



APELAÇÃO Nº 0203413-39.2017.8.19.0001

**APELANTES: BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A, CTES OPERADORA S/A –
CTESO E COMPANHIA TERMOELÉTRICA DO ESPÍRITO SANTO S/A - CTES**

APELADO: BOTAFOGO FUNDO DE INVESTIMENTO

RELATORA: DESEMBARGADORA CÍNTIA SANTAREM CARDINALI

RELATOR DESIGNADO: LUIZ ROBERTO AYOUB

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULAS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO FRACIONÁRIAS. SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS E CONDENOU OS EMBARGANTES AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DOS EMBARGANTES ALEGANDO *ERROR IN PROCEDENDO* POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, PREJUDICIAL EXTERNA EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO, EXISTÊNCIA DE NOVAÇÃO E EXTINÇÃO DO CRÉDITO PELA CELEBRAÇÃO DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. APELO QUE NÃO PROSPERA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL QUE NÃO OCORREU. APELANTE QUE PARTICIPOU DA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. EMPRESA BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A *HOLDING* CONTROLADORA DO “GRUPO PORCÃO”, SENDO QUE A CTES OPERADORA S/A FAZ PARTE DE SUA CADEIA SOCIETÁRIA, TENDO CONSTITUÍDO A SUBSIDIÁRIA INTEGRAL DENOMINADA CTESO. EVENTUAL EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO ARBITRAL QUE NÃO AFASTA DO PODER JUDICIÁRIO A COMPETÊNCIA



PARA SUA APRECIÇÃO, TENDO EM VISTA QUE OS ÁRBITROS NÃO SÃO DOTADOS DE PODER DE IMPÉRIO. A DESPEITO DE A SERPROS HAVER SUBSCRITO O MEMORANDO DE ENTENDIMENTO, TAL DOCUMENTO NÃO TINHA O PROPÓSITO E CONDÃO DE NOVAR A DÍVIDA, MAS APENAS DE IMPLEMENTAR A REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA E FINANCEIRA DAS COMPANHIAS INVESTIDAS. RESPONSABILIDADE DA BRAZAL QUE DEVE SER RATIFICADA EM RAZÃO DAS COMPLEXAS OPERAÇÕES QUE REALIZOU COM O PROPÓSITO DE OCULTAR PATRIMÔNIO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO E. STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MAJORADOS PARA 20% (VINTE POR CENTO) A INCIDIR SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da presente apelação, em que constam como partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores da VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, por maioria, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de apelação cível interposta pelos executados **BRAZAL - BRASIL ALIMENTOS S/A, CTES OPERADORA S/A - CTESO e COMPANHIA TERMOELÉTRICA DO ESPÍRITO SANTO S/A - CTES**, à sentença da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, de lavra do MM Juiz Alexandre de Carvalho Mesquita, nos autos dos embargos à execução de título extrajudicial opostos em face do exequente **BOTAFOGO FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO**.

Instrução da peça inicial aos indexadores 31/551.

Index 560, indeferimento da gratuidade de justiça.

Index 584, impugnação aos embargos à execução, com instrução aos indexadores 622/993.

Manifestação à impugnação ao index 1008, com instrução aos indexadores 1027/1075.

Sentença em index 1156, nos seguintes termos:

“.....
Argumentam as embargantes que o referido Memorando de Entendimentos está plenamente em vigor, haja vista que somente poderá ser rescindido por mútuo acordo das Partes, conforme a Cláusula 7ª e que pela leitura do Memorando de Entendimentos, é evidente que o mesmo apresenta todos os elementos e requisitos de um contrato definitivo, notadamente pelo objeto definido e estipulação de direitos e obrigações recíprocas, o que indubitavelmente vincula as partes signatárias e cria a obrigação de contratar, bem como que no referido MOU determina expressamente que se houver quaisquer disputas, conflitos e questões de qualquer natureza relacionadas às disposições ali contidas, as partes deverão envidar seus melhores esforços para solucionar a disputa de forma amigável (cláusula 8.2) e, na hipótese das partes não chegarem a um consenso, a disputa deverá ser solucionada por meio da arbitragem, ante à convenção de arbitragem

esculpida na cláusula compromissória. Ora, ou o MOU é um contrato preliminar ou um contrato definitivo. Não há como ser os dois como querem fazer crer as embargantes. Alegam as embargantes que a execução em apenso trata de matéria afeta ao Memorando de Entendimentos, na medida em as partes acordaram em novar a dívida objeto da execução, transformando em ações o que antes eram CCIs e que o SERPROS não pode autorizar o Fundo Botafogo a cobrar as CCIs sem, minimamente, rescindir o MOU, em juízo arbitra, bem como que o SERPROS, único acionista do Fundo Botafogo, ajuizou ação ordinária declaratória de nulidade de negócio jurídico, distribuída sob o nº 0436502-40.2015.8.19.0001, na qual se pleiteia a rescisão do MOU, razão pela qual deve ocorrer a suspensão do processo de execução, nos termos dos artigos 921, I, e 313, V, a, do CPC, até o trânsito em julgado da referida ação, por se tratar de questão prejudicial externa a essa Execução. Em primeiro lugar, não houve, como já dito, novação no caso concreto, e, em segundo lugar, a questão da suspensão do processo já foi acima decidida. Asseveram finalmente as embargantes que houve evidente perda do objeto da execução, na medida em que a obrigação originária foi extinta pela novação, nos termos do artigo 360 do Código Civil, ocorrendo inclusive a extinção de todos os acessórios e garantias da dívida, conforme dispõe o artigo 364 do Código Civil. Tal questão também já foi acima apreciada, razão pela qual nada a prover.

Desta forma, ficou demonstrado, ao longo da extensa fundamentação, a absoluta falta de necessidade da produção de qualquer outra prova além das já existentes nos autos, e que a pretensão das embargantes não merece prosperar. Por tais

fundamentos, REJEITO OS EMBARGOS. Condeno as embargantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa. Certifique o desfecho deste feito nos autos em apenso. Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se. P. I.

Os executados apelaram (index 001232) defendendo a tese de que a sentença padece de *error in procedendo*, na medida em que violou o devido processo legal ao atropelar a instrução probatória necessária ao deslinde do caso.

Argumentam que foi obstada a exercerem a ampla defesa em relação aos seguintes pontos: a) ilegitimidade passiva da apelante Brazal; b) desconsideração, pelo MM. Magistrado de origem, do Memorando de Entendimentos ("MOU"); c) existência de novação da dívida; d) violação da boa-fé objetiva por parte dos signatários do MOU.

Asseveram que o apelado não considerou que as partes assinaram um Memorando de Entendimentos ("MOU"), no qual, dentre outras providências, acordaram em novar a dívida decorrente do instrumento da 6ª emissão das Cédulas de Créditos Imobiliários, ratificada inclusive por seu 1º aditivo, tudo com o objetivo de reestruturar as empresas executadas, ora apelantes.

Aduzem que há necessidade de produção de prova oral para a oitiva dos signatários da ata da 12ª Reunião do Comitê de Aplicações do SERPROS, que aprovou a reestruturação da BRAZAL mediante a assinatura do MOU, bem como dos ex-diretores do SERPROS que subscreverem o MOU e seu aditivo, para que prestem esclarecimentos acerca das transações, tudo isso para comprovar que o Fundo apelado estava consciente da novação feita e da sua conveniência, não havendo como executar o que transformou em ações.

Afirmam que há questão prejudicial externa na medida em que requereram a suspensão da execução nos termos dos artigos 921, I, e 313, V, a, do CPC, em razão do SERPROS, único quotista do Fundo Botafogo, ter ajuizado ação ordinária declaratória de nulidade de negócio jurídico, distribuída sob o nº 0436502-40.2015.8.19.0001, na qual se pleiteia a rescisão do MOU.

Salientam a ilegitimidade passiva da Brazal, vez que esta não fez parte, em nenhum momento, da emissão das CCI's, tampouco do negócio jurídico celebrado entre a apelante CTESO e o apelado.

Ressaltam que o exequente incluiu a Brazal como executada sob o fundamento de que seria responsável pela dívida em razão de suposto abuso de personalidade jurídica, porém, afirmam que a apelante CTESO atua em outro ramo de atividade diametralmente oposto ao ramo de atuação do Porcão (Brazal).

Insistem no prisma que o simples fato de uma sociedade deter o controle de uma outra sociedade subsidiária não afasta a proteção patrimonial inerente às sociedades anônimas, qual seja: limitação ao preço de subscrição das ações (art. 1º da LSA).

Consignam que há três atividades empresariais desenvolvidas de forma autônoma e independente pela apelante BRAZAL: (i) Foodservice, por intermédio de sua controlada BFM; (ii) frigorífico industrial, através de sua controlada Vênus; e (iii) Energia Termoelétrica, através de sua controlada CTES.

Dispõem que a criação de uma sociedade *holding* não significa abuso de personalidade jurídica capaz de ensejar a sua desconsideração.

Relatam que o Fundo Botafogo não possui título executivo contra a BRAZAL que justifique sua inserção como devedora milionária, com todos os ônus que daí decorrem, incorrendo a sentença em *error in procedendo*, por ausência de

instauração do incidente de desconsideração.

No mérito, afirmam que o direito de crédito detido pelo Fundo BOTAFOGO/SERPROS perquirido na execução foi extinto quando da celebração do Memorando de Entendimentos (“MOU”), ratificado por seu 1º Aditivo, em 06.09.2013 e 28.03.2014, respectivamente.

Contribuem com a informação de que, a fim de reestruturar a Companhia, as empresas signatárias do MOU elaboraram passos, sendo certo que o passo 4 é claro ao determinar a conversão de todas as CCIs.

Assinalam que a atitude do SERPROS, por meio de seu Fundo exclusivo, evidencia claro *venire contra factum proprium*, ao ter adotado um determinado comportamento por um tempo, gerando legítimas expectativas nas outras partes de que seu comportamento permaneceria inalterado, mas, após lapso temporal, comporta-se de maneira contrária ao primeiro.

Explanam acerca da teoria do *venire contra factum proprium*, porquanto o apelado: i) fez proposta de integralização das CCIs; ii) sua proposta foi consolidada pelo MOU; iii) comprometeu-se inequivocamente em cumprir com as obrigações pactuadas no MOU; iv) criou legítima expectativa de que cumpriria com o acordado, o que fica evidente ante à ratificação das obrigações pelo 1º Aditivo ao MOU; v) adotou comportamento contraditório ao acordado (deixar de integralizar as CCIs e ajuizar a execução em apenso), violando a boa-fé objetiva ao frustrar a legítima expectativa outrora criada.

Categoricamente delimitam a *ratio* de que houve novação na medida em que a obrigação anterior das devedoras de pagamento das CCI’s foi substituída pela obrigação de emissão de novas ações, para serem integralizadas pelas CCI’s, sendo certo que o crédito do apelado decorrente das CCI’s foi substituído por ações.

Lembram que o Memorando de Entendimentos tem natureza contratual e força vinculante vez que possui todos os elementos essenciais de um contrato: as partes signatárias são capazes e bem representada e o objeto é lícito, possível e determinado (implementar uma reestruturação societária, organizacional e financeira das companhias investidas).

Ademais, relevam que o MOU determina expressamente que se houver quaisquer disputas, conflitos e questões de qualquer natureza relacionadas às disposições ali contidas, as partes deverão envidar seus melhores esforços para solucionar a disputa de forma amigável (cláusula 8.2) e, na hipótese das partes não chegarem a um consenso, a disputa deverá ser solucionada por meio da arbitragem, ante à convenção de arbitragem esculpida na cláusula compromissória.

Por derradeiro, discorrem que o SERPROS é único cotista do Fundo Botafogo e o controla totalmente e obrigou-se a fazer a integralização das ações através desse fundo e não pode agora querer se esconder por detrás de um CNPJ diverso, para descumprir a avença pela qual se obrigou, não podendo autorizar o Fundo Botafogo a cobrar as CCI's sem, minimamente, rescindir o MOU, em juízo arbitral.

Sem prejuízo, pugnam pela cassação do *decisum* ou, no mais, seja reformada a sentença, para que se reconheça a novação e a extinção da execução.

Contrarrrazões ao index 1276.

É o relatório.

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos o que autoriza o conhecimento do presente recurso. O apelo não merece prosperar.

Dos fatos:

Trata-se na origem de execução de título extrajudicial ajuizada por BOTAFOGO FUNDO DE INVESTIMENTO, na qual alega que em 03 de outubro de 2012 a Apelante CTESO celebrou com o NSG o instrumento particular de escritura de 6ª emissão privada de crédito imobiliário fracionário, por meio do qual esta última ofertaria CCIs representativas de 13,6249 % do valor do aluguel devido pela locação do terreno de Aracruz, local onde seria construída a Usina de Geração de Energia Termoelétrica denominada "CAUHYRA I".

O Apelado/exequente alega a aquisição de CCIs (Cédulas de Crédito Imobiliário) no valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), sendo certo que tal valor seria pago em 101 (cento e uma) parcelas mensais.

Contudo, em razão do não pagamento da 1ª parcela pela Apelante CTESO, houve o vencimento antecipado das demais parcelas, conforme o disposto na cláusula 8.1 do instrumento particular de escritura da 6ª emissão. Vejamos fls. 173 (index 139):

CLÁUSULA OITAVA - DAS HIPÓTESES DE VENCIMENTO ANTECIPADO

8.1. Na ocorrência de qualquer das seguintes hipóteses, observados os termos da Cláusula 8.2 a seguir, a Emissora ficará obrigada a, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis a contar da data da respectiva notificação por parte dos Credores e/ou do Agente Fiduciário, conforme aplicável, a pagar aos respectivos titulares das CCIs saldo devedor atualizado dos Créditos Imobiliários representados pelas CCIs, trazido a valor presente, descontado à taxa de 9,5% (nove vírgula cinco por cento) ao ano ("Valor de Restituição") sem prejuízo das demais multas, penalidades e encargos previstas nesta Escritura de Emissão e nos demais Documentos da Operação:

O Apelado intentou o pagamento da quantia de R\$ 83.185.941,83 (oitenta e três milhões, cento e oitenta e cinco mil, novecentos e quarenta e um reais e oitenta e três centavos), alegando que a referida execução é embasada em instrumento particular, que constitui título executivo extrajudicial líquido e exigível, nos termos do inciso I do art. 784 do CPC, além de declarar que possui legitimidade para a demanda, sendo credora das Apelantes.

Requeru, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica das Apelantes.

Afirmam que houve novação da dívida decorrente do instrumento da 6ª emissão das Cédulas de Créditos Imobiliários.

Assim, inicialmente, às fls. 688 (index 687), fora expedido Aviso de Adjudicação e Homologação do Leilão nº 03/2008 pela ANEEL, o que, posteriormente, conduziria à transferência da Hexagonal Construções Ltda para a Companhia Termoeétrica do Espírito Santo, com autorização para explorar a UTE CAUHYRA I, localizada no município de Cariacica- São Paulo. Assim se demonstra:

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

AVISO DE ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

LEILÃO Nº 03/2008-ANEEL

1) Objeto: a contratação de energia proveniente de novos empreendimentos, com posterior outorga de Concessão e de Autorização, para o Sistema Interligado Nacional - SIN, no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, para início de fornecimento a partir de 2013.

2) Modalidade: Leilão.

3) Tendo em vista deliberação da Diretoria e as recomendações da Comissão Especial de Licitação – CEL, constantes do Relatório da Análise de Documentação de Inscrição e Habilitação, de 27 de outubro de 2008, homologo o LEILÃO Nº 03/2008, de 30 de setembro de 2008, e adjudico o objeto do referente EDITAL às seguintes empresas:

Doc. 5 – Resolução autorizativa nº 2.603/10, que homologou a cessão de posição contratual da Hexagonal à CTES

RESOLUÇÃO AUTORIZATIVA Nº 2.603,
DE 3 DE NOVEMBRO DE 2010

Transfere da Hexagonal Construções Ltda. para a Companhia Termoeétrica do Espírito Santo a autorização objeto da Portaria nº. 407, de 20 de outubro de 2009, para explorar a UTE Cauhyra I, localizada no Município de Cariacica, Estado do Espírito Santo.

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria e tendo em vista o disposto no art. 3º-A, inciso II, da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, acrescentado pela Lei nº. 10.848, de 15 de março de 2004, com base no art. 1º, inciso I, do Decreto nº. 4.932 de 23 de dezembro de 2003, com redação dada pelo art. 1º do Decreto nº. 4.970, de 30 de janeiro de 2004, na Resolução Normativa nº. 390, de 15 de dezembro de 2009, na Portaria nº. 407, de 20 de outubro de 2009, e o que consta do Processo nº. 48500.001288/2008-91, resolve:

Art. 1º Transferir da Hexagonal Construções Ltda. para a Companhia Termoeétrica do Espírito Santo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 11.253.250/0001-50, a autorização objeto da Portaria nº. 407, de 20 de outubro de 2009, para explorar a UTE Cauhyra I, com 148.000 kW de capacidade instalada, localizada no Município de Cariacica, Estado do Espírito Santo.

Art. 2º A presente autorização vigorará pelo prazo remanescente a que alude o art. 5º da Portaria nº. 407, de 20 de outubro de 2009, sub-rogando-se a Companhia Termoeétrica do Espírito Santo em todos os direitos e obrigações que dela decorrem.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Em 08/02/2012, foi lavrada a escritura pública de comodato de bem público, instrumento esse em que o Município de Aracruz outorga à empresa CTES Operadora, com interveniência da CTES primordial, a área para a instalação da usina e implemento da referida atividade – fls. 694 e 696:



ESCRITURA PUBLICA DE COMODATO DE BEM PUBLICO MUNICIPAL, CONFORME ARTIGO 4º DO DECRETO 21.929 DE 22.02.2011 E ARTIGO 6º DA LEI MUNICIPAL 2.969 DE 27.10.2006 DO MUNICÍPIO DE ARACRUZ:

Egrégia Corregedoria Geral da Justiça deste Estado do Espírito Santo, Eu, (a) ALZENIRA ZAMPA BITTI BLANK, Oficiala e Tabeliã, que a fiz lavrar, subscrevi e assino em público e raso. Em Testº (sinal público) da verdade, (a) ADEMAR COUFINHO DE VENS, representando o MUNICÍPIO DE ARACRUZ; (a) PP - LUIZ FELIPE FRANKLIN COSTA, representando a CTES OPERADORA S/A. - CTESO; (a) PP - LUIZ FELIPE FRANKLIN COSTA, representando a COMPANHIA TERMOELÉTRICA DO ESPÍRITO SANTO - CTES; (a) ALZENIRA ZAMPA BITTI BLANK - Oficiala e Tabeliã. Eu, _____, ALZENIRA ZAMPA BITTI BLANK - Oficiala e Tabeliã, que a fiz trasladar, nesta mesma data, subscrevi e assino em público e raso.

Aos indexadores 732, 746, 760 e 784, os aditamentos ao instrumento particular de contrato atípico de locação da usina termoeletrica em comento, sendo certo que as CCI's objeto destes autos eletrônicos provêm da 6ª emissão, submetidas ao vencimento antecipado, nos termos da cláusula 8.1.

Os aditamentos e seus respectivos instrumentos, quanto à 6ª emissão, foram celebrados em 09/12/2012.

A autorização para a atividade, outrora mencionada, foi revogada em 27/12/2012, em virtude de descumprimento de cronograma (index 984).

Com a finalidade de reestruturação financeira da sociedade, foi celebrado o

Memorando de Entendimentos (index 255), conforme os anexos V e VI – fls. 364 e 368:

ANEXO V
(Passos genéricos para a Reestruturação de Fundos
que investem na BFG e CTESO)

ANEXO VI
(Cenário de Participações no Fundo FP1)

O instrumento de 6ª Emissão sofreu o segundo aditamento em 13/01/2014, quando foram alteradas as datas de vencimento das parcelas das cédulas e as CCI da 6ª emissão foram adquiridas pela exequente BOTAFOGO FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO representado por seu gestor SERPROS FUNDO MULTIPATROCINADO, em index 243:

5. Em 03 de outubro de 2012, CTESO celebrou com NSG o "*Instrumento particular de escritura de 6ª emissão privada de cédulas de crédito imobiliário fracionárias sob a forma escritural e outras avenças*" ("*Escritura de Emissão*" - **doc. 02**), por meio do qual esta última ofertaria CCIs representativas de 13,6249% (treze vírgula seis dois quatro nove por cento) do valor do aluguel devido pela locação do terreno de Aracruz, onde seria erguida a Usina. Essas CCIs foram adquiridas pelos EXEQUENTES pelo valor de **R\$ 50.000.000,00** (cinquenta milhões de reais) (**doc. 03**).

Pois bem. Neste momento, passa-se à análise dos capítulos:

I- PRELIMINARES:

Da alegação de necessidade de cassação do *decisum*

Os apelantes alegam *error in procedendo* quanto à imprescindibilidade de produção de prova oral, respeitante aos signatários da 12ª Reunião do CAS, que aprovou a reestruturação da Brazal.

Não se verificou a ocorrência de afronta ao princípio processo legal tendo em vista a oitiva dos signatários da 12ª Assembleia do CAS-Comitê de Aprovação do SERPROS, o que supriria a nulidade aduzida no diapasão da referida afronta – index 1066:



**ATA DA 12ª REUNIÃO ORDINÁRIA
DO COMITÊ DE APLICAÇÕES
DO SERPROS – FUNDO MULTIPATROCINADO**

Data e horário: 07 de outubro de 2013, às 19 horas.

Local: sala de reuniões da Diretoria Executiva – DE.

Na forma disposta pelo Regimento Interno do SERPROS Fundo Multipatrocinado, o Diretor-Presidente, o Sr. André Luis Azevedo Guedes, presidiu a reunião do Comitê de Aplicações – CAP, convidando a mim, Priscila Monnerat de Oliveira, Assistente Administrativo, para secretariar os trabalhos. A seguir, prestou as considerações iniciais aos membros e convidados do CAP e apresentou os assuntos em pauta: **1) Assembleias realizadas no período entre 03/09 a 07/10/2013, indicações para Comitês e orientações de voto; 2) Execução do Fluxo de Caixa no período de 02/07/2013 a 30/09/2013 e Fluxo de Caixa Projetado de 01/10/2013 a 02/01/2014; 3) Operações "ad referendum"; 4) Proposta de Reestruturação do Grupo BFG e; 5) Aprovação RGI - Julho de 2013.** Em seguida passou a tratar dos assuntos da ordem do dia: **1) Assembleias realizadas no período entre 03/09 a 07/10/2013, orientações de voto e indicações para Comitês :** A DIGI apresentou as assembleias realizadas no período entre 03/09 a 07/10/2013 – i) AGC FIDC FICSA realizada em 17 de setembro de 2013. As principais aprovações foram: mudança da metodologia de cálculo para apuração dos trigger's do Fundo e alteração da Taxa de Administração de 0,40% para 0,48% ao ano. ii) AGC FII RSB1 realizada em 26 de setembro de 2013. Foi aprovada a transformação em um Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado. iii) AGC FIP ÁTICO GERAÇÃO DE ENERGIA realizada em 27/09/2013. Foram aprovadas as demonstrações financeiras de 12/2011 e 12/2012 e a eleição dos membros titulares e suplentes do Comitê de Investimentos (SERPROS: Marisa Amaral e Anna Cláudia Gonçalves). iv) AGD INEPAR realizada em 27 de setembro de 2013. Foi aprovada a proposta da empresa INEPAR para repactuação da 5ª emissão de debêntures conforme autorizado pelo 11º CAP, anexo II. v) Definição dos votos a serem proferidos na AGE FIDC Master III de 23 de outubro de 2013: reprovar as contas e demonstrações contábeis do Fundo relativas aos exercícios sociais encerrados em 2012 e 2013, aprovar a destituição da Citibank DTVM como Administradora e Custodiante e da gestora BRL Trust e indicar o BNY Mellon para substituí-las. aprovar as regras relativas à instituição e funcionamento do comitê a ser formado pelos Quotistas – Comitê de Renegociação de Dívidas e indicar Paulo Vicente Coutinho dos Santos (titular) e Marisa Nunes Amaral (suplente) para comporem o Comitê. vi) Aprovar as indicações de membros para o Comitê de Investimentos do FIM BOTAFOGO: Marisa Nunes Amaral e Anna Cláudia Fernandes Gonçalves, como titular e suplente respectivamente, e Ernesto Francisco Magdalena e Marcio Telmo Blezer, como titular e suplente respectivamente; e para o Comitê de Renegociação de Dívidas do FI RF Hungria Paulo Vicente Coutinho dos Santos (titular) e Marisa Nunes Amaral (suplente). **DECISÃO:** O CAP decidiu, por unanimidade,

Da alegação de ilegitimidade passiva da ré BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS

S/A

Sustentam os apelantes que a BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A é parte ilegítima, aduzindo que não fez parte da emissão das Cédulas de Crédito Imobiliário ou do negócio jurídico celebrado entre a apelante CTESO e o apelado.

Compulsando os autos, verifica-se que a BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A é a *holding* controladora do “Grupo Porcão”, sendo que a CTES OPERADORA S/A faz parte de sua cadeia societária, tendo constituído a subsidiária integral denominada CTESO.

A apelante BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A ***participou da constituição do título executivo*** como bem ressaltou o magistrado de 1º grau e a E. 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça

Vale ressaltar, por oportuno, o Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0046343-30.2015.8.19.0000, de relatoria da eminente Desembargadora Elisabete Filizzola, cuja ementa se transcreve a seguir:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. “PORÇÃO”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA. PATRIMÔNIO DE SOCIEDADES INTEGRANTES DO GRUPO ECONÔMICO CONTROLADOR. ALCANCE. POSSIBILIDADE. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. BLOQUEIO ON-LINE. ADEQUAÇÃO. I) Mostra-se adequada proporcional a desconsideração da personalidade jurídica da executada “i) em razão da confusão patrimonial detectada; ii) incidentalmente no processo de execução; e para se iii) atingir o patrimônio de sociedades integrantes do mesmo grupo econômico quando evidenciado que sua estrutura é meramente formal” (REsp 1.326.201/RJ), caso dos autos. II) Espécie em que é evidente a inter-relação entre as então executadas (BFG/Brazal – BFM) e diversas

sociedades e fundos de investimento de grupo econômico (NSG) que participa ativamente daquelas, inclusive mediante controle acionário; daí a manifesta viabilidade da desconsideração da personalidade jurídica da devedora para atingir-se assim seus acionistas como as demais pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo controlador. III) Afinal, ainda que se comprovasse o fato de os investidores já terem deixado de participar da devedora, é certo que eles sempre tiveram inequívoca ciência do processo em curso, o que antes reforça do que afasta a responsabilidade das recorrentes, uma vez que o grupo controlador da sociedade devedora tem, até por conta desse 'status', nítida responsabilidade pelas diretrizes a serem adotadas pela controlada, dentre as quais, evidentemente, inclui-se o cumprimento de suas obrigações, notadamente as fixadas por título executivo judicial, como no caso. IV) De mais, a mais, "a desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da práxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica" ('in' REsp 1.259.018/SP). V) "Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa" (AgRg no REsp 1.459.784/MS), orientação de todo aplicável à espécie, máxime diante do conhecido e negativo histórico dos autos, em que já se frustraram inúmeras tentativas de satisfação do crédito exequendo. **RECURSO DESPROVIDO**". (0046343-30.2015.8.19.0000. Rel. Elizabete Filizzola. Data: 25/11/2015. 2ª Câmara Cível).

Diante disso, tendo em vista a possibilidade de utilização de prova emprestada e, ainda observando o precedente já julgado por este Tribunal, deve ser reconhecido o abuso da personalidade jurídica e a confusão patrimonial, o que permite a responsabilização da sociedade controladora.

Neste aspecto, merece destaque o voto da ilustre Desembargadora Elisabete Filizzola, *verbis*:

"O que se tem verificado é o passar dos anos, com inúmeras operações societárias sendo sistematicamente realizadas, mediante aportes milionários, e tudo diante dos olhos de um credor que não logra a satisfação de vetusto crédito, que só se avoluma em virtude do inadimplemento permanente. (...).

(...) Em outras palavras e repetindo à exaustão, se já constituía óbvio dever dos controladores impedir os desvios nos investimentos de suas controladas à época em que os fundos estavam ativos, a fortiori, exsurge sua responsabilidade no dia de hoje, quando, apesar da dita liquidação, persiste o inadmissível status quo da vítima irressarcida. (...).

***(...) Assim, por nenhum ângulo que se analise a questão consegue-se isentar as ora recorrentes da responsabilidade conjunta pelo adimplemento da dívida da executada primitiva, por se encontrarem, efetivamente, interligadas por intensos laços societários e de investimentos capazes de relevar, pela forma como vêm se estabelecendo, o intuito deliberado de frustrar a presente execução"* (0046343-30.2015.8.19.0000. Rel. Elisabete Filizzola. Data: 25/11/2015. 2ª Câmara Cível).**

De fato, deve ser reconhecida a responsabilidade da BRAZAL, em razão das complexas operações que realizou com o propósito de ocultar patrimônio.

Deste modo, considerando evidente a sua presença por interposta pessoa, apesar de formalmente ausente do título executivo extrajudicial, a BRAZAL nele figura de forma substancial, sendo evidente a sua responsabilidade.

De acordo com o que consta nos autos, as sociedades que fazem parte do *holding* do grupo econômico da BRAZAL, nele abrangido a CTES e CTESO, realizaram operações, notadamente a partir de 2014, com sucessivas alterações de denominações sociais e transferência de quotas, o que evidencia a intenção de ocultação de bens através da confusão patrimonial, trazendo severos prejuízos aos credores, que encontram dificuldades em saldar os seus créditos.

Ademais, tendo em vista que a BRAZAL figura no polo passivo da presente demanda, revela-se desnecessária a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ora, a utilização de manobras para **ocultação** de patrimônio e consequente prejuízo dos credores, caracterizando a constituição de verdadeira “aranha societária”, não pode ser chancelada pelo Poder Judiciário, sendo de rigor o reconhecimento da legitimidade passiva da BRAZAL – BRASIL ALIMENTOS S/A, mantendo-se a sentença proferida pelo juízo de 1º grau.

Da alegação de existência de convenção arbitral

Do mesmo modo, não se sustenta a alegação do apelante quanto à competência do juízo arbitral.

O referido tema já se encontra sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a eventual existência de convenção arbitral não afasta do Poder Judiciário a competência para sua apreciação, tendo em vista que os árbitros não são dotados de poder de império, que é imprescindível para a prática dos atos executivos. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS

INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.

3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.

5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto.

6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

II- MÉRITO:

Da novação dos débitos

Com efeito, quanto ao acostado em indexadores 132, 255, 684, 732, 746, 760 784 e 984, se constata que obrigação anterior da devedora CTES, de pagamento das CCI's de emissão da CTESO, foi substituída pela obrigação de conversão dos títulos de crédito em ações de emissão da CTESO.

Mister asseverar que a novação de dívida é um mecanismo de extinção da relação obrigacional, na medida em que o vínculo jurídico das posições de credor e devedor subsistirão às alterações propostas, todavia com a reestruturação da natureza jurídico-contratual.

Nessas hipóteses, a obrigação primitiva se encontra completamente extinta, sendo certo que se inaugura uma *nova* obrigação jurídica que se condiciona a uma resolutividade do novo vínculo obrigacional, razão pela qual mister consolidar o entendimento de que as demaís vias impugnativas não terão o condão de

exsurgir a eficácia de um contexto que já se exauriu com a convergência de vontades.

Noutro giro, *a despeito de a operadora SERPROS ter subscrito o Memorando de Entendimento*, tal documento não tinha o propósito e condão de novar a dívida, mas apenas de implementar a reestruturação societária e financeira das Companhias Investidas, a fim de prostrar o adimplemento da obrigação originária, o que descaracteriza, com profunda energia, o instituto previsto no art. 360 do Código Civil/2002.

No mais, protestar pelo contrário, poderia ser interpretado como um atentado à premissa da boa-fé contratual.

Da leitura do Memorando não se extrai qualquer manifestação das partes no sentido de novar a dívida, razão pela qual deve ser reconhecida a ausência do requisito subjetivo do ato.

Da alegação de ocorrência de atos abusivos

Ainda arrazoam os embargantes/apelantes a anulação do MOU, tendo prestado informações não muito consistentes quanto às bases do negócio jurídico.

No mais, por cautela, que se evite a enunciação de alegação de atos abusivos em desacordo com a boa-fé, haja vista que a violação da norma convencional não pode gerar benefícios desses atos, exigindo-se da parte que ela cumpra seus deveres e assumam as consequências resultantes, sob pena de subsunção em hipótese de *tu quoque*.

Por toda a dissertação, impõe-se a manutenção da sentença tal como lançada.

Ante o exposto, vota-se no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo integralmente a sentença proferida.



Honorários sucumbenciais majorados para 20% (vinte por cento) a incidir sobre o valor atualizado da causa.

Rio de Janeiro, na data da sessão.

DES. LUIZ ROBERTO AYOUB
RELATOR DESIGNADO

