liquidados quando da apresentação da impugnação de crédito; (ii) não há provas de que tenha havido compensação nem liquidação no âmbito de referidas câmaras ou prestadores de serviços; e (iii) o cálculo do valor devido deveria ser elaborado pelo recorrente.

Assim, pode se constatar que, além da ausência de impugnação específica a esses fundamentos (Súmula 283/STF), a alteração das conclusões da Corte de origem esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ, pois exigiria revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos.

6. CONCLUSÃO.

Forte em tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

Majoro os honorários advocatícios devido aos patronos da recorrida em 20% sobre o valor arbitrado pelo acórdão recorrido.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2021/0054416-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.924.161 / SP**

Números Origem: 002937/2019 1000339-55.2019.8.26.0428 10003395520198260428
1004641-30.2019.8.26.0428 10046413020198260428 1004693-26.2019.8.26.0428
10046932620198260428 20787802220208260000 29372019

PAUTA: 08/06/2021

JULGADO: 08/06/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : CRISTIANO KINCHESCKI - DF034951
KARINE GONÇALVES SCARANO - SP258005
RECORRIDO : FERTILIZANTES HERINGER S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
OUTRO NOME : FERTILIZANTES HERINGER S.A
ADVOGADOS : JÚLIO KAHAN MANDEL - SP128331
PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
INTERES. : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - ADMINISTRADOR
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP098628

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **CRISTIANO KINCHESCKI**, pela parte RECORRENTE: BANCO DO BRASIL SA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e

Superior Tribunal de Justiça

Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Impedido o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

