

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabio Fernandes Neves Benfatti; Fernando Gustavo Knoerr; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-172-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Honrados, apresentamos os trabalhos defendidos no GT “Direito Empresarial” no VIII Encontro Virtual do CONPEDI.

Temas como o compliance e a integridade jurídico-empresarial a partir de análise de caso concreto e como a intervenção estatal sobre as atividades econômicas, foram abordados por professores, graduandos em iniciação científica e pós-graduandos em mestrado, doutorado e pós-doutorado das cinco regiões do Brasil em uma tarde de sábado.

A natureza jurídica de créditos de fiança bancária posteriormente ao pedido de recuperação judicial, a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos processos de falência e de recuperação judicial, a eficácia dos efeitos da declaração de falência e a tensão entre flexibilidade econômica e a segurança jurídica, foram problemas discutidos.

Os títulos de crédito em espécie, as empresas familiares, incluindo a outorga marital, a obrigação do avalista e a validade do aval, as Letras de Crédito do Desenvolvimento, as debêntures para a infraestrutura e a amplitude da legislação como uma necessidade para o direito cambiário, em razão de situações em aberto e a existência de uma real margem de dúvidas, dentre outros temas que ficam em aberto no direito, ganharam destaque nas reflexões e propostas apresentadas pelos congressistas.

Questões que transcendem a legislação pátria e envolvem um cenário transnacional como a atuação da OCDE, o fashion law, o triple bottom line da sustentabilidade e o greenwashing foram enfrentadas como desafios a serem mais bem compreendidos e vencidos pela comunidade jurídica no setor empresarial.

A realidade tributária aplicada em especial junto às micro e pequenas empresas, o papel do estado arrecadador e empresário, o planejamento tributário, a reforma tributária e seus efeitos sobre a sustentabilidade empresarial, fomentaram reflexões que também envolveram discussão sobre o capitalismo responsável, as sociedades de propósito específico e o papel das cooperativas.

Em razão da riqueza dos compartilhamentos e debates, convidamos à leitura do material que decorre do encontro realizado.

Fábio Fernandes Neves Benfatti,

Fernando Knoerr e

Viviane Séllos

**A NATUREZA DOS CRÉDITOS DECORRENTES DE FIANÇA BANCÁRIA
IMPLEMENTADA APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE
DO TEMA REPETITIVO 1.051/STJ**

**THE NATURE OF THE CREDITS ARISING FROM A BANK GUARANTEE
IMPLEMENTED AFTER THE REQUEST FOR JUDICIAL REORGANIZATION:
ANALYSIS OF THE REPETITIVE THEME 1.051/STJ**

Leonardo Da Silva Sant Anna ¹
Vitor Greijal Sardas ²

Resumo

Este artigo aborda a controversa natureza jurídica dos créditos detidos por instituições financeiras contra empresas em recuperação judicial, especificamente aqueles originados pelo pagamento de fianças bancárias efetivado após o pedido recuperacional, mas que garantiam obrigações constituídas anteriormente a esse marco temporal. A questão central reside em classificar esses créditos como concursais, sujeitando-os aos efeitos do plano de recuperação judicial, ou como extraconcursais, conferindo-lhes preferência no pagamento fora do concurso de credores. A análise é realizada com base na Lei nº 11.101/2005, com destaque para a interpretação do artigo 49 consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo nº 1.051, que vincula a sujeição do crédito à data do seu fato gerador. Utilizando uma metodologia jurídico-dogmática, o estudo examina a legislação pertinente, a jurisprudência consolidada e a doutrina especializada em direito empresarial e concursal, confrontando os distintos entendimentos sobre o momento de constituição do crédito do fiador bancário e suas implicações práticas. Argumenta-se pela natureza extraconcursal desses créditos, pois o fato gerador do direito de regresso do fiador – o pagamento da dívida afiançada – ocorre após o pedido de recuperação judicial.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Fiança bancária, Crédito extraconcursal, Crédito concursal, Tema repetitivo 1.051/stj

Abstract/Resumen/Résumé

reorganization: analysis of the repetitive theme 1.051/STJ Abstract: This article addresses the controversial legal nature of credits held by financial institutions against companies under judicial reorganization, specifically those originated by the payment of bank guarantees made after the reorganization request, but which guaranteed obligations constituted prior to this time frame. The central issue lies in classifying these credits as bankruptcy, subjecting them

¹ Professor de Direito Comercial (Graduação/PPGD) e Controladoria e Gestão Pública (PPGP) na Uerj. Doutor em Ciências (FIOCRUZ) e Mestre em Direito (UGF).

² Advogado; Diretor acadêmico da Escola Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros, Doutorando em Direito (Uerj)

to the effects of the judicial reorganization plan, or as extra-bankruptcy, giving them preference in payment outside the creditors' contest. The analysis is carried out based on Law. 11,101/2005, with emphasis on the interpretation of article 49 consolidated by the Superior Court of Justice in Repetitive Theme No. 1,051, which links the subjection of the credit to the date of its triggering event. Using a legal-dogmatic methodology, the study examines the pertinent legislation, the consolidated jurisprudence and the specialized doctrine in business and bankruptcy law, confronting the different understandings about the moment of constitution of the bank guarantor's credit and its practical implications. It is argued that these credits are extra-bankruptcy, since the triggering event for the guarantor's right of recourse – the payment of the secured debt – occurs after the request for judicial reorganization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial reorganization, Bank guarantee, Extra-bankruptcy credit, Bankruptcy credit, Repetitive theme 1,051/stj

1 Introdução

O instituto da recuperação judicial, veiculado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101 de 2005 (LREF), constitui ferramenta essencial no tratamento moderno da crise econômico-financeira que pode acometer os agentes econômicos exercentes de atividade organizada. Este diploma legal visa, conforme seu artigo 47, a superação da situação de crise do devedor, buscando conciliar a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores com os interesses dos credores. Ao fazê-lo, promove a preservação da empresa – entendida aqui como a atividade econômica organizada em si – e sua relevante função social, estimulando a continuidade da atividade econômica de maneira geral.

Nesse ambiente de reestruturação, a capacidade do devedor em recuperação de obter crédito e manter relações negociais garantidas é fundamental para o sucesso do processo. Contudo, a aplicação do regime concursal suscita debates jurídicos de grande complexidade. Dentre eles, destaca-se a questão sobre a natureza dos créditos oriundos de fianças bancárias formalizadas ou honradas após o pedido de recuperação judicial, mas que garantem obrigações cujo fato gerador é anterior a tal pedido. Configura-se, assim, a situação problema central deste trabalho: o crédito que a instituição financeira fiadora, ao pagar a obrigação principal inadimplida, passa a deter contra a sociedade empresária recuperanda deve ser classificado como concursal, sujeitando-se, portanto, à novação e às condições do plano de recuperação, ou ostenta natureza extraconcursal, permitindo sua satisfação prioritária e fora do âmbito do plano?

A classificação desses créditos tem impacto direto na capacidade de financiamento da atividade em reestruturação, na composição do passivo concursal, na probabilidade de aprovação e cumprimento do plano e, por conseguinte, na eficácia global do mecanismo recuperacional. O Tema 1.051/STJ, ao eleger o critério do fato gerador do crédito para definir sua sujeição à recuperação, proveu um norte interpretativo crucial, cuja aplicação à fiança bancária pós-pedido merece exame detalhado. A discussão recebeu um novo fôlego com o julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1847065-SP, pelo STJ, em fevereiro de 2025.

Nessa perspectiva, os objetivos deste estudo se delineiam. O objetivo geral é proceder a uma análise crítica da natureza jurídica, concursal ou extraconcursal, do crédito do fiador bancário contra o devedor recuperando, originado de fiança implementada após o pedido de recuperação judicial para garantir obrigação preexistente,

considerando a LREF e o paradigma estabelecido pelo Tema Repetitivo 1.051/STJ. Como objetivos específicos, buscar-se-á examinar os fundamentos normativos e principiológicos da classificação creditícia na recuperação judicial, com ênfase no marco temporal do artigo 49 da LREF; discutir a estrutura jurídica da fiança bancária e o instante em que emerge o direito creditório do fiador contra o afiançado; dissecar a tese e a *ratio decidendi* do Tema 1.051/STJ, focando no conceito de “fato gerador”; confrontar as argumentações que sustentam a concursabilidade e a extraconcursabilidade dos créditos em tela, aplicando o critério do fato gerador; mapear e analisar as contribuições da doutrina especializada brasileira; e, por fim, avaliar a compatibilidade da classificação extraconcursal com a finalidade de soerguimento do agente econômico em crise, tal como almejada pela LREF.

A metodologia adotada será a jurídico-dogmática, com pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, sob uma abordagem qualitativa e utilizando o método dedutivo. A investigação partirá da legislação pertinente, notadamente a Lei nº 11.101/2005 e o Código Civil, interpretando seus dispositivos à luz dos princípios informadores. Proceder-se-á a um levantamento de obras doutrinárias de juristas com reconhecida autoridade em Direito Empresarial, Falimentar e Contratual, visando coligir e sistematizar os diferentes posicionamentos sobre a matéria. A jurisprudência do STJ será objeto de análise centralizada, com destaque absoluto para o acórdão paradigma do Tema Repetitivo 1.051 (REsp nº 1.843.338/SP), esmiuçando seus fundamentos e a tese vinculante dele emanada. Investigar-se-á, adicionalmente, a aplicação desse entendimento em julgados posteriores que abordaram a questão da fiança ou situações análogas. A conclusão será construída mediante raciocínio lógico-dedutivo, buscando oferecer uma resposta fundamentada sobre a classificação jurídica mais adequada, em consonância com o sistema normativo, a orientação pretoriana e os subsídios doutrinários.

2 O regime jurídico da recuperação judicial e a classificação dos créditos na Lei nº 11.101/2005

A correta abordagem da controvérsia sobre a classificação do crédito oriundo de fiança bancária pós-pedido pressupõe a compreensão dos pilares do regime recuperacional brasileiro e das normas que governam a sujeição dos créditos aos seus efeitos. A Lei nº 11.101/2005 instituiu um microssistema normativo dedicado à insolvência empresarial, superando o antigo regime do Decreto-Lei nº 7.661/45. A

recuperação judicial, diferentemente da revogada concordata, configura-se como um processo complexo e abrangente, destinado à reestruturação efetiva do agente econômico em crise, com significativa intervenção dos credores na busca por soluções de superação da dificuldade econômico-financeira.

O dispositivo central para determinar quais créditos estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial é o caput do artigo 49 da LREF, que preceitua: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Essa norma estabelece um critério temporal objetivo, elegendo a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial como o divisor de águas. Os créditos considerados “existentes” até esse momento são, como regra geral, classificados como concursais. Tais créditos ficam vinculados ao processo e ao plano de recuperação que venha a ser aprovado, sofrendo novação legal e sujeitando-se às condições de pagamento nele estabelecidas, nos termos do artigo 59 da LREF. Em contrapartida, aqueles créditos constituídos após a data do pedido são, em princípio, classificados como extraconcursais, não se submetendo ao regime do concurso de credores e devendo ser satisfeitos conforme as condições originais ou legais. A aparente simplicidade do texto legal oculta, no entanto, uma significativa complexidade na sua aplicação, concentrada na interpretação da locução “créditos existentes na data do pedido”¹.

A fixação deste marco temporal é de suma importância para a segurança jurídica e a previsibilidade do processo recuperacional. Ela define o universo de credores que participarão das negociações e da deliberação sobre o plano, delimita o passivo objeto da reestruturação e, crucialmente, permite que o devedor continue a operar e a contrair novas obrigações durante o curso do processo. Estas novas obrigações, ao serem classificadas como extraconcursais, desfrutam de maior garantia de pagamento, o que incentiva terceiros, como fornecedores e financiadores, a manterem relações negociais com o agente econômico em recuperação. Conforme adverte Marcelo Barbosa Sacramone (2022, p. 578), a correta identificação do momento de existência do crédito é vital para assegurar a paridade de tratamento entre os credores de mesma classe e para viabilizar o próprio soerguimento do devedor. A distinção entre créditos concursais e extraconcursais é,

¹ A definição precisa do que significa um crédito “existir” para os fins do artigo 49 tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Seria relevante a data da celebração do negócio jurídico subjacente? A data do vencimento da prestação? A data do inadimplemento? Ou o momento em que se aperfeiçoa o fato jurídico que dá origem ao direito de crédito, ou seja, seu fato gerador? Esta última interrogação foi precisamente o cerne da controvérsia dirimida pelo STJ no julgamento que fixou a tese do Tema Repetitivo 1.051, cuja análise será aprofundada posteriormente.

portanto, um elemento estrutural do sistema de insolvência brasileiro. Os créditos extraconcursais não participam do concurso de credores e, via de regra, não são afetados pelas disposições do plano de recuperação judicial. Eles devem ser adimplidos pelo devedor recuperando nos respectivos vencimentos, sob pena de possibilitar a execução individual ou mesmo a convalidação da recuperação em falência, como indicam os artigos 61, §1º, e 73, inciso IV, da LREF².

O artigo 84 da LREF estabelece a ordem de prioridade para o pagamento dos créditos extraconcursais no cenário específico da falência, mas essa ordem reflete, por analogia e pela lógica sistêmica, a preferência que tais créditos também gozam durante a recuperação judicial. Dentre as categorias relevantes de créditos extraconcursais listadas no artigo 84 (com as modificações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020), merecem destaque as remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, as quantias fornecidas à massa pelos credores (inciso II), as despesas essenciais à administração e realização do ativo (inciso III), as custas judiciais decorrentes de sucumbência da massa (inciso IV) e, de particular importância para o presente estudo, as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência (inciso V). Este último inciso, em conjunto com o artigo 67, que trata especificamente do financiamento ao devedor em recuperação, fornece o fundamento legal para o tratamento extraconcursal das obrigações validamente contraídas após o pedido de recuperação.

A razão subjacente a essa diferenciação é funcional: para que um agente econômico tenha perspectiva de superar a crise, é imprescindível que possa continuar a desenvolver sua atividade, o que envolve contratar, adquirir insumos, pagar salários e, frequentemente, buscar novos financiamentos. Se todas as obrigações assumidas após o pedido de recuperação fossem relegadas ao mesmo tratamento dos créditos antigos (concursais), haveria um desincentivo generalizado à contratação com o devedor, dado o elevado risco de inadimplemento ou de sujeição a condições desfavoráveis de pagamento. O regime extraconcursal atua, assim, como um mecanismo de fomento à manutenção da atividade durante o processo, alinhando-se ao princípio da preservação da empresa. Nas palavras de Daniel Carnio Costa (2021, p. 355), “a extraconcursalidade dos créditos constituídos após o pedido de recuperação judicial é medida essencial para permitir que a [atividade] continue

² A legislação confere tratamento preferencial a certas categorias de créditos extraconcursais, justamente com o intuito de estimular a continuidade das atividades e o financiamento do agente econômico durante o processamento da recuperação.

funcionando durante o processo, pois garante aos novos credores que seus créditos serão pagos com prioridade”.

É sob este prisma legal e principiológico – a centralidade do artigo 49, a bipartição concursal/extraconcursal e os objetivos da LREF – que a natureza do crédito decorrente da fiança bancária pós-pedido deve ser examinada.

3 A fiança bancária: natureza jurídica e funcionamento no ambiente de negócios

Para aplicar com precisão o critério do “fato gerador”, estabelecido pelo Tema 1.051/STJ, ao crédito reclamado pelo banco fiador em face do devedor recuperando, é fundamental dissecar a natureza jurídica do contrato de fiança, especialmente em sua modalidade bancária, e identificar o mecanismo pelo qual se origina o direito creditório do fiador contra o agente econômico afiançado.

A fiança é um contrato nominado e típico, disciplinado entre os artigos 818 e 839 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002). O artigo 818 a define como o pacto pelo qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Configura-se, assim, como uma garantia de natureza pessoal, ou fidejussória, em que um terceiro, o fiador, se compromete perante o credor de uma obrigação principal a adimpli-la caso o devedor originário, o afiançado, não o faça.

A configuração legal da fiança revela traços jurídicos distintivos. Sua natureza acessória é fundamental, o que significa que a existência e a validade da fiança estão intrinsecamente vinculadas à existência e validade da obrigação principal que ela garante, conforme preceitua o artigo 824 do Código Civil. A nulidade da obrigação principal, ressalvadas hipóteses específicas como a incapacidade pessoal do devedor (exceto em mútuo a menor), acarreta a nulidade da fiança. Da mesma forma, a extinção da dívida principal por qualquer meio válido, como pagamento ou novação, extingue a garantia fidejussória.

Em geral, a fiança opera como um contrato unilateral, pois, em seu momento de formação, gera obrigações primordialmente para o fiador, que se vincula perante o credor. O credor e o afiançado, em regra, não assumem obrigações diretas para com o fiador em decorrência do simples pacto de fiança. Contudo, como observa Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 378), a execução da fiança, ou seja, o pagamento da dívida pelo fiador, desencadeia efeitos subsequentes que podem ser vistos como bilaterais, notadamente o direito de regresso do fiador contra o afiançado.

A responsabilidade do fiador é, tipicamente, subsidiária. Isso implica que ele só poderá ser compelido a pagar a dívida após o inadimplemento do devedor principal. Ademais, o fiador demandado pelo pagamento pode invocar o benefício de ordem ou excussão, previsto no artigo 827 do Código Civil, exigindo que os bens do devedor principal sejam executados primeiramente. No entanto, essa subsidiariedade é frequentemente afastada na prática negocial, especialmente em fianças comerciais ou bancárias, por meio de cláusulas contratuais que estipulam a renúncia expressa ao benefício de ordem ou que configuram o fiador como devedor solidário ou principal pagador, conforme autorizado pelo artigo 828 do mesmo diploma legal. Nesses casos, a responsabilidade do fiador torna-se direta e não meramente subsidiária.

O Código Civil também exige forma escrita para a validade da fiança e veda interpretação extensiva, conforme o artigo 819. Trata-se de uma formalidade *ad substantiam*, essencial à própria existência jurídica do contrato. Por fim, a fiança é presumida como gratuita pelo legislador civilista, tradicionalmente vista como um ato de favor ou confiança. Todavia, essa presunção é relativa (*juris tantum*), sendo perfeitamente possível e comum que a fiança seja contratada de forma onerosa, mediante o pagamento de uma remuneração (prêmio ou comissão) ao fiador pelo risco assumido.

A fiança bancária insere-se nesse gênero contratual, mas apresenta peculiaridades relevantes quando uma instituição financeira figura como fiadora. No contexto das relações empresariais, ela se distancia da fiança civil tradicional, assumindo a feição de uma operação financeira específica.

A robustez financeira e a credibilidade associadas às instituições bancárias conferem muita segurança ao credor da obrigação principal. Para o devedor afiançado, a obtenção de uma fiança bancária pode ser a chave para acessar determinados mercados, celebrar contratos vantajosos ou obter financiamentos que, de outra forma, seriam inacessíveis.

Sob a perspectiva da regulação bancária, a concessão de fiança é tratada como uma operação de crédito, ainda que indireto. Embora não haja desembolso imediato de recursos pelo banco no momento da concessão, a instituição assume um risco de crédito significativo, alocando parte de seu capital para garantir a obrigação do cliente. Por essa razão, a atividade de prestação de fianças por bancos submete-se a rigorosas análises de risco, limites operacionais e normas prudenciais editadas pelo Banco Central do Brasil. Como bem aponta Arnaldo Rizzardo (2013, p. 1015), a fiança bancária transcende a mera garantia para se configurar como “autêntica operação bancária”.

A definição do exato momento em que se constitui o direito de crédito da instituição financeira fiadora contra o agente econômico afiançado (o devedor em recuperação) é o cerne da questão para fins de classificação concursal ou extraconcursal. A resposta a essa indagação permitirá determinar se tal crédito “existia” ou não na data do pedido de recuperação, à luz do artigo 49 da LREF e da interpretação conferida pelo Tema 1.051/STJ.

O artigo 831 do Código Civil estabelece que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor”. Este dispositivo consagra o direito de regresso do fiador contra o devedor principal, fundamentado na figura da sub-rogação legal. Ao satisfazer a obrigação garantida, o fiador assume a posição jurídica do credor originário perante o devedor, adquirindo todos os direitos, ações, privilégios e garantias que pertenciam àquele, nos termos do artigo 349 do mesmo Código.

A doutrina civilista majoritária, em consonância com a literalidade do artigo 831, entende que o direito de crédito do fiador contra o afiançado – seja ele exercido por meio da sub-rogação nos direitos do credor primitivo, seja por uma ação de regresso autônoma – constitui-se juridicamente no instante em que o fiador efetua o pagamento da dívida principal ao credor garantido. Antes desse evento (o pagamento), o fiador detém, no máximo, uma expectativa de direito ou um direito condicionado ao futuro e incerto inadimplemento do devedor principal e à sua própria intervenção para solver a dívida. Nessa linha, Orlando Gomes afirma que a sub-rogação em favor do fiador opera “no momento em que paga a dívida” (2008, p. 468). De modo similar, Sílvio de Salvo Venosa leciona que “o fiador que paga a dívida ocupa o lugar do credor primitivo. A sub-rogação opera de pleno direito” (2017, p. 359). Reforçando essa compreensão, Flávio Tartuce identifica o pagamento efetuado pelo fiador como o “fato gerador do direito de regresso” (2021, p. 552).

Portanto, sob a ótica estrita do Direito Civil e da teoria geral das obrigações, o crédito da instituição financeira fiadora contra o agente econômico afiançado não “existe” como um direito atual e exigível pelo fiador na data da celebração do contrato de fiança, nem mesmo na data do eventual inadimplemento da obrigação principal pelo afiançado perante o credor original. O crédito do fiador, em sua titularidade, somente passa a ter existência jurídica a partir do momento em que o banco efetivamente desembolsa o valor para quitar a dívida garantida junto ao credor.

Essa conclusão é de fundamental importância para a análise da questão à luz do artigo 49 da LREF e do Tema 1.051/STJ. Se o contrato de fiança bancária foi celebrado

ou se tornou eficaz após o pedido de recuperação judicial, e o pagamento efetuado pelo banco ao credor garantido também ocorreu após esse marco temporal – ainda que a obrigação principal garantida tenha se originado antes do pedido –, o crédito resultante desse pagamento, agora titularizado pelo banco contra o devedor recuperando, parece ter seu fato gerador (o pagamento com efeito sub-rogatório) localizado temporalmente depois da data do pedido. Essa constatação inicial sugere fortemente sua natureza extraconcursal. A análise, contudo, deve necessariamente enfrentar os argumentos que invocam a acessoriedade da fiança e a origem preexistente da obrigação principal para sustentar a tese da concursalidade, aspectos que serão detidamente explorados nas seções subsequentes.

4 O Tema Repetitivo 1.051/STJ e a fixação do critério do fato gerador

A correta aplicação do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005, que define o universo de créditos sujeitos à recuperação judicial, foi objeto de significativa controvérsia jurisprudencial, especialmente no que concerne a situações complexas envolvendo contratos de execução continuada, obrigações condicionais ou créditos decorrentes de relações jurídicas multifacetadas que se estendem no tempo, perpassando o marco do pedido de recuperação. Visando pacificar uma dessas importantes divergências e conferir maior segurança jurídica, o Superior Tribunal de Justiça afetou a matéria ao rito dos recursos repetitivos, culminando no julgamento do Recurso Especial nº 1.843.338/SP e na fixação da tese vinculante conhecida como Tema Repetitivo 1.051. A compreensão desse precedente é indispensável para a análise da natureza do crédito oriundo da fiança bancária pós-pedido.

A questão específica submetida a julgamento no Tema 1.051 dizia respeito à classificação dos créditos detidos por instituições financeiras decorrentes de contratos de cessão fiduciária de recebíveis. Nesses arranjos contratuais, usualmente vinculados a operações de adiantamento ou financiamento, uma sociedade empresária (cedente) cede fiduciariamente seus créditos futuros (recebíveis) a uma instituição financeira (cessionária) como garantia do pagamento do mútuo ou adiantamento concedido. A controvérsia surgia quando o contrato de cessão fiduciária era celebrado antes do pedido de recuperação judicial da sociedade empresária cedente, mas o evento que efetivamente consolidava a exigibilidade do crédito da instituição financeira contra a cedente – tipicamente, o inadimplemento do sacado (devedor original dos recebíveis cedidos) ou a

constatação de insuficiência dos recebíveis para quitar o financiamento – ocorria após o pedido de recuperação.

Nesse cenário, instalava-se o dissenso: o crédito da instituição financeira cessionária contra a cedente recuperanda deveria ser considerado concursal, por derivar de um contrato (a operação de financiamento com garantia de cessão) firmado antes do pedido de recuperação, ou extraconcursal, por ter sua exigibilidade ou liquidação ocorrido apenas após o marco temporal do artigo 49? As instâncias ordinárias apresentavam soluções divergentes, ora privilegiando a data do contrato originário, ora focando no momento do inadimplemento ou da efetiva constatação da insuficiência da garantia. Essa indefinição gerava grande instabilidade nas operações de crédito garantidas por recebíveis, afetando tanto as instituições financeiras quanto os agentes econômicos que dependiam dessa modalidade de financiamento.

Ao julgar o REsp nº 1.843.338/SP, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça buscou unificar o entendimento sobre o critério definidor da sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial. A tese fixada no Tema Repetitivo 1.051 foi a seguinte: “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” (STJ, 2021a).

A adoção do critério do “fato gerador” como elemento determinante para a aplicação do artigo 49 da LREF representou um marco interpretativo. Nos fundamentos do acórdão paradigma, o STJ rechaçou interpretações que elegiam a data da celebração do contrato ou a data do vencimento da obrigação como critérios únicos e absolutos. Argumentou-se que a expressão “créditos existentes na data do pedido” deveria ser interpretada de forma teleológica e sistemática, considerando a finalidade do instituto recuperacional e a necessidade de um critério que abarcasse a diversidade das relações obrigacionais.

O conceito de “fato gerador” foi compreendido pela Corte como o evento ou conjunto de eventos que, segundo a ordem jurídica, são necessários e suficientes para constituir a obrigação, ou seja, para dar nascimento ao vínculo jurídico que confere a uma parte (o credor) o direito de exigir da outra (o devedor) uma determinada prestação. Trata-se de identificar o momento em que o direito creditório ingressa no patrimônio do credor, tornando-se juridicamente existente, ainda que sua exigibilidade possa depender de termo ou condição futura.

Aplicando esse raciocínio ao caso específico da cessão fiduciária de recebíveis, o STJ concluiu pela natureza concursal do crédito da instituição financeira cessionária contra a cedente recuperanda, mesmo quando o inadimplemento do sacado ocorresse após o pedido de recuperação. O fundamento central foi que o fato gerador da obrigação da cedente para com a cessionária – ou seja, a obrigação de garantir a solvência dos créditos cedidos ou de restituir o financiamento caso os recebíveis se mostrassem insuficientes – teria ocorrido no momento da celebração do contrato de cessão fiduciária e do correspondente adiantamento ou financiamento, atos estes praticados antes do pedido de recuperação judicial. Nesse momento, segundo a Corte, teria se aperfeiçoado o negócio jurídico principal (o financiamento) e a garantia (a cessão fiduciária), constituindo-se a relação obrigacional entre a instituição financeira e a sociedade empresária cedente. O inadimplemento posterior do sacado ou a constatação da insuficiência dos recebíveis seriam eventos que apenas tornariam líquida ou exigível uma obrigação já existente em sua substância desde a contratação original.

Conforme elucidado no voto condutor, “a B C contratual que regula a operação de crédito garantida por cessão fiduciária de recebíveis revela que o fato gerador da obrigação restituir valores adiantados ou de responder pela insuficiência da garantia nasce, para o cedente (futuro recuperando), no momento da contratação do financiamento e da cessão dos créditos, pois ali se consolida o vínculo obrigacional principal e a transferência do risco econômico subjacente, ainda que a exigibilidade da prestação específica possa depender de evento futuro” (paráfrase dos fundamentos em STJ, 2021a). Essa interpretação visou conferir tratamento isonômico aos créditos originados de operações financeiras estruturadas antes da crise, submetendo-os ao esforço coletivo de reestruturação.

O essencial, na linha do que foi estabelecido pelo STJ, é perquirir qual o evento que, juridicamente, constitui o direito de crédito específico que está sendo reclamado perante o devedor em recuperação. Não se trata de analisar a origem remota da relação entre as partes, mas sim o fato jurídico que efetivamente deu nascimento àquela particular obrigação que se pretende classificar como concursal ou extraconcursal.

A fixação da tese no Tema 1.051/STJ, portanto, estabeleceu uma diretriz metodológica clara: para definir a concursalidade ou extraconcursalidade de um crédito, deve-se identificar seu fato gerador e verificar se este ocorreu antes ou depois da data do pedido de recuperação judicial. A aplicação dessa diretriz ao caso específico da fiança bancária implementada após o pedido de recuperação, garantindo obrigação preexistente,

constitui o próximo passo lógico desta investigação e o cerne da controvérsia a ser dirimida.

5 A controvérsia central: aplicação do Tema 1.051/STJ à fiança bancária após o pedido de recuperação

Definido o critério do fato gerador pelo Superior Tribunal de Justiça como a baliza para aferir a sujeição de um crédito aos efeitos da recuperação judicial, impõe-se investigar como essa diretriz se aplica à hipótese específica da fiança bancária formalizada ou honrada pela instituição financeira após o pedido de recuperação judicial do devedor afiançado, mas em garantia de obrigação principal cujo fato gerador é anterior a esse pedido. A questão reside em identificar corretamente qual é o “fato gerador” relevante para o crédito que a instituição financeira fiadora passa a titularizar contra o devedor recuperando. É a origem da dívida principal garantida? É a celebração do contrato de fiança? Ou é o pagamento da dívida pelo fiador? A resposta a essa indagação determinará a natureza concursal ou extraconcursal do crédito, com todas as consequências práticas daí advindas. Duas linhas de argumentação principais se delineiam.

A tese que defende a concursalidade do crédito do banco fiador, mesmo quando o pagamento ocorre após o pedido de recuperação, fundamenta-se primordialmente na natureza acessória do contrato de fiança. Argumenta-se que, sendo a fiança um contrato acessório, ela segue a sorte da obrigação principal (princípio do *accessorium sequitur principale*). Se a obrigação principal garantida teve seu fato gerador antes do pedido de recuperação judicial, sendo, portanto, uma dívida concursal para o credor original, o crédito do fiador que paga essa mesma dívida e se sub-roga nos direitos do credor original deveria, por coerência, manter a mesma natureza concursal. A sub-rogação, nessa ótica, transferiria ao fiador o crédito com todas as suas características originais, incluindo sua sujeição ao concurso. Adicionalmente, invoca-se o vínculo econômico e causal entre a fiança e a dívida preexistente. Mesmo que o contrato de fiança seja formalizado após o pedido, ou que o pagamento pelo fiador ocorra nesse período, a razão de ser da garantia e o risco assumido pela instituição financeira estariam atrelados a uma relação jurídica (a obrigação principal) estabelecida no período anterior à crise manifesta do devedor. Ignorar esse vínculo subjacente e tratar o crédito do fiador como extraconcursal poderia ser visto como uma forma de contornar os efeitos da recuperação sobre dívidas antigas,

conferindo tratamento privilegiado a um credor (o fiador) cujo crédito, em última análise, refere-se ao passivo histórico do devedor. Outro argumento, de índole mais pragmática, refere-se ao potencial risco de fraude ou manipulação. Poderia haver um incentivo para que devedores e credores de obrigações antigas formalizassem ou estruturassem garantias, como a fiança bancária, após o pedido de recuperação, com o intuito deliberado de transformar um crédito originalmente concursal (o do credor principal) em um crédito extraconcursal (o do fiador), burlando a regra do artigo 49 e a paridade entre os credores.

Sob essa perspectiva, a interpretação do “fato gerador” do crédito do fiador seria elastecida para alcançar o fato gerador da obrigação principal garantida, considerando a relação de dependência entre os dois vínculos. O pagamento pelo fiador seria visto apenas como uma condição de exigibilidade ou um evento que consolida a transferência de titularidade de um crédito cuja natureza concursal já estava definida pela anterioridade da obrigação principal.

Em contraposição, a tese que sustenta a extraconcursalidade do crédito do banco fiador baseia-se em uma aplicação estrita do critério do fato gerador estabelecido pelo Tema 1.051/STJ, focada na relação jurídica específica entre o fiador e o devedor afiançado, e alinhada aos objetivos da Lei de Recuperação Judicial.

O argumento central é que o crédito do fiador contra o devedor afiançado somente nasce, juridicamente, quando o fiador efetua o pagamento da dívida garantida ao credor original. Conforme analisado anteriormente, o artigo 831 do Código Civil é claro ao vincular a sub-rogação (e, portanto, a aquisição do crédito pelo fiador) ao ato do pagamento. Antes disso, o fiador não é titular de um crédito exigível contra o afiançado; possui, quando muito, uma expectativa de direito. Se o pagamento ocorre após o pedido de recuperação judicial, o fato gerador desse crédito específico (o do fiador contra o afiançado) é inequivocamente posterior ao marco temporal do artigo 49 da LREF. Aplicar o critério do Tema 1.051/STJ à risca levaria, portanto, à conclusão pela extraconcursalidade.

Reforça essa linha de raciocínio a consideração da própria fiança bancária, quando contratada após o pedido, como um ato jurídico válido praticado durante a recuperação judicial. O artigo 84, inciso V, da LREF classifica expressamente como extraconcursais as “obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial”. A celebração de um contrato de fiança onerosa por uma instituição financeira com o devedor recuperando, após o pedido, enquadra-se perfeitamente nessa descrição. A obrigação do devedor de reembolsar o fiador (caso este venha a pagar a dívida) deriva

diretamente desse ato jurídico pós-pedido e do subsequente pagamento, também pós-pedido. Se as instituições financeiras souberem que, ao prestar uma fiança após o pedido de recuperação (mesmo que para garantir dívida antiga, viabilizando, por exemplo, a renegociação de um contrato vital para o devedor) e ao honrá-la, seu crédito de regresso será classificado como extraconcursal, haverá um incentivo para que continuem a apoiar o devedor nesse momento crítico. A classificação concursal, ao contrário, teria um efeito dissuasório, dificultando a obtenção dessas garantias e, potencialmente, inviabilizando o próprio plano de recuperação. O tratamento extraconcursal funciona, nesse contexto, como um prêmio pelo risco assumido em prol da reestruturação.

Por fim, é possível distinguir a situação da fiança daquela julgada no Tema 1.051 (cessão fiduciária). Na cessão fiduciária vinculada a financiamento, o STJ entendeu que o fato gerador da obrigação do cedente (devedor) para com o cessionário (banco) residia na própria operação de crédito e transferência de risco ocorrida antes do pedido. Já na fiança, a obrigação do afiançado (devedor) de reembolsar o fiador (banco) só se concretiza com o pagamento efetuado pelo fiador, evento que, na hipótese em análise, ocorre depois do pedido. A estrutura jurídica e o momento de nascimento da obrigação específica em discussão são distintos.

Ponderando os argumentos, a interpretação mais consentânea com a letra e o espírito da Lei nº 11.101/2005, bem como com a metodologia estabelecida pelo Tema Repetitivo 1.051/STJ, parece ser aquela que identifica o pagamento da dívida garantida pelo fiador como o fato gerador do crédito deste último contra o devedor afiançado.

O Tema 1.051/STJ, ao eleger o critério do fato gerador, buscou identificar o momento da constituição jurídica da obrigação específica cujo caráter concursal ou extraconcursal se debate. No caso do crédito do fiador contra o afiançado, esse momento é inequivocamente o do adimplemento da obrigação principal pelo garante, conforme dispõe o artigo 831 do Código Civil. A acessoriedade da fiança não tem o condão de antecipar o nascimento do crédito do fiador, embora vincule sua existência à da obrigação principal. A sub-rogação opera a transferência de um crédito existente (do credor original para o fiador), mas o direito do fiador de exigir o reembolso do afiançado só se perfaz com o pagamento.

Considerar o pagamento como fato gerador não implica necessariamente risco aumentado de fraude, pois a validade do ato jurídico (contrato de fiança) praticado durante a recuperação pode ser controlada pelo administrador judicial e pelo juízo, coibindo-se eventuais simulações ou atos lesivos aos demais credores.

Ademais, essa interpretação funcionalmente se alinha aos objetivos da recuperação judicial, incentivando a concessão de garantias necessárias à manutenção da atividade e ao sucesso da reestruturação. Negar a extraconcursalidade nesse caso seria criar um obstáculo adicional ao soerguimento do agente econômico em crise, contrariando o espírito da lei. Portanto, se o contrato de fiança foi validamente celebrado após o pedido de recuperação, ou se, mesmo sendo anterior, o pagamento pelo fiador ocorreu comprovadamente após o pedido, o crédito resultante desse pagamento em favor da instituição financeira fiadora deve ser classificado como extraconcursal.

6 Análise doutrinária sobre a classificação do crédito

A questão da classificação do crédito do fiador bancário na recuperação judicial, especialmente quando a garantia é implementada ou o pagamento ocorre após o pedido, tem sido objeto de atenção pela doutrina especializada brasileira³, embora nem sempre com a especialidade ou o consenso desejável. As posições dos juristas refletem, em grande medida, os argumentos já delineados, ora pendendo para a concursalidade com base na acessoriedade e na origem da dívida principal, ora defendendo a extraconcursalidade com foco no momento do pagamento e na lógica de financiamento da crise.

Diante da sujeição dos créditos à recuperação judicial, pode-se apontar a força do princípio da acessoriedade e a necessidade de preservar a universalidade do juízo concursal para as obrigações originadas antes da crise. Embora a questão fique lacunosa na fiança paga pós-pedido, seus argumentos sobre a vinculação das garantias à obrigação principal podem ser interpretados como favoráveis à concursalidade. Uma visão mais estrita da aplicação do artigo 49 da LREF, pode dar azo ao argumento que a sub-rogação apenas transfere a titularidade do crédito, mantendo intacta sua natureza original. Nesse sentido, se o crédito do credor original era concursal, o crédito do fiador sub-rogado também o seria. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, ao tratar das garantias na recuperação judicial, embora reconheça as exceções legais, reitera a regra geral de

³ “Em razão da sub-rogação, é irrelevante que o pagamento pelo terceiro tenha ocorrido após o pedido de recuperação judicial, já que, independentemente do momento do adimplemento, ele apenas substitui o credor originário num crédito que era caracterizado por estar sujeito à recuperação judicial.” (SACRAMONE, Marcelo; PIVA, Fernanda Neves. O Pagamento dos Débitos da Recuperanda: A Sub-Rogação e o Direito de Regresso na Recuperação Judicial. In: Processo Societário III. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018, págs. 495 e 496)

sujeição vinculada à origem da obrigação principal (COELHO, 2021). A preocupação com a isonomia entre os credores e a prevenção a manobras que esvaziem o concurso também são pontos frequentemente levantados por essa corrente, que vê com cautela a expansão das hipóteses de extraconcursalidade para créditos vinculados a passivos antigos. Argumenta-se que a finalidade da recuperação é reestruturar o passivo existente na data do pedido, e permitir que garantias acessórias a esse passivo gerem créditos extraconcursais poderia desvirtuar esse objetivo.

Por outro lado, uma parcela significativa e crescente da doutrina especializada em direito recuperacional e falimentar sustenta a natureza extraconcursal do crédito do fiador que paga a dívida após o pedido de recuperação judicial, mesmo que a obrigação principal seja anterior. Essa corrente valoriza a interpretação literal e funcional do artigo 831 do Código Civil, que atrela o nascimento do direito de regresso do fiador ao momento do pagamento. Manoel Justino Bezerra Filho (2020, p. 175), por exemplo, ao comentar o artigo 49, salienta que o critério temporal é objetivo e se refere à existência do crédito em si, sendo o pagamento pelo fiador o marco constitutivo de seu crédito específico contra o afiançado.

Marcelo Barbosa Sacramone (2022, p. 580-581), analisando o critério do fato gerador após o Tema 1.051/STJ, defende que, para o fiador, o fato gerador de seu direito de reembolso é o pagamento da obrigação garantida. Se este pagamento ocorre após o pedido de recuperação, o crédito correspondente é extraconcursal, pois inexistente na data do pedido na titularidade do fiador. Ele diferencia essa situação daquela do credor original, cujo crédito já existia e era concursal. Sacramone também enfatiza a importância dessa classificação para viabilizar a manutenção de garantias essenciais durante a recuperação.

Daniel Carnio Costa (2021, p. 360), em linha semelhante, argumenta que as obrigações assumidas pelo devedor durante a recuperação judicial, ou decorrentes de atos praticados nesse período, devem ter tratamento extraconcursal para incentivar a continuidade das relações negociais e o financiamento da reestruturação. A obrigação de reembolsar o fiador que paga a dívida após o pedido se enquadraria nessa lógica, especialmente se a própria fiança foi contratada nesse período, constituindo um ato jurídico válido praticado durante a recuperação (art. 84, V, LREF).

O dissenso doutrinário reflete a tensão inerente ao sistema recuperacional entre, de um lado, o princípio do *par condicio creditorum* aplicado ao passivo histórico (que sugere a concursalidade) e, de outro, a necessidade premente de viabilizar a continuidade

operacional e o financiamento do agente econômico em crise (que aponta para a extraconcursabilidade de obrigações e créditos gerados pós-pedido).

A interpretação que confere natureza extraconcursal ao crédito do fiador bancário que paga a dívida após o pedido parece dialogar de forma mais harmoniosa com a lógica geral do sistema introduzido pela Lei nº 11.101/2005. A recuperação judicial não é um fim em si mesma, mas um instrumento para tentar preservar a atividade econômica viável. Para tanto, é fundamental que o devedor em recuperação consiga manter relações com terceiros, incluindo instituições financeiras que possam lhe fornecer crédito ou garantias. Classificar como concursal o crédito de uma instituição que, após o pedido de recuperação, fornece ou mantém uma fiança e efetua o pagamento correspondente, seria enviar um sinal contrário a essa necessidade, desestimulando a participação do sistema financeiro no apoio à reestruturação.

A aplicação rigorosa do critério do fato gerador (Tema 1.051/STJ) ao crédito específico do fiador (nascido com o pagamento) não apenas respeita a dogmática do direito das obrigações (art. 831, CC), mas também serve aos propósitos pragmáticos e teleológicos da recuperação judicial, alinhando-se ao disposto nos artigos 47, 67 e 84, V, da LREF. Embora a preocupação com a isonomia e a prevenção de fraudes seja legítima, ela pode ser adequadamente endereçada pelos mecanismos de controle já existentes no processo recuperacional, sem necessidade de se adotar uma interpretação que, na prática, pode comprometer a viabilidade da própria recuperação.

7 Reflexos da jurisprudência pós-Tema 1.051 em casos análogos

Após a fixação da tese no Tema Repetitivo 1.051/STJ, que elegeu o fato gerador como critério determinante para a sujeição do crédito à recuperação judicial, era esperado que os tribunais inferiores e o próprio STJ passassem a aplicar essa diretriz de forma mais uniforme aos diversos casos concretos, incluindo aqueles envolvendo garantias como a fiança bancária. Embora a jurisprudência sobre o tema específico da fiança paga pós-pedido ainda não seja tão vasta ou consolidada quanto a referente à cessão fiduciária (objeto direto do Tema 1.051), é possível observar alguns reflexos e tendências.

Tribunais de Justiça com grande volume de processos recuperacionais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), têm sido palco de debates sobre a aplicação do Tema 1.051 a situações distintas da cessão fiduciária. Em julgados que tangenciam a questão das garantias prestadas ou honradas após o pedido, percebe-se um esforço em

identificar o fato gerador da obrigação específica em discussão. Em alguns acórdãos, nota-se a correta distinção entre o fato gerador da obrigação principal e o fato gerador do crédito do garante contra o devedor principal. Por exemplo, em discussões sobre despesas condominiais ou multas contratuais cujo fato gerador (o período de uso ou o descumprimento específico) ocorre após o pedido de recuperação, mesmo que o contrato seja anterior, os tribunais têm aplicado o critério do fato gerador para classificar tais créditos como extraconcursais, em linha com a metodologia do STJ (ver, *e.g.*, TJSP, Agravo de Instrumento nº 2195178-57.2020.8.26.0000, j. 2021).

Especificamente sobre fiança ou aval (garantia cambiária com estrutura similar em termos de regresso), a aplicação do Tema 1.051 ainda revela alguma hesitação ou divergência pontual, mas parece haver uma tendência crescente em reconhecer a extraconcursalidade quando o pagamento pelo garantidor ocorre após o pedido de recuperação. Juízes e câmaras especializadas em direito empresarial têm, em decisões mais recentes, valorizado o momento do pagamento como o fato gerador do crédito de regresso do garantidor, aplicando o disposto no artigo 831 do Código Civil em conjunto com o artigo 49 da LREF e a tese do Tema 1.051/STJ. Argumenta-se que o precedente do STJ, embora firmado em caso de cessão fiduciária, estabeleceu um método de análise (buscar o fato gerador da obrigação específica) que, quando aplicado à fiança, conduz à conclusão pela extraconcursalidade do crédito do fiador que paga pós-pedido (Interpretação baseada em julgados esparsos e debates acadêmicos sobre a aplicação do tema).

Contudo, não se pode ignorar que ainda persistem decisões que, apegando-se à acessoriedade ou a uma interpretação mais ampla do vínculo com a dívida original, acabam por classificar o crédito do fiador como concursal, mesmo com pagamento pós-pedido. Essa oscilação demonstra que a aplicação do critério do fato gerador, apesar de sua clareza conceitual, ainda enfrenta desafios interpretativos diante da complexidade das relações de garantia no contexto da insolvência.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgados posteriores ao Tema 1.051 que não envolvem diretamente a fiança, mas outras obrigações de trato sucessivo ou com implemento de condição após o pedido, tem reiterado a importância de identificar o fato gerador específico da prestação cobrada. Por exemplo, em discussões sobre honorários advocatícios sucumbenciais, tem prevalecido o entendimento de que o fato gerador é a sentença que os fixa, determinando a concursalidade ou extraconcursalidade conforme a

data da decisão judicial (STJ, AgInt no REsp 1.869.742/SP, j. 2021b). Essa postura reforça a metodologia de análise caso a caso do fato gerador.

Assim, embora ainda em construção, a jurisprudência pós-Tema 1.051 parece caminhar, ainda que com alguma vacilação, no sentido de aplicar o critério do fato gerador de forma mais técnica, focando na constituição da obrigação específica reclamada. Para a fiança bancária paga após o pedido de recuperação, essa tendência aponta para o reconhecimento de sua natureza extraconcursal, em linha com a melhor doutrina e com a lógica funcional do sistema recuperacional. A consolidação definitiva desse entendimento, contudo, ainda depende de enfrentamentos mais diretos da questão pelas cortes superiores.

8 Conclusão

A análise da natureza jurídica dos créditos decorrentes de fiança bancária implementada ou honrada após o pedido de recuperação judicial, mas garantidora de obrigação preexistente, revela uma intrincada questão no âmbito do direito concursal brasileiro. A definição sobre a concursalidade ou extraconcursalidade desses créditos possui implicações práticas relevantes para as instituições financeiras, para os agentes econômicos em recuperação e para a própria dinâmica do processo de soerguimento delineado pela Lei nº 11.101/2005.

O presente estudo demonstrou que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema Repetitivo 1.051, estabeleceu um critério jurídico fundamental para dirimir controvérsias sobre a aplicação do artigo 49 da LREF: a sujeição de um crédito aos efeitos da recuperação judicial é determinada pela data de ocorrência do seu fato gerador. Esse critério exige a identificação do evento ou conjunto de eventos que, segundo o ordenamento jurídico, constituem a obrigação específica cujo caráter concursal ou extraconcursal se investiga.

A aplicação desse critério à fiança bancária conduz, segundo a análise aqui desenvolvida, à conclusão pela natureza extraconcursal do crédito titularizado pela instituição financeira fiadora contra o devedor afiançado (recuperando), quando o pagamento da obrigação principal garantida pelo fiador ocorre após a data do pedido de recuperação judicial. Isso se deve ao fato de que o direito de crédito do fiador contra o afiançado, seja ele exercido via sub-rogação (art. 831, CC) ou ação de regresso autônoma, somente nasce juridicamente com o efetivo pagamento da dívida ao credor original. Antes desse momento, o fiador não detém um crédito existente contra o afiançado. Portanto, se

o pagamento – fato gerador do crédito do fiador – é posterior ao pedido de recuperação, o crédito correspondente não existia naquela data e, por conseguinte, não está sujeito aos efeitos do plano, classificando-se como extraconcursal.

Os argumentos em sentido contrário, notadamente aqueles baseados na acessoriedade da fiança e na origem preexistente da obrigação principal, embora relevantes, não parecem suficientes para afastar a aplicação direta do critério do fato gerador estabelecido pelo STJ. A acessoriedade vincula a existência da fiança à da obrigação principal, mas não antecipa o momento de constituição do crédito específico do fiador contra o afiançado, que depende inequivocamente do pagamento. Ademais, a classificação extraconcursal encontra respaldo no artigo 84, inciso V, da LREF, que privilegia as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação, e se alinha de forma mais coerente aos objetivos da lei, em especial a necessidade de incentivar a manutenção de garantias e o financiamento que viabilizem a continuidade da atividade econômica organizada e o sucesso da reestruturação (artigos 47 e 67, LREF).

A distinção em relação ao precedente do Tema 1.051 (cessão fiduciária) reside na diferente estrutura jurídica e no momento de constituição da obrigação específica analisada em cada caso. Enquanto na cessão fiduciária o STJ identificou o fato gerador da obrigação do cedente para com o cessionário na contratação original (pré-pedido), na fiança, o fato gerador do crédito do fiador contra o afiançado é o pagamento (pós-pedido, na hipótese analisada).

A consolidação desse entendimento na jurisprudência é fundamental para conferir segurança jurídica às instituições financeiras que atuam como fiadoras no contexto de recuperações judiciais, incentivando-as a participar ativamente do processo de soerguimento dos agentes econômicos em crise, sem o receio de verem seus créditos decorrentes de garantias honradas durante o processo serem indevidamente classificados como concursais. Tal clareza contribuirá para a maior efetividade do instituto da recuperação judicial como ferramenta de preservação da atividade econômica produtiva e de seus benefícios sociais.

Referências

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.843.338/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, julgado em 09/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1.051). **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 jun. 2021a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.869.742/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, julgado em 23/08/2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 ago. 2021b.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Financiamento da Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2021.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III: Contratos. 21. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

SACRAMONE, Marcelo; PIVA, Fernanda Neves. O Pagamento dos Débitos da Recuperanda: A Sub-Rogação e o Direito de Regresso na Recuperação Judicial. In: **Processo Societário III**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2195178-57.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. São Paulo, SP, julgado em 10/03/2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, SP, 15 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.