



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA
EMPRESARIAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO - RJ

Tutela Cautelar Antecedente N.º: 0809863-36.2023.8.19.0001

Demandante: OI S.A e outros

Demandado: Banco do Nordeste do Brasil S.A

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A, C.G.C. n.º 7.237.373/0001-20, sociedade de economia mista em que a União detém a maioria das ações componentes do seu capital social (art. 5º, da Lei n.º 1649, de 19.07.52), órgão integrante da Administração Pública Indireta (art. 4º, II, “c”, do Decreto-lei n.º 200, de 25.02.67), com sede em Fortaleza (CE), na Av. Paranjana, 5.700, Castelão, **com Assessoria Jurídica na Av. Paulista, 460, Bela Vista, São Paulo/São Paulo**, onde receberá intimações e notificações, por seus procuradores, constituída nos termos do incluso instrumento procuratório (**Doc. nº 01**), vem à presença de V. Exa., com o devido respeito e acatamento, tempestivamente, apresentar:

CONTESTAÇÃO

À tutela cautelar antecedente movida por **Oi S.A**, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

DA TEMPESTIVIDADE

1. O Banco do Nordeste do Brasil S.A, até o presente momento, não foi citado para apresentar contestação, nos termos do art. 306, do CPC, de modo que, a rigor, o prazo para contestar sequer começou a fluir.
2. O Banco do Nordeste do Brasil S.A foi intimado da decisão que concedera a tutela cautelar antecedente em 03.02.2023. Assim, acaso se entenda que o prazo de contestação começaria a fluir da intimação, o que se aduz a título meramente argumentativo, tem-se que o início do prazo se daria em 06.02.2023 e findaria em 10.02.2023
3. Desse modo, perfeitamente tempestiva a contestação.

DOS FATOS

4. Trata-se de tutela cautelar antecedente promovida por Oi S.A e outros, pleiteando a antecipação dos efeitos do deferimento do processamento de recuperação judicial, além de outras medidas sequer previstas no art. 6º, da Lei n.º 11.101/2005.
5. De acordo com as autoras, em sua inicial algumas premissas regulatórias, notadamente quanto à telefonia fixa, não se cumpriram, os investidores aderiram à opção mandatária de recompra dos bonds, distorções decorrentes da pandemia, etc.
6. O Banco do Nordeste do Brasil S.A é credor das autoras em função de Contrato Particular 300016A900000301002 firmado com a Telemar Norte Leste S.A no valor nominal de R\$ 368.598.817,68, no dia 16.02.2009, com vencimento final para o dia 16.02.2019.
7. Esse crédito foi objeto de negociação pelo plano de recuperação judicial e, em seguida, pelo aditivo ao plano de recuperação.
8. Conforme já demonstrado, à exaustão, nos recursos interpostos, os créditos do Banco do Nordeste do Brasil S.A foram concedidos com recursos do FNE, os quais são regidos por legislação específica, de caráter cogente e especial.
9. O aditivo ao plano adotou a legislação específica da Anatel, para renegociar os créditos, deixando de lado a aplicação do FNE, numa falta de simetria inadmissível.
10. O Banco ora contestante interpôs Agravo de Instrumento n.º 0077028-44.2020.8.19.0000, o qual ainda pende de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstrando o caráter imperativo dessa legislação do FNE.

11. Antes mesmo da apreciação final desse Agravo, o qual configura uma questão prejudicial, o juízo da recuperação encerrou o processo.
12. Num atropelo processual sem precedentes, ANTES MESMO DO TÉRMINO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO, e desconsiderando o fato de que a Apelação deve ser recebida em ambos os efeitos, o juízo deferiu tutela de urgência preparatória de novo processo de recuperação judicial.
13. Pergunta-se: como se pode preparar novo processo de recuperação judicial, antes de transitado em julgado a sentença de encerramento da primeira recuperação?
14. Evidente que não há o menor fundamento jurídico-processual para propositura de pedido de tutela cautelar antecedente. Há, na realidade, um abuso inadmissível do direito de ação, praticado pelas autoras.
15. No entanto, não apenas essa balbúrdia processual decorrente da propositura de uma nova ação antes do trânsito em julgado da sentença de encerramento se faz presente nesta nova ação: os argumentos das autoras não se sustentam.
16. As autoras alegam que a adesão maciça de investidores à opção mandatária de recompra dos bonds atrapalhou seu planejamento financeiro. Trata-se de alegação que não se sustenta em pé.
17. Em primeiro lugar, porque foram as autoras que disseram, em seu aditivo ao plano de recuperação judicial, que essa recompra de bonds era compatível com a sanidade financeira do grupo. Foram elas que estipularam essa recompra.
18. Em segundo lugar, porque se a tal opção de recompra era “mandatária”, obviamente que não se tratava de real opção, mas de condição puramente potestativa, algo que fora objeto do Agravo do Banco ora contestante.
19. A situação da telefonia fixa, em 2020, quando da aprovação do aditivo ao plano, já estava bem consolidada: não houve alteração significativa alguma, de lá para cá. Não há fato imprevisível algum.
20. Quanto à pandemia, os efeitos mais deletérios ocorreram justamente no primeiro ano, com uma melhora significativa do cenário em 2021 e 2022. Não houve agravamento da crise, mas atenuação da crise, de 2020 a 2022.
21. A alegação de que tentaram renegociar suas dívidas com os credores financeiros, porém não conseguiram, é oca: os credores financeiros foram sordidamente prejudicados, no aditivo ao plano de recuperação judicial, enquanto que a Anatel e o BNDES, essenciais para aprovação desse aditivo, obtiveram um tratamento mais privilegiado.

22. Num cenário em que os direitos creditórios são afrontados e até vilipendiados, é de se indagar como pretender que uma nova rodada de negociação pudesse ter efeito: qual credor aceitaria condições ainda piores do que as que possuíam no momento?

23. Entretanto, nem é esse o ponto: não poderia ter rodada de negociação alguma, justamente porque o aditivo ao plano de recuperação judicial ainda se encontrava sob supervisão judicial. Qualquer tentativa de alteração das condições anteriormente pactuadas exigiria a apresentação de um novo aditivo e nova assembleia.

24. Veja-se que, em poucos parágrafos, pôde-se demonstrar que os argumentos das autoras são insustentáveis. O pedido de tutela cautelar antecedente é um verdadeiro despautério.

PRELIMINARMENTE

DA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO – SALVAGUARDA DE DIREITOS

25. O pedido de recuperação judicial, até a reforma de 2020, não comportava a apresentação de contestação. A defesa dos interesses dos credores se fazia mediante a apresentação de habilitações, divergências, impugnações e objeções ao plano de recuperação judicial.

26. Com o advento da reforma à lei de recuperação judicial feita pela lei n.º 14.112/2020, foi incluído o § 12, ao artigo 6º da lei n.º 11.101/2005, *in verbis*:

(...)

§ 12. Observado o disposto no art. 300 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial.

27. A nova redação da lei recuperacional remete às tutelas de urgência, sem fazer qualquer esclarecimento quanto ao procedimento a ser adotado.

28. Uma leitura dos arts. 305 e seguintes, do CPC, que tratam especificamente da tutela cautelar antecedente, permite constatar que o réu deve ser citado para contestar a ação, sob pena de presunção de veracidade dos fatos.

29. A citação é requisito também da tutela antecipada antecedente, em função do disposto no art. 303, §1º, II e III, do CPC.

30. Assim, se o art. 6º, § 12, da lei n.º 11.101/2005, remete à aplicação do disposto no art. 300, do CPC, isto é, à aplicação da Tutela de Urgência nas recuperações judiciais, é

de se entender que se abre, também, a possibilidade de apresentação de contestação, para evitar qualquer risco de presunção de veracidade ou estabilização da tutela.

31. É nesse espírito de salvaguarda de direitos que se apresenta esta contestação.

DO DIREITO

IMPOSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – SENTENÇA DE ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO TRANSITOU EM JULGADO - LITISPENDÊNCIA

32. O pedido de tutela de urgência não poderia ser proposto antes do trânsito em julgado da sentença que encerrara a recuperação judicial, sob pena de ocorrência de litispendência.

33. Como a sentença de encerramento ainda não transitou em julgado, tem-se que a propositura de um pedido de tutela de urgência, preparatório de nova recuperação judicial, antes de finda a primeira, configura litispendência.

34. O art. 337, §3º, do CPC, é bem claro quanto à caracterização de litispendência quando se propõe ação que ainda está em curso.

OFENSA AO ART. 6º, I, II e III, DA LEI N.º 11.101/2005

35. As autoras formulam pedidos que ultrapassam, em muito, os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial, estabelecidos pelo art. 6º, I, II e III, da lei n.º 11.101/2005.

36. O art. 6º, da lei n.º 11.101/2005, prevê apenas três efeitos, quando do deferimento do processamento. Veja-se, *in verbis*:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

37. Observe-se que não há qualquer previsão para que se impeça a declaração de vencimento antecipado de dívidas, tal como formulado pelas autoras.

38. O art. 6º, §12, permite ao juízo antecipar os efeitos do art. 6º, I, II e III, não contemplando a hipótese de vencimento antecipado de dívidas.

39. O vencimento antecipado é cláusula perfeitamente lícita e amparada no art. 333, do Código Civil, a saber:

“Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.”

40. No caso em tela, tem-se que as autoras se encontram em nítido concurso de credores, de modo que se pode cobrar a dívida antes de vencida, nos termos do art. 333, I, do Código Civil. As dívidas das autoras atingem o montante de 40 bilhões de reais, sem perspectiva alguma de que haja valor em caixa para pagamento dos credores.

41. Ainda que se argumente que o juízo possui poder geral de cautela, tal poder somente pode ser aplicado de forma restrita. Havendo medidas específicas estipuladas na legislação, são essas as medidas específicas que devem ser adotadas.

42. Esse é o entendimento de Teresa Arruda Wambier e Eduardo Lamy, os quais destacam que, havendo disciplina específica, são essas que devem prevalecer. Veja-se o trecho da obra¹:

“Esta norma do art. 139 IV deve, contudo, ser interpretada restritivamente, sob pena de deixar de fazer sentido o tratamento em separado das ações que visam à obtenção da prestação in natura.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o legislador disciplinou separadamente as formas de cumprimento das obrigações de pagar quantia, de fazer, não fazer e entregar coisa. À primeira, destinou o procedimento do cumprimento de sentença de quantia certa, em que a prevalecem as regras de agressão patrimonial típicas desta modalidade executiva (penhora de bens etc.); para as demais modalidades de obrigações, destinou o procedimento de cumprimento

¹ WAMBIER, Teresa Arruda; LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória: Direto ao ponto**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. 100.

de sentença de fazer, não fazer e entregar coisa, em que disciplinou as formas de tutela específica ou substitutiva, típicas das ações executivas lato sensu. Então, se há disciplina específica para a prestação da tutela jurisdicional em cada conjunto de espécies de obrigações, é necessário que se interprete este dispositivo (inc. IV do art. 139) com grande cuidado, sob pena de se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, poderia o juiz, de plano, lançar mão de medidas típicas das ações executivas lato sensu, ocorrendo completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória.”

43. No presente caso, há medidas específicas estipuladas na legislação também específicas: são as hipóteses do art. 6º, I, II e III, da lei n.º 11.101/2005, hipóteses essas que não contemplam a vedação da declaração de vencimento antecipado.

44. Sendo a cláusula de vencimento antecipado constante do instrumento de crédito firmado com as autoras uma cláusula perfeitamente lícita, amparada pelo manto do ato jurídico perfeito, e havendo previsão, no art. 333, I, do Código Civil, que a ocorrência de concurso de credores permite que a dívida seja cobrada antecipadamente, não se pode pleitear a vedação à declaração do vencimento antecipado.

45. Ressalte-se, ainda, que os efeitos da antecipação prevista no art. 6º, §12, da lei n.º 11.101/2005, não tem o condão de afastar a norma do art. 49, §1º, da lei n.º 11.101/2005, o qual garante a conservação de todos os direitos contra coobrigados e fiadores.

**INOCORRÊNCIA DE PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS - DA
VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – AUTORAS QUE
SE COLOCARAM NESTA POSIÇÃO - NEMO AUDITUR PROPRIAM
TURPITUDINEM ALLEGANS**

46. As autoras ingressaram com uma tutela cautelar antecedente. A petição inicial de tal tipo de ação indica, de acordo com o art. 305, do CPC, “a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

47. No caso em tela, ausente o direito que se busca assegurar.

48. A má-fé é gritante, assim como a total quebra de confiança. Evidente que as autoras não podem, agora, fugir às consequências de suas ações, em nítido comportamento contraditório.

49. O princípio da proibição do comportamento contraditório, já amplamente discutido no direito estrangeiro, e traduzido pela fórmula latina *nemo potest venire contra factum proprium*, tem encontrado forte aceitação na mais moderna doutrina civil, demonstrando profunda relação com a boa-fé objetiva e com a tutela da confiança.

50. Tamanha é a aceitação que, nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, consagrou-se o Enunciado n.º 362, que trata da vedação do comportamento contraditório:

“Nº 362.

Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

51. A respeito da íntima relação entre confiança e boa-fé objetiva, mencionada no Enunciado n.º 362, das Jornadas de Direito Civil, e ambas afrontadas na conduta adotada pelas autoras, Anderson Schreiber², autor do mais profundo e completo livro a respeito do tema, ensina:

“(…) a boa-fé vem geralmente definida como dever geral de lealdade e confiança recíprocas entre as partes. E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser a boa-fé definida como ‘uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa’.”

52. A proibição do comportamento contraditório visa impedir que uma determinada pessoa, em atitude completamente contrária a seu comportamento anterior, prejudique a terceiros, em nítida ofensa à boa-fé objetiva e à confiança. Não é simplesmente a incoerência do comportamento que se pretende repelir, mas que pessoas se prejudiquem em razão da inconsistência do comportamento alheio.

53. O civilista Anderson Schreiber demonstra a íntima ligação entre a tutela da confiança, a boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório³:

“A tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial.

Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*.

² SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91.

³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 101-102.

(...)

Como a tutela de confiança não vem expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, o fundamento normativo geralmente apontado para o *nemo potest venire contra factum proprium* é a cláusula geral de boa-fé objetiva, consagrada no art. 422 do novo Código Civil.”

54. São quatro os elementos ou pressupostos para identificação do princípio de vedação do comportamento contraditório⁴:

“À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostas para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.”

55. No caso em tela, as autoras:

- i) Apresentaram pedido de recuperação judicial, com aprovação inicial de um primeiro plano;
- ii) Apresentaram um aditivo ao plano de recuperação judicial, visando a reestruturação de suas dívidas, o qual foi aprovado pela Assembleia;
- iii) Alega que as condições que elas próprias incluíram em seu aditivo ao plano de recuperação judicial não permitem que elas cumpram o que foi avençado;
- iv) Antes mesmo do trânsito em julgado da sentença de encerramento dessa recuperação judicial, propõem tutela cautelar antecedente, pretendendo fugir da consequência de suas ações, impedindo o bloqueio e retenção de valores, bem como a declaração de vencimento antecipado das dívidas, majorando o dano causado aos credores.

56. É nítido que o comportamento das autoras gera uma ofensa flagrante ao art. 422, do Código Civil, transcrito a seguir:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 132.

57. O risco de demora é reverso: são os credores que vêm o risco de não poderem diminuir as suas perdas, apropriando-se dos valores depositados ou valendo-se da cláusula de vencimento antecipado.

DO REQUERIMENTO

58. Diante do exposto, vem o Banco Demandado requerer o que segue:

- a) Preliminarmente, que seja reconhecida a litispendência entre a presente ação e a recuperação judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001;
- b) Acaso afastada a preliminar, no mérito julguem-se improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, dada a completa ausência de fundamentação jurídica a embasá-los, revogando-se a liminar concedida na decisão;
- c) alternativamente, caso se entenda pelo deferimento dos pedidos formulados, que se os restrinja às hipóteses estabelecidas no art. 6º, I, II e III, da lei n.º 11.101/2005;
- d) que sejam mencionados, expressamente, cada um dos dispositivos legais e teses aqui suscitados, a título de prequestionamento e posterior manuseio dos recursos que se entender cabíveis.

Pede deferimento

São Paulo, 10 de fevereiro de 2023.

Ana Rosa Tenório de Amorim
OAB/SP 332.079