



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000898787

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2027354-39.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BAYERISHE LANDESBANK e agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o 2º desembargador que declara.", de conformidade com voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente sem voto), RICARDO NEGRÃO (2º Des.) e SÉRGIO SHIMURA (3º Des.).

São Paulo, 12 de novembro de 2018

GRAVA BRAZIL

RELATOR

ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2027354-39.2018.8.26.0000

AGRAVANTE: BAYERISHE LANDESBANK

AGRAVADO: O JUÍZO

COMARCA: SÃO PAULO

JUIZ PROLATOR: PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO

Falência do Banco Santos S/A - Decisão que estabeleceu parâmetros e condições para a convocação de assembleia de credores quirografários, para deliberação sobre proposta de realização alternativa de ativos - Inconformismo de um dos credores quirografários - Acolhimento - A proposta de realização alternativa de ativos não se mostra adequada, sob o crivo da legalidade, a viabilizar sua submissão à assembleia de credores - Inobservância dos requisitos do art. 36, §§ 2º e 3º, da Lei 11.101/05 - Previsão de instauração de condomínio civil *pro indiviso* entre os credores quirografários, com a dação em pagamento da integralidade dos ativos, bens e direitos da massa, inclusive direito de ação contra qualquer terceiro, no Brasil e no exterior - Impossibilidade de compulsoriedade da proposta, por violação ao art. 5º, XX, da CF - Entrave fixado no decisorio, quanto ao crédito fiscal - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO Nº 30503

1 - Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos da falência do Banco Santos S/A, estabeleceu parâmetros e condições para a convocação de assembleia de credores quirografários, para deliberação



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

sobre proposta de realização alternativa de ativos.

Inconformado, um dos credores quirografários entende que, nos termos do art. 5º, XX, da CF, é impossível a associação compulsória. Destaca que a minuta da escritura pública de convenção de condomínio prevê que o condômino forçado, mesmo sendo dissidente, se sujeitará à contribuição financeira, na proporção de seu quinhão. Invoca o teor de parecer contrário à solução apresentada no *decisum*, em especial para ressaltar que o credor dissidente não pode ser obrigado a associar-se ou permanecer associado, contra a sua vontade. Ainda, fala em insegurança jurídica, visto que os Magistrados que oficiam na vara de origem (2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital-SP) têm opiniões distintas sobre o tema. Defende a necessidade de intimação da Fazenda Nacional (art. 20, da Lei 11.033/04, e art. 183, do CPC), para manifestação nos autos e esclarecimento da dimensão do passivo fiscal, "pois o seu valor correto, exato e extreme de dúvidas, teria que ser reservado, excluindo-se-o dos ativos que seriam transferidos ao mencionado condomínio civil". Nesse ponto, questionam a indicação de que os credores quirografários podem deliberar sobre o valor correto do crédito da União, ainda não consolidado. Menciona que "só a Advocacia-Geral da União tem competência e autoridade para bem representar a UNIÃO, e portanto, os seus haveres - 'in casu' - os seus créditos privilegiados, alicerçando a impugnação a r. decisão agravada neste ponto". Diz que há paradoxo entre a determinação de realização de ativos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

(venda de imóveis) e a devolução de valores decorrentes de acordos pendentes de homologação judicial. Também aduz afronta à segurança jurídica, no tocante às expectativas dos contratantes. Em seguida, reforça o caráter ilegal da obrigação de contribuição ao condomínio, o que foi objeto dos embargos de declaração opostos contra a decisão agravada. Questionam a pretensão de convocação de assembleia por outros credores, visto que não comprovaram o requisito do art. 36, § 2º, da Lei 11.101/05, isto é, que representam, no mínimo, 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe. Subsidiariamente, aponta que as despesas com a convocação e realização da assembleia devem ser suportadas exclusivamente por tais credores (art. 36, § 3º, da Lei 11.101/05). Por fim, indica que a soberania da assembleia deve ser mitigada, à vista do controle judicial de legalidade. Pede a concessão de *efeito ativo*.

O recurso foi processado sem o efeito pretendido (fls. 205/208). As contraminutas foram juntadas a fls. 224/230 (administrador judicial); 236/245, 360/369, 484/493 e 625/634 (parte dos credores quirografários).

A r. decisão agravada e a prova da intimação encontram-se a fls. 78/85, 86 e 47/48. O preparo foi recolhido (fls. 91).

Ouvido, o Ministério Público posicionou-se pelo provimento do recurso (fls. 641/642).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

É o relatório do necessário.

2 - Pelo que se depreende do incidente instaurado nos autos da falência, em setembro de 2014, parte dos credores quirografários, com a chancela do i. Promotor de Justiça, apresentou proposta alternativa para recuperação de ativos da massa falida do Banco Santos (fls. 13/30, do incidente nº 0045770-22.2014.8.26.0100).

A primitiva proposta (do Credit Suisse), além de outras duas (do Banco Paulista e da Opus Gestora de Ativos), foi submetida ao crivo dos credores, em assembleia realizada no dia 16 de maio de 2016, com a presença de 232 credores, representando 63,97% da classe dos quirografários, sagrando-se vencedora a proposta do Credi Suisse, conforme ata da assembleia a fls. 1547/1551.

No entanto, o juízo falimentar declarou a nulidade da deliberação tomada na assembleia (fls. 1913/1918 e 2010), sucedendo-se a interposição de recurso, por parte dos falidos (fls. 2051/2093) e de parcela dos credores quirografários (fls. 2108/2161), sendo que ambos os recursos foram julgados prejudicados, em razão da retirada da proposta vencedora (fls. 2324/2326 e 2329/2331).

Em seguida, foi apresentada a proposta (atual) de realização alternativa de ativos, por parte dos credores Oswaldo Pitol, Wellborn Participações Societárias Ltda, Instituto



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

de Previdência do Legislativo do Estado de Minas Gerais-IPLEMG, Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus e AES Tietê Energia S/A, em agosto de 2017, com pleito de convocação de nova assembleia, para deliberação a respeito (fls. 2344/2366 e 2367/2404).

Após manifestação de alguns credores, dentre eles o ora agravante (fls. 2421/2425), do administrador judicial (fls. 2440/2452) e com o parecer do i. Promotor de Justiça Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos (fls. 2617/2638), sobreveio a r. decisão ora agravada, proferida nos seguintes termos:

"Vistos.

Os credores representados pelo escritório Lobo & Ibeas manifestaram-se nos autos, propondo a convocação de assembleia geral de credores para deliberação a respeito da realização alternativa de ativos.

Em síntese, a proposta consiste em:

- A) atribuir aos credores quirografários a integralidade dos ativos da massa falida, incluindo bens, direitos em ações;
- B) com a referida da dação em pagamento, os credores dão quitação à massa falida;
- C) os credores quirografários passam a deter a integralidade dos ativos em condomínio, nos termos e para os fins do arts. 1314 e seguintes do CC;



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

D) a relação entre os condôminos e terceiros estarão regidas por regras objetivas de governança e transparência, de observância obrigatória;

E) o síndico/gestor do condomínio, seguindo as regras estabelecidas na convenção, atuará sob permanente escrutínio e avaliação dos próprios condôminos, individualmente ou reunidos em assembleia geral de condôminos ou comitê de crédito.

Apresentam os mencionados credores a minuta da convenção de condomínio e afirmam que há questões relevantes a exigir decisão judicial prévia.

Aberto prazo para manifestação dos interessados, vieram aos autos as petições de credores a fls. 2310/2314, 2328/2333, 2412/2413 e 2429/2431, 2449/2450, 2492/2493, 2496/2498, 2501/2502, com réplicas dos proponentes a fls. 2415/2425, 2433/2437.

O administrador judicial se manifestou a fls. 2328/2410 e 2469/2488.

O Ministério Público ofertou seu parecer a fls. 2505/2526.

É o relatório.

Decido.

Não há impossibilidade jurídica na constituição de condomínio entre credores quirografários, cujos créditos serão satisfeitos mediante dação em pagamento, pela massa falida, da integralidade de seus ativos, com a reserva de valores para pagamento dos credores que



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

suplantam os quirografários, como os trabalhistas, com garantia real e fiscais.

O art. 145 da Lei 11.101/2005, em caráter exemplificativo, menciona modalidades alternativas de satisfação dos credores, como a constituição de sociedade entre eles, sem excluir a instituição de um condomínio voluntário.

Quanto ao quórum de aprovação desta proposta de condomínio entre credores quirografários, está previsto no art. 46 da Lei 11.101/2005: 2/3 dos créditos presentes à assembleia, não computados os credores abstinentes.

Na lição de Miranda Valverde, comentando a revogada lei de sociedades por ações, *'a lei pune, entretanto, o indiferentismo, mandando excluir do cálculo para a apuração da maioria os votos em branco. E como tais se não de considerar, não só aqueles que nada exprimem, senão ainda aquelas manifestações dos acionistas, que não tem nenhuma relação com o objeto ou a matéria submetido a votação. É claro que também não serão levados em conta os votos de que dispunham os acionistas, que se abstiverem de votar ou estavam impedidos de exercer o direito de voto, como os diretores e fiscais, na votação das suas contas e pareceres (art. 100). A soma dos votos reais é, pois, o número que servirá de base para o cálculo da maioria absoluta.'* (Comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, Volume II, arts. 74 a 136, 3ª edição - 1959, Forense, pág. 112-117).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

A minoria dissidente deve se sujeitar à deliberação da maioria, pois os credores, na falência, formam uma comunhão de interesses, que consiste na melhor satisfação de seus créditos.

Se todos os credores têm como objetivo maximizar o valor dos ativos e reduzir os custos de administração da massa, de modo a aumentar o valor de recuperação dos créditos, essa comunidade pode optar entre prosseguir na liquidação falimentar ou constituir um condomínio.

Não identifico na constituição do condomínio violação à liberdade de associação garantida constitucionalmente, pois nenhum credor quirografário será obrigado a permanecer associado, quer pelo fato de não se tratar de uma sociedade a ser constituída, quer pelo fato de qualquer condômino poder ceder seu crédito a terceiros, assim como pode fazê-lo atualmente, no curso do processo falimentar.

Ademais, a lei antiga previa expressamente que os credores dissidentes deveriam ser pagos em dinheiro, disposição inexistente na lei atual, exatamente porque ela privilegia as soluções adotadas pela maioria dos credores, impositivas à minoria, quer na recuperação, quer na falência.

Dessa forma, se aprovada a dação em pagamento e a constituição do condomínio pela maioria de 2/3 dos créditos dos credores quirografários presentes à assembleia, ficarão vinculados à deliberação todos os credores quirografários, mesmo que tenham votado



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10

contrariamente à proposta, comparecido e não votado ou sequer comparecido.

Uma vez aprovada a dação em pagamento dos bens da massa falida, haverá sucessão particular dos credores quirografários (em condomínio) em todos os direitos e ações em que a massa falida era parte, quer no polo ativo, quer no polo passivo, relativas aos bens e direitos objeto da dação em pagamento.

Não se trata de sucessão universal, pois somente certos bens (direitos, coisas móveis, pretensões em juízo etc), que serão discriminados pelo administrador judicial, serão entregues aos credores quirografários em pagamento.

Nem se alegue que os credores quirografários (em condomínio) não poderão suceder a massa falida em juízo sem prévia aceitação da parte contrária, como previsto no art. 109 do CPC, porque a dação em pagamento proposta nos autos não se equipara a simples cessão de direitos ou aquisição de bens feita por um particular que está em juízo.

A dação em pagamento dos ativos da massa falida aos credores quirografários é uma modalidade destinada à realização dos interesses dos credores prestigiada no novo sistema falimentar, de modo que a autorização prevista na legislação especial afasta a restrição contida na lei geral.

Também as ações no exterior ajuizadas pela massa falida poderão ter seguimento com os credores



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

quirografários (em condomínio), mas somente as ações relativas a bens e direitos objeto da dação em pagamento.

Repita-se: a proposta contém um meio de realização do ativo para pagamento do passivo quirografário.

A dação em pagamento não resultará em extinção do processo de falência e exige a identificação dos bens que serão dados em pagamento e da dívida que será liquidada.

Logo, não cabe aos credores quirografários (em condomínio) a titularidade de ações futuras, relativas a bens e direitos ainda não conhecidos e sequer arrecadados, os quais, por isso mesmo, não compõem os ativos dados em pagamento.

Sendo assim, é preciso que o administrador judicial, ao convocar a assembleia geral, apresente a relação dos bens, direitos e ações que serão dados em pagamento, a fim de que sejam conhecidos dos credores quirografários e possam deliberar a respeito.

Não entrarão nesta relação os bens imóveis cuja alienação já foi determinada por este juízo, mas nele serão inseridos os créditos da massa perante devedores com acordos pendentes de homologação.

Caso a proposta seja aprovada em assembleia, os credores quirografários (em condomínio) passarão a titularizar os créditos objeto dos acordos, o que resultará na perda do objeto do pedido de homologação.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12

Com a não-homologação dos acordos, eventuais recursos já pagos por devedores à massa falida serão por ela devolvidos, não podendo ser apropriados pelos credores quirografários (em condomínio).

Ainda como efeito da dação em pagamento dos bens em favor dos credores quirografários (em condomínio), haverá a extinção de qualquer responsabilidade do administrador judicial e das obrigações do próprio falido, de modo que não haverá qualquer importância a ser posteriormente exigida, quer do administrador judicial, quer do falido e de seu controlador.

Ao receberem os ativos, os credores estão não só aceitando-os como suficientes à satisfação de seus interesses, como reconhecendo que a atividade do administrador judicial foi adequada, de modo que lhes interessa colocar fim às pretensões que poderiam ter contra o falido ou o administrador.

Para que não haja dúvida sobre tais exonerações, deverá o administrador judicial mencionar, na convocação da assembleia, o valor do passivo quirografário do falido que será extinto mediante a dação em pagamento, bem como a ausência de responsabilidade do administrador judicial pelos atos praticados.

Com relação aos documentos que estão em poder da massa falida, deverão ser entregues aos credores quirografários (em condomínio) apenas os relativos ao recebimento dos ativos dados em pagamento, sem



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13

prejuízo do administrador judicial, sempre que instado, fornecer os documentos adicionais que forem necessários à defesa dos interesses do condomínio.

Antes, porém, de se operar a entrega dos ativos conhecidos e arrecadados aos credores quirografários (em condomínio), ficarão reservados na massa falida os recursos destinados à satisfação dos credores superiores aos quirografários: créditos trabalhistas, com garantia real e fiscais.

Registro que nas prestações de contas mensais da administração judicial estão identificados os valores das provisões e reservas, em favor dos credores das classes que precedem os quirografários, de modo que qualquer interessado dispõe de informação sobre quanto será retido pela massa falida.

A despeito disso, o administrador judicial apontará, na convocação da assembleia geral de credores, os valores das reservas, provisões e contingências em favor dos credores superiores aos quirografários.

Observo também que o administrador judicial noticiou que a Receita Federal ainda não se manifestou de forma definitiva quanto à consolidação do Refis, de modo que não poderá ser imputada qualquer obrigação ao administrador judicial por tais débitos.

Sendo assim, enquanto não houver decisão definitiva da Receita Federal a respeito do tema, caberá aos credores quirografários deliberar entre (i) deixarem reservado junto



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

14

à massa falida o valor do débito ainda não consolidado junto à União ou (ii) exonerarem o administrador judicial e assumirem a responsabilidade pelo débito tributário acima mencionado.

Sem prejuízo disso, fica instado o administrador judicial a envidar seus melhores esforços no sentido de obter resposta definitiva da Receita Federal em tempo razoável.

Além das reservas e provisões dos valores para satisfação dos credores trabalhistas, com garantia real e fiscais, deverão permanecer na massa falida recursos suficientes para pagamento dos créditos extraconcursais, incluindo-se a remuneração do administrador judicial e encargos da massa até que o processo seja encerrado.

Quanto à remuneração do administrador judicial, já foi fixada em 1% dos ativos realizados, o que deve incluir a remuneração financeira sobre os recursos obtidos pela administração judicial até 30 de junho de 2017.

Se os credores receberam seus rateios com base nos valores obtidos pela administração, acrescidos da remuneração financeira, privar o administrador judicial desta remuneração resulta em desqualificar o seu trabalho e levar os credores a um locupletamento indevido.

Lembre-se que o administrador judicial requereu e o juízo autorizou a aplicação dos recursos da massa falida em títulos públicos federais, com rendimento superior ao dos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15

depósitos judiciais.

Nada mais justo, portanto, que o administrador judicial receba 1% do que já foi realizado do ativo acrescido da receita financeira, lembrando que os credores ficaram com os demais 99%.

Quanto aos ativos que serão dados em pagamento, também parece adequado atribuir ao administrador judicial remuneração por seu trabalho já realizado e que culminaria em benefício dos credores.

Não se pode, contudo, fixar a remuneração por ativos que serão entregues aos credores quirografários (em condomínio) no mesmo patamar estabelecido para os ativos já realizados.

O administrador judicial e sua equipe contribuíram decisivamente para o êxito da arrecadação de bens no exterior e da cobrança de créditos contra devedores da massa que se envolveram em operações prejudiciais ao banco, o que certamente gerou o interesse dos credores quirografários em assumir os ativos e administrá-los, frustrando, assim, a legítima expectativa de remuneração do administrador sobre a realização desses bens.

Destarte, razoável o arbitramento da remuneração global do administrador judicial em R\$ 10 milhões, assim discriminado: a) 1% sobre o valor já realizado até 31 de junho de 2017, que poderá ser liberado desde logo (aproximadamente R\$ 6,7 milhões), observada a retenção de 40% nos termos do art. 24,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16

par. 3o., da Lei 11.101/2005; b) o restante (aproximadamente R\$ 3,3 milhões), pela arrecadação dos ativos que serão dados em pagamento aos credores quirografários (em condomínio).

Observo que a segunda parte da remuneração será devida somente depois de aprovada a dação em pagamento em assembleia geral e, caso não se realize tal condição, o processo terá seguimento e a remuneração será oportunamente fixada.

Também é necessário manter recursos no caixa da massa falida destinados a suportar os encargos da massa até que o processo seja encerrado, pois a dação em pagamento aos credores quirografários não permitirá o imediato encerramento da falência.

A quantia de R\$ 200.000,00 mensais pelo prazo de doze meses, totalizando R\$ 2.400.000,00 mostra-se adequada para fazer frente a tais encargos, e, caso haja saldo positivo, será efetuada a transferência aos credores quirografários (em condomínio).

Porém, ainda não se pode convocar a assembleia de credores para deliberar sobre a proposta de constituição do condomínio porque a minuta de convenção apresentada para rege os direitos e obrigações dos credores quirografários é silente quanto à remuneração do gestor dos ativos, situação que inviabiliza a deliberação.

Justifico.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

17

Os credores têm o interesse comum na maximização do valor dos ativos e na redução do passivo, incluindo a diminuição das despesas de administração da massa falida.

Portanto, é o aumento do valor de recuperação dos créditos um fator decisivo para os credores optarem pelo prosseguimento da falência ou pela constituição do condomínio.

Nesse sentido, têm os credores direito de informação prévia sobre a remuneração a ser cobrada pelo gestor dos ativos do condomínio.

Trata-se do mesmo princípio de plena informação que rege as deliberações tomadas na recuperação judicial.

Na recuperação, o devedor é obrigado a pormenorizar os meios de recuperação e a apresentar documentos com a exposição da sua situação patrimonial, econômica e financeira, de modo a permitir aos credores uma decisão refletida sobre a aprovação ou rejeição do plano.

Na falência, os credores também têm direito de comparar os custos da falência e as despesas de administração do condomínio, bem como saber desde logo quem será o gestor, especialmente porque só poderá ser destituído com quórum qualificado.

No caso dos autos, contudo, não há previsão no tocante à remuneração do administrador/ gestor de ativos, nem de quem será o administrador.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

18

Veja-se:

'(...) D)..... e, considerando-se que o Condomínio não possui personalidade jurídica, (c) autorizar e legitimar o síndico do Condomínio, que deverá ser um gestor profissional a ser eleito pelos Condôminos na forma desta Convenção, para administrar e gerir a coisa comum, em regime de melhores esforços, sem garantia de resultado e em caráter não discricionário, e seguindo as melhores práticas e regras de governança e transparência, sempre com vistas a perseguir, no interesse coletivo dos Condôminos, a maior recuperação e/ou realização possível dos Bens e Direitos, no menor prazo possível ('Gestor de Ativos Não Discricionário')' (fl. 2261).

'G) O Gestor de Ativos Não Discricionário e os demais prestadores de serviços contratados pelo Gestor de Ativos Não Discricionário, seus respectivos sócios, administradores, empregados e prepostos não são, portanto, responsáveis por eventuais danos ou prejuízos, de qualquer natureza, diretos ou indiretos, sofridos pelos Condôminos em razão da aprovação (...)' (fl. 2262).

'6.1. Pelos serviços prestados nos termos desta convenção e do contrato de gestão, o GESTO DE ATIVOS NÃO DISCRICIONÁRIO fará jus a uma remuneração mensal fixa no valor de R\$ [*] ([*] reais) ('Comissão de Gestão'), a ser paga ao Gestor de Ativos Não Discricionário no 5º (quinto) Dia Útil do mês subsequente, sendo o 1º (primeiro) pagamento devido no 5º (quinto) Dia Útil do mês seguinte à sua nomeação, a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

19

ser calculado em bases pro rata temporis....' (fl. 2273).

'6.3. Adicionalmente, o GESTOR DE ATIVOS NÃO DISCRICIONÁRIO fará jus a uma comissão de recuperação, a ser paga pelo CONDOMÍNIO ao GESTOR DE ATIVOS NÃO DISCRICIONÁRIO, concomitantemente ao pagamento da Comissão de Gestão, em regime de caixa, única e exclusivamente com os recursos decorrentes dos recebimentos, pelo CONDOMÍNIO, dos BENS e DIREITOS integrantes do CONDOMÍNIO, equivalente a [*]% ([*] por cento) e de todo e qualquer valor recebido pelo CONDOMÍNIO decorrente, direta ou indiretamente, dos BENS e DIREITOS ('Comissão de Recuperação')....' (fls. 2273).

Por isso, deixo de atender ao pleito de convocação da assembleia geral de credores, cabendo aos proponentes, no prazo de 30 dias, adequar a minuta da convenção ao teor desta decisão, além de identificar: a) os bens móveis, direitos e pretensões judiciais que serão recebidos em pagamento, com o auxílio do administrador judicial; b) o administrador/gestor dos ativos; c) a remuneração do administrador/gestor de ativos."

Essa decisão foi objeto de embargos de declaração do agravante (fls. 2662/2669) e de outros credores (fls. 2684/2693, 2711/2717 e 2718/2720), com rejeição de todos pelos seguintes fundamentos:

"Vistos.

Examino os embargos de declaração interpostos contra a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

20

decisão de fls. 2640/2650.

Fls. 2662/2669: Trata-se de embargos de declaração propostos por BAYERISHE LANDESBANK, credora quirografária. Alega que situação dos credores dissidentes é extremamente insegura, pois estes poderiam ser solicitados a contribuir com recursos para o condomínio, na perspectiva de seu respectivo quinhão para assegurar a defesa de seus direitos, interesses e prerrogativas. Neste sentido, argumenta que a escritura pública de convenção de condomínio é nula por estar gravada com o vício da lesão. Também afirma que é nula a cláusula que impede o questionamento dos negócios jurídicos da necessidade, conveniência ou oportunidade dos termos e condições dos negócios jurídicos que forem celebrados pelo condomínio e os seus devedores.

As questões suscitadas pelo embargante devem ser enfrentadas, mas desde logo não pode ser acolhida a nulidade das cláusulas. Se os credores, que hoje integram uma comunhão (a massa falida subjetiva), decidirem por instituir um condomínio entre os credores quirografários, é natural que possam ser chamados a contribuir para o exercício das pretensões do grupo, na proporção de suas quotas. Não há se verifica lesão em tal previsão da convenção do condomínio. Da mesma forma, deliberada a celebração de determinado negócio jurídico com um devedor, na forma prevista na convenção do condomínio, cabível a discussão da legalidade do que foi deliberado e do acordo, mas não sua necessidade, conveniência e oportunidade. Claro, portanto, que o



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

21

credor embargante poderá questionar os acordos que porventura sejam celebrados pelo condomínio em caso de ilegalidade

Portanto, afastado a alegada nulidade das cláusulas inseridas no Capítulo Nove dos Condomínios- 9.1 letras 'b' e 'a' do capítulo 8- Do Comitê de Crédito e do processo de deliberação 8.21.

Fls. 2672/2674: Trata-se de embargos de declaração propostos por Banco de La Nacion Argentina NVA. Alega haver omissão decisão embargada, no que se refere à previsão de como serão efetuados os pagamentos dos valores devidos pela massa em decorrência do pedido de restituição que se encontra pendente de julgamento pelo STJ, e a respeito de como tais valores deverão ser tratados pelo eventual condomínio ou pela massa falida.

Como já ressaltado na decisão embargada, eventual constituição do condomínio entre credores quirografários não pode prejudicar credores que estejam em posição prioritária na ordem de pagamento prevista na lei falimentar.

Portanto, serão objeto de reserva os valores necessários a qualquer pagamento com prioridade em relação aos créditos quirografários, o que abrange os titulares de direito à restituição.

Fls. 2684/2693: Trata-se de embargos de declaração propostos por credores representados pelo escritório Lobo & Ibeas. Alega que a r. decisão contém



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

22

obscuridades e contradições que precisam ser sanadas. Entre as omissões, aduz não estar claro quais ativos serão objeto da dação em pagamento, uma vez que existe a chance de que muitos ativos não sejam liquidados em leilões, como o imóvel da Rua Gália e ainda existem ativos dos quais a massa falida não tem conhecimento. Alega que não há definição expressa sobre a titularidade das reservas e provisões relativas aos credores quirografários. Afirma que a decisão não enfrenta a questão relativa à reserva dos valores em questão, nos termos de decisão proferida em Agravo de Instrumento. Aduz que a decisão é omissa por não ter enfrentado os fundamentos que levaram a determinação que indeferiu o pleito de pronta convocação da assembleia geral antes da definição do gestor. Alega ainda que a decisão é contraditória uma vez que o condomínio deveria poder deliberar sobre a conveniência da manutenção dos créditos objeto do acordo que fazem parte da dação em pagamento.

Não há na decisão embargada qualquer obscuridade.

A decisão é clara ao definir quais ativos serão objeto da dação em pagamento: *'a integralidade de seus ativos, com a reserva de valores para pagamento dos credores que suplantam os quirografários, como os trabalhistas, com, garantia real e fiscal.'*

Os ativos que não foram arrecadados não integrarão o condomínio. Imóveis pendentes de alienação, enquanto não aprovado o condomínio, continuarão em



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

23

procedimento de liquidação. Os que não forem alienados, quando aprovado o condomínio, serão transferidos aos credores.

Quanto à reserva de valores, a questão já foi tratada na decisão embargada, especialmente a fls. 2644, sendo possível perceber que não existe omissão neste ponto.

Com relação à convocação da assembleia antes da indicação dos pretendentes à função de administrador e da respectiva remuneração, também não houve omissão. Conforme decidido, os credores necessitam de todas as informações sobre a administração do condomínio para terem condições de votar a proposta, aprovando-a ou optando pelo procedimento falimentar;

Fls: 2711/2717: Trata-se de embargos de declaração propostos por Previdência Usiminas. Requer a explicação pertinente à validade do negócio jurídico em questão, referente à dação de todos os bens e direitos da Massa Falida para os credores, que seja esclarecido o destino que será dado aos bens que virão a ser identificados e especificada a destinação final dos bens imóveis expressamente excluídos da relação. Alega que a decisão é omissa no que diz respeito à sucessão particular em relação às suas consequências em relação aos passivos da massa. Alega que há contradição entre a já referida sucessão particular e a determinação que os respectivos pedidos de homologação perderão o objeto sendo devolvidos os recursos depositados. Aduz obscuridade no que se refere ao pagamento dos créditos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

24

extraconcursais.

Não há na decisão qualquer omissão ou contradição nos pontos suscitados e os presentes embargos não merecem prosperar.

Os bens não arrecadados não integram a massa e não serão objeto da dação em pagamento na sucessão. A dação se refere exclusivamente aos créditos conhecidos (quer serão identificados), além de bens imóveis que porventura não sejam alienados no processo falimentar, como já afirmado. Se futuros bens (todos eles) passassem à titularidade dos credores quirografários, seriam verdadeiros sucessores da massa, respondendo pelo passivo.

A propósito, no que se refere ao passivo da massa, a decisão também foi clara no sentido de que os credores não serão responsabilizados por eventual passivo, pois estão sendo satisfeitos com a dação em pagamento de bens certos, e não serão sucessores a totalidade do ativo e do passivo.

Quanto à situação do pagamento dos créditos dos extraconcursais, também não há nenhuma obscuridade, pois ficou decidido que as reservas devem ser feitas para pagamento de todos os credores que têm prioridade em relação aos de natureza quirografária.

Fls: 2718/2720: Trata-se de embargos de declaração propostos por PROFIX INSTITUCIONAL FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

25

Alega que a decisão que determinou a realização alternativa de ativa conta com obscuridades. Sustenta que a intervenção da CVM é necessária tendo em vista a situação dos credores dissidentes. Requer ainda manifestação a respeito dos créditos provisionados.

Não há necessidade de intervenção da autarquia pública pois não será realizada oferta pública de valores mobiliários. Trata-se de apenas uma deliberação sobre a forma alternativa de realização de ativos em uma falência. Caso determinado credor, cuja atuação dependa de prévia autorização da CVM, entenda por bem consultá-la, poderá fazê-lo, mas não há exigência legal para que o juízo falimentar o faça.

Finalmente, quanto ao procedimento de provisões e reservas, já é realizado pelo administrador judicial de forma criteriosa desde o início do processo, de modo que não há qualquer omissão a ser declarada quanto ao modo como deverá ser feita a contabilização dos valores e as futuras liberações.

Com as considerações acima expostas e alguns fundamentos acrescidos, prevalece a decisão embargada tal como lançada."

Novos embargos foram opostos por um dos credores (fls. 2856/2859), com acolhimento nos seguintes termos:

"Vistos.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

26

1. Aprecio os embargos de declaração do PROFIX FUNDO.

A Minuta da Convenção do Condomínio, juntada às fls. 23.768 em diante, explicita algumas garantias aos credores/devedores, como se verifica no Considerando H (fls. 2370):

H) A fim de garantir os direitos de terceiros decorrentes do Processo Falimentar, aplicar-se-ão à presente Convenção, *mutatis mutandi*, mesmo em âmbito extrajudicial, os princípios da Lei de Falências, inclusive no tocante a reservas de caixa, prioridades legais, ordem de pagamento e demais matérias pertinentes;

Portanto, o pleito do embargante está adequadamente contemplado na Convenção do Condomínio, seguindo-se o procedimento adotado neste procedimento falimentar quanto às provisões e reservas realizadas em favor de credores quirografários demandados pela massa falida.

Ficam os embargos acolhidos para esclarecer a dúvida do embargante."

O inconformismo comporta acolhida.

Por diversos fundamentos, como a seguir se expõe, a atual proposta de realização alternativa de ativos não se mostra adequada, sob o crivo da legalidade, a viabilizar sua submissão à assembleia de credores.

De plano, quanto aos requisitos formais



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

27

para a convocação de assembleia geral de credores, a fim de deliberação sobre a realização do ativo (art. 35, II, c, da Lei 11.101/05), com razão o agravante ao indicar que os efetivos proponentes, embora denominados como integrantes de Grupo de Trabalho (fls. 2345), representam apenas 6,72% dos créditos quirografários, conforme apontado pelo Administrador Judicial (fls. 2440).

Com efeito, embora a decisão agravada não tenha se pronunciado sobre a questão, trata-se de matéria de ordem pública, visto que diz respeito à legitimação para o requerimento de convocação de assembleia de credores (item II, do pedido, a fls. 2366).

A respeito, conforme leciona Modesto Carvalhosa, "O primeiro requisito da validade da assembleia geral de credores é que tenha sido convocada e instalada de acordo com as normas legais e estatutárias. Sem o cumprimento dessas formalidades, sua realização será nula. Trata-se, na espécie, de nulidade formal da própria realização do conclave e não apenas das deliberações nele tomadas. Assim, mesmo que as decisões quanto ao seu mérito ou conteúdo sejam conforme à lei, o vício na instalação e realização da assembleia geral os invalidará de forma absoluta"¹.

Portanto, sem a estrita observância dos

¹ Comentário ao art. 36, da Lei 11.101/05, in Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 258.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

28

requisitos do art. 36, §§ 2º e 3º, da Lei 11.101/05),²inviável a instauração do conclave.

Ainda no prévio exame de legalidade da atual proposta de realização alternativa de ativos, com igual razão o agravante ao invocar os fundamentos externados pelo i. Promotor de Justiça oficiante em primeiro grau, no sentido de que a regra constitucional que veda a associação compulsória (art. 5º, XX, da CF) restringe a soberania da assembleia de credores.

Explica-se. A atual proposta de realização alternativa estipula a instauração de condomínio civil *pro indiviso* entre os credores quirografários, com a dação em pagamento "envolvendo a integralidade dos ativos, bens e direitos da Massa - inclusive direito de ação contra qualquer terceiro, no Brasil e no exterior" (fls. 2346), para fins de quitação total das obrigações da massa, em relação a esses credores.

Acontece que, sob a natureza jurídica do condomínio civil e com a indicação de que "o Condomínio proposto terá personalidade jurídica, com a consequente inscrição no CNPJ/MF" (fls. 2348), a proposta defende a compulsoriedade da adesão, para os votos

² § 2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembléia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

29

dissidentes, abstenentes e ausentes.

Todavia, esse agrupamento de credores, sob a forma de condomínio civil, com a personalização jurídica e a subsequente instituição de sujeito de direitos e obrigações, tem contorno *lato sensu* associativo, pois congrega pessoas que ostentam interesse comum (satisfação de crédito quirografário), daí exsurge a impossibilidade de compulsoriedade da proposta, por violação à garantia constitucional que impede a imposição associativa (art. 5º, XX, da CF).

A despeito dos substanciosos pareceres juntados pelos proponentes, para demonstrar a distinção entre o condomínio (civil e voluntário) e as sociedades (fls. 246/274, 275/323, 324/, deste recurso), o tratamento jurídico, *in casu*, à associação de credores, sob a roupagem de condomínio, não deve ser distinto das diretrizes adotadas para as modalidades alternativas de realização de ativos, nos termos do art. 145, *caput*, da Lei 11.101/05.

Sobre o tema, Euler da Cunha Peixoto **ressalta que:** "Merece consideração especial a deliberação no sentido de ser constituída sociedade pelos credores. É que, neste caso, por força do art. 5º, XX, da Constituição Federal, que assegura ao cidadão a liberdade de filiar-se ou não a uma associação, a decisão da assembleia não pode ser imposta àqueles que se recusam a participar da mesma. Embora a lei atual, afastando-se da orientação anterior, não especifique como proceder no caso, a solução, a nosso ver, será necessariamente idêntica à prevista naquela, ou seja, deverão os dissidentes receber os seus créditos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

30

como se todos os bens que comporão a sociedade tivessem sido vendidos pelo preço de avaliação e o resultado da realização do ativo, após deduzido os valores referidos no art. 84, fosse ser distribuído, em moeda corrente, aos credores, tendo em vista sua respectiva classe"³.

Com igual convicção, Marcelo Barbosa Sacramone adverte que "O princípio da maioria não pode ser entendido como absoluto. A vontade da maioria apenas vincula a minoria dentro da comunhão de interesses e de um determinado fim. No procedimento falimentar, os credores deliberam na AGC orientados pela finalidade da maior satisfação dos seus créditos, interesse comum que os uniu para integrarem a Massa Falida subjetiva. O princípio da colaboração exige que a minoria se vincule à deliberação da maioria, mas apenas dentro desse interesse comum, pois do contrário não se justifica a renúncia à liberdade individual de autotutelar seu próprio interesse. No caso da sociedade de credores, sua constituição extrapola a mera modalidade extraordinária de realização do ativo. A aquisição de ativos da Massa Falida pela sociedade de credores, em contrapartida aos créditos detidos pelos sócios em face da Massa Falida, ainda que possa ser estruturada para respeitar a par conditio creditorum e a preferência legal entre as classes, não poderá exigir que os credores, contra sua vontade, sejam obrigados a se associarem"⁴.

Aliás, reforçando esse posicionamento, o parecer apresentado pelo i. Promotor de Justiça Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos (fls. 2621/2628), oficiante em primeiro grau, esgota a discussão:

"1. Tratamento legal a ser dado aos credores ausentes, dissidentes e abstinentes quanto à

³ Comentário ao art. 145, da Lei 11.101/05, in Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 996.

⁴ *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 477.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

31

proposta de realização dos ativos.

Propõem os credores representados pelo escritório Lobo e Ibeas Advogados que os credores ausentes e dissidentes estejam vinculados às deliberações da assembleia geral de credores, logo, em caso de aprovação da proposta, os credores ausentes e dissidentes estariam **obrigados a integrar o condomínio pro indiso** que se pretende criar.

Esse ponto da proposta não atende ao que dispõe nosso ordenamento jurídico.

Diferente do alegado pelos proponentes, a ausência de previsão legal de pagamento dos credores dissidentes na atual Lei de Falências não pode ser interpretada como submissão à vontade da maioria.

O pagamento dos credores discordantes resulta de imposição constitucional (art. 5º, XX, CF - *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*) e da interpretação dos princípios que lastreiam o direito privado e a constituição de sociedades.

Enfrentando esse problema, publiquei, em coautoria com Marcelo Barbosa Sacramone, artigo intitulado 'A Sociedade de Credores no Processo Falimentar', onde afirmamos:

'Numa primeira leitura, a omissão do legislador pode indicar que os credores dissidentes devem, obrigatoriamente, integrar a sociedade de credores. A satisfação do crédito dos dissidentes, nesse caso, não



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

32

precisaria ser necessariamente em dinheiro, mas seria realizada pela dação em pagamento de quotas ou ações sociais em proporção ao crédito devido em face do devedor, conforme a deliberação assemblear.

(...)

A omissão da disposição legal, entretanto, não pode significar que os credores dissidentes deverão submeter-se à vontade da maioria e, nessa hipótese, obrigatoriamente se associar.

A regra da maioria não pode ser considerada ilimitada. A imposição da vontade da maioria sobre a vontade de uma minoria ocorre para que determinadas decisões possam ser tomadas por uma coletividade de pessoas ligadas entre si por um determinado fim.

A minoria apenas se submete à vontade da maioria na medida em que os interesses são comuns. Quando a vontade da maioria opta por um interesse que não reflete o interesse comum, essa vontade não pode ser imposta aos dissidentes, mesmo que não represente nenhum prejuízo aos seus interesses.

Na falência do empresário, os credores são reunidos em função do interesse comum de liquidar com celeridade e segurança a massa falida objetiva para a satisfação dos débitos do empresário devedor. O princípio de colaboração e a vinculação da minoria à decisão da maioria são ínsitos a essa comunhão de interesses que os uniu e, assim, ficam limitados a esse interesse comum.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

33

A decisão qualificada da maioria de 2/3 dos presentes à Assembleia Geral dos Credores quanto à constituição da sociedade deveria ser imposta à minoria se fosse apenas modalidade extraordinária de realização do ativo. Mas não o é. Além de forma extraordinária de liquidação dos ativos, a constituição da sociedade de credores implica, nas formas mais tradicionais, a dação em pagamento de uma quota ou ação social em proporção ao crédito devido em face do empresário falido.

Quanto à forma de pagamento, os credores não possuem comunhão de interesse, pois não se encontram em situação semelhante para a satisfação de seus créditos. A Lei 11.101/05 estipula a ordem de pagamento de credores conforme a par conditio creditorum entre credores da mesma classe. Credores de classe diversa, nesses termos, não podem ter seus interesses equiparados, pois a perspectiva de recebimento é diversa. A regra da maioria, nesses termos, não pode ser imposta a uma minoria com interesse diverso.

Outrossim, para a constituição do contrato plurilateral de sociedade, a declaração de vontade do futuro sócio é condição de existência do negócio jurídico. Como negócio jurídico, 'o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada)'. Nessa autorregulação, a declaração de vontade permite que a parte se torne titular de direito e sujeito de obrigações para com os demais, cujos interesses seriam unificados em razão de um fim comum.

A declaração de vontade é pressuposto para que



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

34

obrigações decorrentes do contrato de sociedade possam ser impostas à parte contratante. As obrigações sociais seriam contraídas pelos sócios para que a constituição da sociedade possa ser realizada, mas não se limitam a essa função.

A constituição da sociedade é apenas um instrumento para a persecução dos interesses dos sócios. As obrigações não se restringem à constituição da sociedade, mas são premissas para o desenvolvimento de uma atividade ulterior. O contrato plurilateral é mero instrumento para a constituição de uma sociedade e a realização de uma atividade ulterior buscada pelos sócios.

As obrigações são impostas e os direitos são atribuídos em razão da criação dessa organização pretendida, entendida como a coordenação da influência recíproca entre os atos. Exigem-se dos sócios, nesses termos, não apenas a declaração de vontade de se associarem, mas um comportamento contínuo de colaboração em prol de uma atividade ulterior a ser desenvolvida.

Desse modo, a manifestação de vontade do sócio é imprescindível não apenas para vinculá-lo a um contrato de sociedade e lhe impor obrigações para essa constituição. Sua manifestação permite a atribuição de um dever de colaboração entre os sócios, requisito imprescindível para que o desenvolvimento de uma atividade ulterior pela sociedade possa ser efetivamente realizado.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

35

A impossibilidade de vinculação de uma minoria à deliberação majoritária para a constituição da sociedade fica ainda mais evidente diante da exigência de requisitos específicos para que determinados credores possa se associar. Os credores fiscais, por exemplo, não poderão ingressar na sociedade sem que haja uma lei que os autorize e a deliberação majoritária não poderia suplantar sua manifestação.

A vinculação dos dissidentes à constituição da sociedade também encontraria também óbice legal. A objeção ao princípio majoritário seria a garantia individual do art. 5º da Constituição da República de que 'ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado'.

(...)

A garantia do direito à não intervenção do Estado, entretanto, não restringe o referido direito a uma proteção apenas em face do Estado. O art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal, trata da liberdade de associação em sentido amplo e não apenas de caráter público. A liberdade de associação é direito fundamental do indivíduo, direito esse que não pode ser mitigado pela legislação infraconstitucional.

Como direito fundamental, o direito de associação limita a atuação do Estado, mas também garante diretamente sua eficácia horizontal entre os indivíduos em suas relações privadas.

Por essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

36

evita-se que um direito constitucionalmente protegido e assegurado como direito fundamental dos indivíduos não seja lesionado por particulares em suas relações. Assegura-se, assim, que, ainda que em detrimento da vontade da maioria dos demais credores, o credor dissidente não poderá ser obrigado a associar-se ou a permanecer associado contra a sua vontade.

Nesses termos, os credores dissidentes deverão ser pagos em dinheiro pela Massa Falida. Esse pagamento, contudo, deve ser limitado ao valor a que os referidos credores fariam jus caso ocorressem à liquidação ordinária dos ativos pela massa falida.

A obrigação de pagamento é corroborada pela interpretação do próprio art. 145, da Lei 11.101/05. Pela sua redação, a sociedade pode ser constituída pelos empregados do devedor ou por todos os credores, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros.'

Em arremate, defendo a tese de que os credores dissidentes devem ser pagos em valor proporcional ao bem ou conjunto de bens que irão integralizar o condomínio de credores.

Os credores dissidentes não podem ser obrigados a integrar a sociedade de credores proposta sem que assim o queiram, devendo, nesse ponto, ser apresentada pelos proponentes a solução para esse problema."

Ainda que remotamente, como sugerido



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

37

pelos próprios proponentes na contraminuta deste recurso (fls. 243/244), não se desconhece que a proposta de constituição do condomínio civil traz expressa previsão de que os credores, na condição de condôminos, poderiam ter de aportar recursos financeiros para o custeio do condomínio.

Essa circunstância enfatiza a tese de que é indispensável a manifestação de vontade, para adesão ao condomínio de credores quirografários.

Portanto, nesse tópico, a atual proposta de realização alternativa de ativos padece de ilegalidade, pois não prevê tratamento jurídico adequado para votos dissidentes, abstenentes e ausentes.

Além disso, conforme defendido pelo ora agravante, ainda que houvesse unanimidade entres os credores, para a aprovação do condomínio, haveria entrave estabelecido no *decisum* agravado, ao estipular que "cabará aos credores quirografários deliberar entre (i) deixarem reservado junto à massa falida o valor do débito ainda não consolidado junto à União ou (ii) exonerarem o administrador judicial e assumirem a responsabilidade pelo débito tributário acima mencionado".

Efetivamente, sem desconsiderar que o administrador judicial alertou que está pendente a validação do pagamento de dívida tributária, nos termos da Lei 13.043/14, inviáveis as opções indicadas aos credores, sem a expressa anuência do credor fiscal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

38

A primeira opção (reserva do valor do débito ainda não consolidado) esbarra na própria efetivação, pois não se tem conhecimento da exata dimensão da dívida. A oitiva da União Federal, portanto, seria recomendável, inclusive, para evitar eventual ofensa ao princípio *par conditio creditorum*, no caso de reserva de valores insuficientes para honrar crédito superior ao quirografário.

Em outras palavras, não se tem efetiva certeza de que, com a dação em pagamento e a quitação por parte dos credores quirografários, os credores de classes superiores não serão preteridos, se insuficientes os valores reservados.

A segunda opção tem entrave legal, pois caracterizaria indireta assunção de responsabilidade tributária, em violação à regra do art. 123, do CTN⁵.

Por fim, há razoável dúvida sobre a utilidade na criação do condomínio, em face do interesse coletivo dos credores, visto que, em última análise, o propósito dessa complexa operação seria possibilitar que um gestor viesse a fazer aquilo que o administrador judicial está fazendo ou, ao menos, deveria fazer. Sob esse foco, ou o administrador não está atuando a contento e necessita ter seu rumo orientado ou adequado, inclusive com a colaboração dos credores,

⁵ Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

39

podendo chegar ao extremo de ser substituído, ou está atuando dentro do esperado e a realização do ativo se dará gradativamente, no devido tempo.

No mais, forçoso observar que, conforme noticiado pelo próprio agravante a fls. 636/637, a incongruência apontada no recurso, quanto à possibilidade de devolução de valores a devedores da massa e a perda do objeto dos pedidos de homologação de acordos pendentes, foi superada pelo Juízo *a quo*, com a superveniente homologação dos referidos acordos (decisão copiada a fls. 638/639).

Em arremate, diante da inviabilidade da proposta de realização alternativa de ativos, sob o crivo da legalidade, o inconformismo comporta acolhida, nos moldes retro indicados.

3 - Eventuais embargos declaratórios serão julgados em sessão virtual, salvo se manifestada oposição na própria petição de interposição dos embargos, nos termos dos artigos 1º e 2º, da Resolução n.º 549/2011, do C. Órgão Especial, deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

4 - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso. É o voto.

DES. GRAVA BRAZIL - Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000061330

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos de Declaração nº 2027354-39.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes AES TIETÊ S/A e OUTROS e embargado BAYERISHE LANDESBANK.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), RICARDO NEGRÃO E SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

GRAVA BRAZIL
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº: 2027354-39.2018.8.26.0000/50000

EMBARGANTES: AES TIETÊ S/A e OUTROS

EMBARGADA: BAYERISHE LANDESBANK

COMARCA: SÃO PAULO

Embargos de Declaração - Interposição buscando rediscussão - Inadmissibilidade - Contradição ou omissões não caracterizadas - Embargos rejeitados.

VOTO Nº 30823

I - Cuida-se de embargos de declaração opostos em face do v. acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por credor quirografário.

Os embargantes (também credores quirografários) repisam a tese de que "não se trata, absolutamente, de sociedade, mas sim de condomínio civil *pro indiviso*, sendo que o que se regula na convenção de condomínio *pro indiviso* acostada aos autos é a copropriedade dos bens recebidos em dação em pagamento pela universalidade de credores". Em síntese, discordam da conclusão de que o condomínio civil teria a roupagem de sociedade, destacando que essa não foi a pretensão dos proponentes. Ainda, argumentam que "a r. decisão desta Col. Câmara, em termos práticos, reputa como ilegal - ou, pior, como inconstitucional - mera dação em pagamento, forma alternativa de cumprimento de obrigações (conforme arts. 356 e ss. do Código Civil). Ora, se uma dação em pagamento é ilegal - ou, pior, inconstitucional - fica irremediavelmente inviabilizada toda e qualquer forma de realização alternativa de ativos em um processo falimentar, transformando em letra morta o quanto disposto no art. 145 da Lei de Falências". A respeito, pedem que seja sanada a contradição, "sendo a proposta alternativa analisada sob



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

o prisma de um condomínio civil *pro indiviso*, pós dação em pagamento, que é o que de fato se propõe, ou, alternativamente, que o disposto no art. 5º, XX, da Constituição Federal também se aplica a dações em pagamento e/ou a condomínio civil *pro indiviso*, viabilizando a análise da questão pelo e. Supremo Tribunal Federal". **Falam em omissão, pois não foi observado o art. 36, § 2º, da Lei 11.101/05. Nesse ponto, dizem que** "o caso de deliberação de proposta de realização alternativa é, sim, um dos *casos previstos em lei* para convocação de assembleia geral de credores. Basta analisar o art. 145 da Lei de Falências, que é expresso ao estabelecer que propostas de realização alternativa dependem de aprovação pela assembleia geral de credores para sua homologação. Não há outro meio para se deliberar a respeito de uma proposta de realização alternativa, parta ela de apenas um, muitos ou //credores". Também apontam omissão, diante da não observância dos arts. 46 e 145, da Lei 11.101/05. Entendem que a legislação de regência não impõe condições para implementação da proposta alternativa que não a aprovação pela assembleia de credores. **Pedem que** "seja ostensivamente enfrentada a questão por esse e. TJSP, declarando o entendimento de que, em que pese a disposição expressa dos referidos artigos, a deliberação, ainda que aprovada, não se aplicaria à universalidade de credores". **Buscam prequestionamento.**

É o relatório do necessário.

II - A decisão embargada não padece dos vícios (contradição e omissões) sugeridos.

Quanto à alegada contradição, olvidam os embargantes que, de acordo com a jurisprudência assentada no C. STJ, "A contradição que autoriza os aclaratórios é a verificada entre trechos da própria decisão, seja entre os vários fundamentos ou entre estes e a parte dispositiva.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

Não é contraditória a decisão que firma entendimento contrário aos interesses da parte interessada (precedentes)." (EDcl no RHC 68.965/SC, 5ªT., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 01.09.2016).

Em realidade, alegando a ocorrência de contradição no enquadramento jurídico do objeto (condomínio civil *pro indiviso* entre credores quirografários, com dação em pagamento envolvendo a integralidade de ativos da massa) da proposta alternativa, observa-se que os embargantes buscam rediscutir os fundamentos do acórdão. Todavia, os embargos não dão azo a atacar a justiça ou injustiça do julgamento.

Ademais, não houve omissão no tocante à regra do art. 36, § 2º, da Lei 11.101/05. A respeito, basta a atenta leitura do aresto para a constatação de que o dispositivo foi expressamente considerado:

"De plano, quanto aos requisitos formais para a convocação de assembleia geral de credores, a fim de deliberação sobre a realização do ativo (art. 35, II, c, da Lei 11.101/05), com razão o agravante ao indicar que os efetivos proponentes, embora denominados como integrantes de Grupo de Trabalho (fls. 2345), representam apenas 6,72% dos créditos quirografários, conforme apontado pelo Administrador Judicial (fls. 2440).

Com efeito, embora a decisão agravada não tenha se pronunciado sobre a questão, trata-se de matéria de ordem pública, visto que diz respeito à legitimação para o



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

requerimento de convocação de assembleia de credores (item II, do pedido, a fls. 2366).

A respeito, conforme leciona Modesto Carvalhosa, 'O primeiro requisito da validade da assembleia geral de credores é que tenha sido convocada e instalada de acordo com as normas legais e estatutárias. Sem o cumprimento dessas formalidades, sua realização será nula. Trata-se, na espécie, de nulidade formal da própria realização do conclave e não apenas das deliberações nele tomadas. Assim, mesmo que as decisões quanto ao seu mérito ou conteúdo sejam conforme à lei, o vício na instalação e realização da assembleia geral os invalidará de forma absoluta'.

Portanto, sem a estrita observância dos requisitos do art. 36, §§ 2º e 3º, da Lei 11.101/05), inviável a instauração do conclave."

Por consectário dessa conclusão, isto é, da inobservância do quórum para requer ao juízo a convocação de assembleia-geral (art. 36, § 2º, da Lei 11.101/05), não houve afronta ao art. 145, da Lei 11.101/05, que prevê a homologação de outras modalidades de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia-geral de credores.

Considerando que, em regra, cabe aos credores e demais interessados a prerrogativa de propor forma alternativa de realização de ativos e que compete à assembleia-geral deliberar sobre essa modalidade alternativa (art. 35, II, c, da Lei 11.101/05), os proponentes devem congregiar o quórum



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

previsto no art. 36, § 2º, da Lei 11.101/05, para postular ao juízo falimentar a convocação da assembleia.

Por fim, quanto ao prequestionamento, a jurisprudência do C. STJ "é firme no sentido de que os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento visando à interposição de recursos nos Tribunais Superiores, não podem ser acolhidos quando inexistentes omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida." (EDcl no AgInt no AREsp 156.220/PR, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 20.02.2018).

Em suma, nada há para ser aclarado.

III - Ante o exposto, rejeitam-se os embargos. É o voto.

DES. GRAVA BRAZIL - Relator