



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

AMANDA SIQUEIRA ROLIM ARRUDA

**A CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS NA SISTEMÁTICA DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: A POSIÇÃO DO CREDOR
FIDUCIÁRIO**

FORTALEZA

2013

AMANDA SIQUEIRA ROLIM ARRUDA

A CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS NA SISTEMÁTICA DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: A POSIÇÃO DO CREDOR FIDUCIÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará – UFC, como requisito
parcial para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Professora Orientadora: Dr^a. Unie Caminha

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

A773c

Arruda, Amanda Siqueira Rolim.

A cessão fiduciária de direitos creditórios na sistemática da recuperação judicial brasileira: a posição do credor fiduciário / Amanda Siqueira Rolim Arruda. – 2013.
55 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Privado.

Orientação: Profa. Dra. Uinie Caminha.

1. Falência – Brasil. 2. Cessão (Direito). 3. Créditos - Brasil. 4. Devedores e credores - Brasil.
I. Caminha, Uinie (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.736

AMANDA SIQUEIRA ROLIM ARRUDA

A CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS NA SISTEMÁTICA DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: A POSIÇÃO DO CREDOR FIDUCIÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará – UFC, como requisito
parcial para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a. Uinie Caminha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. LLM Emanuel de Abreu Pessoa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus e à Nossa Senhora, pelo dom da vida.
Aos meus pais, Jackson e Rochelle,
imprescindíveis em todos os momentos de
minha vida.
À minha querida irmã, Giovanna.
Ao Dan, pelo amor e incansável apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, sempre presentes, por todo o incentivo, credibilidade e amor, imprescindíveis em todas as conquistas.

Agradeço ao meu Dan, por todo o amor, carinho, dedicação e amizade, demonstrados em todos os momentos, sobretudo nos mais difíceis.

Agradeço à minha irmã, Giovanna, na qual descobri uma dedicada amiga.

Agradeço aos meus amigos conquistados ao longo destes cinco anos, dentre os quais se destacam os queridos Ana Jéssica, Fúlvio Oliveira Paiva, Haylton Alves, Jair Maia, Milena Duarte, Patrick Beserra, Paulo Victor, além de todos os outros integrantes da GAF, bem como aos que me acompanham desde a infância, em especial à Amanda Magalhães, à Lib Melo e à Ilana Barbosa, por tornarem a vida mais leve.

Agradeço ao melhor livreiro que conheço, Jothe Frota, e ao professor Felipe Assolan pela ajuda na bibliografia.

Agradeço à professora Uinie Caminha, exemplo de profissional, pela valorosa orientação que possibilitou a realização do presente trabalho.

Agradeço aos professores William Paiva Marques Júnior e Emanuel de Abreu Pessoa, pela disponibilidade em participar desta banca, bem como pelas valiosas lições que em muito contribuíram para minha formação jurídica.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a análise da cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial bem como a forma como o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e o Superior Tribunal de Justiça vêm a aplicando. A pesquisa foi feita sobre bases jurisprudenciais e doutrinárias, sendo ainda pura, com abordagem qualitativa e quantitativa, tendo objetivos descritivos e exploratórios. Divide-se o estudo em três capítulos. O primeiro é relacionado à importância do advento do novo diploma falimentar, o qual, buscando proteger as relações no mercado de crédito, finda por excluir a garantia em questão dos efeitos da recuperação judicial, aferindo-se ainda algumas manutenções e inovações daquele em relação ao seu antecessor. Já no segundo, investigam-se as controvérsias pertinentes ao instituto em comento, explicitando suas origens, conceito, previsão geral no ordenamento pátrio bem como a disposição específica para a recuperação judicial na Lei nº. 11.101/05, verificando também a distinção fática existente entre os credores detentores de tal garantia. Além disso, averíguam-se a possibilidade de execução da garantia durante o prazo de suspensão de 180 dias bem como a diferenciação no tratamento dado ao penhor de direitos creditórios e títulos de crédito e à cessão fiduciária no processo de recuperação judicial. No último capítulo, verifica-se a tendência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em submeter a cessão fiduciária de direitos creditórios ao plano de recuperação, e do Superior Tribunal de Justiça, em excluí-la deste, enfrentando-se os pontos principais das decisões e suas consequências. Nessa senda, enfatizam-se os malefícios que podem advir da inaplicação pelos intérpretes de alguns comandos da nova lei. Assim, defende-se que a correta interpretação do disposto no Art. 49, §3º, Lei nº. 11.101/05, abrange os créditos garantidos por cessão fiduciária, os quais não devem ser submetidos aos efeitos da recuperação judicial.

Palavras-chave: Cessão fiduciária de direitos creditórios. Negócio Fiduciário. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

The objective of this work is the analysis of the fiduciary cession of credit rights in the judicial recovery and the way the Court of Justice of Ceará and the Superior Court of Justice have been applying it. The research was done on jurisprudential and doctrinal bases, still being pure, with a qualitative and quantitative approach as well as descriptive and exploratory objectives. The study is divided into three chapters. The first one is related to the importance of the advent of the new bankruptcy law, which, seeking to protect the relationships in the credit market, ends up excluding the guarantee in question from the judicial recovery, still assessing some maintenance and innovation of such in relation to its predecessor. Yet in the second one, the controversies pertaining to the fiduciary cession are investigated by explaining their origins, concept, and general prediction under the national legal system as well as the specific provision for judicial recovery under Law n°. 11.101/05, by also verifying the existing factual distinction among these type of creditors. Furthermore, one ascertains the possibility of enforcement these guarantee during the stay period of 180 days as well as the differentiation in the treatment given to the lien of credit rights and debt securities and the fiduciary cession in the recovery process. In the last chapter, one verifies the tendency of the Court of Justice of Ceará, to submit the fiduciary cession of credit rights to the recovery plan, and the Superior Court of Justice, to exclude from it, thus facing up the main points of decisions and their consequences. In this pathway, one emphasizes the harm that might emerge from the non-application of some commands from the new law by the interpreters. Thus, the conclusion is that the correct interpretation of the provisions in Art. 49, § 3°, Law n°. 11.101/05, covers the credits guaranteed by fiduciary cession, which shall not be subject to the effects of the judicial recovery.

Keywords: Fiduciary cession of credit rights. Fiduciary business. Judicial Recovery.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA	12
2.1	Contexto	12
2.2	Dispositivos legais mantidos pela Lei nº. 11.101/05	15
2.3	Dispositivos legais alterados pela Lei nº. 11.101/05	17
3	CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS	22
3.1	Origens da Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios	22
3.2	Conceito de Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios	24
3.3	Previsão no ordenamento pátrio da Cessão fiduciária de Direitos Creditórios	25
3.3.1	<i>Disposições gerais do ordenamento pátrio</i>	26
3.3.2	<i>Previsão da Lei nº. 11.101/05</i>	28
3.4	Uma diferente classe de credores: os credores proprietários	30
3.5	Não submissão ao prazo de 180 dias do § 4º, art. 6º, Lei nº. 11.101/05	33
3.6	Tratamento diferenciado na recuperação judicial: o penhor de direitos e títulos de crédito e a cessão fiduciária de direitos creditórios	36
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	39
4.1	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará	39
4.2	Superior Tribunal de Justiça	41
4.3	Tendência jurisprudencial e consequências	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a análise da cessão fiduciária de direitos creditórios na sistemática da recuperação judicial e a forma como o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e o Superior Tribunal de Justiça vêm a aplicando.

A importância desse instituto advém da sua utilização como forma de garantir contratos de mútuo bancário. Assim, a garantia funciona como incentivo legal, já que protege o mercado de crédito, o qual é responsável pelo fomento das atividades econômicas, mesmo que a empresa devedora entre em dificuldades que a façam requerer recuperação judicial.

Quanto ao aspecto metodológico, a pesquisa foi feita sobre bases jurisprudenciais e doutrinárias, sendo ainda pura, com abordagem qualitativa e quantitativa, tendo objetivos descritivos e exploratórios.

No primeiro capítulo, é examinado o advento da Lei nº. 11.101/05 que revogou o Decreto-lei nº. 7.661/45, o qual provou ser ineficaz em proteger os interesses dos credores, minimizando suas perdas, bem como dos devedores, já que era ineficiente em recuperar empresas economicamente viáveis. Além disso, a recuperação de valores emprestados era ínfima, o que gerava insegurança no mercado. Nessa oportunidade, será a lei analisada tanto sob o enfoque de manutenção de alguns dispositivos legais do decreto sucedido como em relação às suas mudanças.

Dentre estas, é que se encontra a exclusão, em relação aos efeitos da recuperação judicial, dos créditos garantidos por cessão fiduciária, vez que a regra geral passar a ser a de submissão de todos os créditos constituídos antes do pedido.

A disposição gera o embate entre o devedor que busca a sua recuperação, almejando a inclusão dos valores garantidos em sua disponibilidade para que os possa utilizar no pagamento das obrigações a serem dispostas no plano, e os credores fiduciários que não devem sofrer quaisquer efeitos daquela, os quais requerem o recebimento imediato das quantias.

A fim de responder sobre a sua inclusão na redação do comando emanado pelo art. 49, § 3º, Lei nº. 11.101/05, bem como sobre a sua devida aplicação, mesmo que venha a impedir eventual deferimento de recuperação judicial, serão investigadas, no decorrer do segundo capítulo, as origens e o conceito do instituto em questão bem como a sua previsão geral no ordenamento pátrio e na legislação falimentar, para o caso de recuperação judicial,

por meio de posicionamentos doutrinários referentes ao tema, os quais evidenciam a distinção existente neste tipo de credor. Além disso, serão verificadas a necessidade de espera, para a execução da garantia, do prazo de 180 dias mencionado no final do supracitado artigo bem como a diferenciação entre as previsões legais, para o processo de recuperação judicial, do penhor de direitos e títulos de crédito e da cessão fiduciária.

No último capítulo, será analisado o posicionamento jurisprudencial acerca da aplicação desta garantia fiduciária, mediante uma análise dos entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo o primeiro favorável a liberação da trava, oriunda do §3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05, enquanto o segundo é adepto da sua manutenção ou imposição. Ademais, com o escopo de aferir tendência em âmbito nacional, utilizar-se-ão as pesquisas feitas pela Fundação Getúlio Vargas (2010, p.29-42), Aneíza Vanessa Costa do Nascimento (2010, p.15-21) bem como a de Unie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho (s.d., s.p.), as quais concluem pela jurisprudência majoritária com orientação similar a da Corte Superior, buscando-se evidenciar o benefício econômico gerado por esta posição e a necessidade de que os comandos legais da nova lei sejam obedecidos, embora a aplicação destes possa dificultar o deferimento da Recuperação Judicial.

2 NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

No ano do advento da atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência, verificava-se um contexto econômico desfavorável causado por fatores como: altos números de procedimentos e de dias necessários para iniciar um negócio, vulnerabilidade das garantias contratadas no mercado de crédito bem como dificuldades em executar judicialmente contratos, de acordo com o relatório *Doing Business 2005* (BANCO MUNDIAL, 2005, p.102) ¹.

Além disso, constatavam-se baixos percentuais relacionados à recuperação de valores investidos, em caso de insolvência, enquanto o lapso temporal para tanto era longo². Ante a lógica de que altas taxas de insolvência aumentam o *spread* bancário³, dificultando investimentos, percebia-se que a legislação falimentar não contribuía para uma melhora no setor.

Em relação à importância de uma boa lei de insolvência para a economia, prelecionam Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2005, p.201):

A qualidade da legislação e a proteção que ela confere a devedores e credores são importantes determinantes tanto da taxa de juros como do tamanho e da composição do mercado de crédito. Idealmente, deve-se procurar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e tomar riscos – e para isso ele deve ter alguma proteção em caso de fracasso –, e estimular o credor a emprestar, de forma que haja empréstimos disponíveis em quantidade e nas condições apropriadas.

Ademais, o diploma falimentar em questão já era contestado pelos juristas pátrios, desde a década de sessenta, por ter se tornado rapidamente “arcaico e inoperante diante do avanço sócio econômico, não só brasileiro, mas mundial” (ANDREY, 2005b, p.196). Buscando, então, aprimorar seu sistema de insolvência, a reforma veio em 2005.

2.1 Contexto

¹ Comparando-se estes dados com os do atual relatório *DOING BUSINESS 2013* (BANCO MUNDIAL, 2013, 152), teve-se uma melhora nos relacionados à facilidade em iniciar um negócio e à força das garantias contratadas, enquanto os de execução contratual, a despeito de estarem piores, são ressaltados, pois tal área está em reforma (BANCO MUNDIAL, 2013, p. 90). Por oportuno, justifica-se a não ocorrência de significativa alteração positiva, em razão de ser a nova lei recente.

² Tinha-se uma das mais baixas taxas de recuperação da época, qual seja de 0,2 centavos de dólar em um período de 10 anos (BANCO MUNDIAL, 2005, p.69). Essa taxa, conforme o relatório *DOING BUSINESS 2013*, subiu para 15,9 centavos de dólar em um período de 4 anos (BANCO MUNDIAL, 2013, p.152).

³ O *spread* consiste na incorporação nos juros da taxa de risco associada à eventual falência do devedor, assim os cálculos são feitos para que o risco seja arcado por diversos devedores da instituição financeira (COELHO, *On line*, 2005).

A Lei nº. 11.101/05 emerge em um cenário de descrença por parte de credores e devedores em relação ao direito concursal. Considerado incapaz de recuperar empresas economicamente viáveis, vez que ignorava análises de perspectiva de rendimento futuro da empresa e de fluxo de caixa (ANDREY, 2005b, p.208), além de não conter mecanismos idôneos para tal fim, o Decreto-lei nº. 7.661/45 também não satisfazia quanto a garantir a celeridade processual necessária a impedir a deterioração do patrimônio do devedor, ante a demora da venda dos ativos que somente ocorria após o “período de informação”, destinado a constituir a massa falida objetiva e subjetiva (REQUIÃO, 1988, p.311).

O antigo diploma havia sido produzido para um contexto econômico diferente, “período em que o parque industrial brasileiro ainda era incipiente com economia predominantemente agrária, e o pequeno comerciante como o principal destinatário da norma – em resumo, a nossa lei falimentar estava completamente obsoleta e superada” (SADDI; PINHEIRO, 2005, p.206).

Outra crítica era decorrente do problema da sucessão empresarial, já que o *trespasse* gerava a transferência das obrigações existentes, sobretudo fiscais e trabalhistas, o que em muito desestimulava possíveis investimentos, tornando ainda mais difícil maximizar ativos para que fosse satisfeito o maior número possível de credores (ARAÚJO; FUNCHAL, 2009, p.193). Além disso, a preferência dos créditos trabalhistas e fiscais fazia com que nestes credores se esgotassem os recursos do devedor.

Não fossem essas razões suficientes para uma mudança legislativa, ainda ocorria a utilização da lei comumente como subterfúgio para fraudadores que, ante a morosidade do processo, dilapidavam o patrimônio que seria usado para pagamento dos credores. Nessa senda, cita-se Rubens Requião (1995, p.5): “o fato é que a reação coletiva em face da concordata ali disciplinada a identifica, vulgarmente, com um instrumento de burla e de desonestidade, a serviço de empresários inescrupulosos e sagazes”.

Desta feita, ante a constatação da inadequação do antigo diploma⁴, após aproximadamente dez anos de tramitação, foi finalmente aprovado em 2005 o Projeto de Lei nº. 4.376/93 que enfrentou 484 emendas e 5 substitutivos (BRASIL, 2011, p.6).

⁴ Nos dizeres do relatório do Senador Ramez Tebet (BRASIL, 2004, p. 1), o Decreto-Lei nº. 7.661/45: “[...] muito embora tenha, por seus reconhecidos méritos, servido durante tanto tempo à disciplina da matéria, não é mais adequado às necessidades da sociedade e da economia brasileira, dadas as numerosas e profundas alterações que ocorreram nas práticas empresariais no Brasil e no mundo nas últimas seis décadas”.

A nova legislação advém inspirada na Teoria da Empresa, buscando protegê-la, quando possível, já que a visualiza como uma unidade produtiva geradora de receitas e empregos, sendo pedra angular para o crescimento econômico do país. Nos dizeres de Fábio Ulhôa Coelho (*On line*, 2005): “o direito falimentar brasileiro passa a incorporar regras especificamente destinadas à preservação da unidade produtiva diante da crise do empresário que a organizou”⁵. Dessa forma, o que se pretende proteger é a atividade de empresa e não o sujeito que a pratica⁶.

Contudo, ressalte-se que a nova legislação deve ser interpretada em consonância com princípios da economia, os quais fazem com que a tônica do sistema recaia na “geração de procedimentos onde os ganhos e as perdas podem ser entendidas como parcelas, ou seja, quando a eficiência do procedimento não causa ineficiência a qualquer outra estrutura da sociedade” (BRASIL, 2011, p.9).

Assim, para o pior cenário, caso de empresas inviáveis economicamente⁷, a Lei nº. 11.101/05 visou garantir uma rápida realização do ativo, evitando o perecimento e a deterioração patrimonial⁸. Tal intenção resta evidenciada pelo relatório do senador Ramez Tebet (BRASIL, 2004, p.21):

⁵ Conforme relatório do senador Ramez Tebet (BRASIL, 2004, p.20), tem-se esse objetivo consubstanciado da seguinte forma: “1) **Preservação da empresa**: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros”. (Grifos do original)

⁶ Tal fato resta também evidenciado pelo relatório do senador Ramez Tebet (BRASIL, 2004, p.20): “2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário**: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”. (Grifos do original) A diferenciação entre a atividade empresa, perfil funcional, do sujeito que a pratica, perfil subjetivo, bem como do conjunto de bens destinados a sua prática, estabelecimento, perfil objetivo, advém da Teoria Polidétrica da Empresa formulada por Alberto Asquini (1996). O autor distingue ainda o perfil corporativo, relacionado à organização dos trabalhadores para o mesmo fim. Este último perfil relaciona-se ao contexto histórico na qual a teoria foi produzida, influenciado pelo Fascismo. Cita-se, por oportuno, as lições de Giovani Magalhães Martins Filho (2010, p.386), explicando os quatro perfis em questão: “Não se pode deixar de notar que se com o perfil subjetivo se define o empresário, com o perfil objetivo se define o estabelecimento, e com o perfil funcional se define a atividade econômica, é com o perfil corporativo que se vai definir a organização. Empresário, estabelecimento, atividade econômica e organização são quatro realidades distintas ocorrendo no âmbito da empresa. Empresa, portanto, não é somente a atividade econômica, mas sim a atividade econômica organizada pelo empresário, exercida num estabelecimento, visando a atender ou a suprir um interesse de mercado”.

⁷ Para tal caso, conforme o relatório do senador Ramez Tebet, tem-se que deve ocorrer a: “[...] **Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis**: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio” (BRASIL, 2004, p. 20). (Grifos do original)

⁸ Oportuno mencionar que a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas prevê a alienação do ativo logo após a arrecadação dos bens do falido, conforme art. 139, Lei nº. 11.101/05.

10) **Maximização do valor dos ativos do falido:** a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral. (Grifos do original)

Além disso, a nova lei também tem como escopo conceder segurança jurídica a determinadas relações, melhorando as taxas de recuperação do crédito no Brasil. Segue a parte do sobredito relatório pertinente ao tema:

6) **Redução do custo do crédito no Brasil:** é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico (BRASIL, 2004, p.20). (Grifos do original)

Logo, foi diante de objetivos voltados para o aprimoramento do sistema de insolvência pátrio, que se concebeu a Lei nº. 11.101/05. Nessa senda, faz-se um breve comparativo entre as legislações, a fim de demonstrar como tais objetivos foram perseguidos.

2.2 Dispositivos legais mantidos pela Lei nº. 11.101/05

Considerada inovadora, em diversos aspectos, a Lei nº. 11.101/05 também se inspirou em algumas disposições do Decreto-lei nº. 7.661/45, trazendo alguns de seus comandos com partes não modificadas ou com poucas adaptações.

Dentre estas, pode-se mencionar a norma referente ao critério de definição do juízo competente para a falência⁹, o qual permaneceu sendo o do principal estabelecimento do devedor. Em razão de tal manutenção, persistem as discussões acerca da melhor interpretação a ser dada ao comando normativo.

Conforme leciona Paulo F. C. Salles de Toledo (TOLEDO; ABRÃO (Coord.) 2012, p.63-64) três correntes buscam dirimir o imbróglio, defendendo a primeira que a norma relaciona-se ao “domicílio estatutário, ou seja, aquele fixado como tal no contrato social ou nos estatutos”.

Já a segunda faz referência ao centro de controle da empresa, ou seja, o local de onde partem as decisões negociais. O próprio autor, no entanto, ressalva a facilidade com que

⁹ Tal critério é utilizado também para definir o juízo da recuperação judicial.

poderiam os devedores de má-fé mudar de domicílio, o que poderia gerar uma escolha de foro.

Por fim, a última defende que o principal estabelecimento seria aquele onde se tem maior expressão patrimonial, traduzida pelo local onde se encontram os bens para o exercício da atividade econômica. Concorde-se com o autor em se ter neste último a mais correta interpretação da *mens legis*, vez que tal critério facilita tanto eventual negociação com credores, que em regra operam na mesma localidade, quanto permite uma melhor realização do ativo, já que os bens lá se encontram.

Quanto à legitimidade ativa para proposição da falência, tem-se a manutenção da requerida pelo próprio devedor, conhecida como autofalência, bem como das hipóteses de requerimento por parte do cônjuge, do herdeiro, do inventariante, do sócio ou acionista e de qualquer credor, exceto a Fazenda Pública¹⁰.

No que tange a este último, conforme leciona Marcos Mairton (*On line*, 2013), foi afastada a restrição relativa aos titulares de garantia real que, na vigência da legislação anterior, para requererem a falência¹¹ deveriam renunciá-la ou provar que os bens garantidos não abarcavam o valor do crédito¹².

Já quanto aos requisitos para a decretação da falência, tem-se que tanto a impontualidade injustificada, com a alteração de previsão de um valor base, qual seja 40 salários mínimos, quanto à execução frustrada bem como boa parte dos atos ruinosos, como a liquidação precipitada, *trespasse* do estabelecimento, sem o consentimento de todos os credores, restando insolvente, abandono do estabelecimento, dentre outros, constam atualmente do art. 94 da Lei nº. 11.101/05.

As matérias de defesa do devedor também sofreram poucas alterações, notadamente adaptações nas suas hipóteses, caso da substituição do pedido de concordata preventiva pelo de recuperação judicial. Entre as mais conhecidas estão: falsidade de título,

¹⁰ Explana-se que a expressão qualquer credor não contempla a Fazenda Pública, vez que dispõe de meio mais eficiente para cobrar seus créditos, qual seja a execução fiscal. Nesse sentido o enunciado 56 da Primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2013, p.55): “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”.

¹¹ Ressalte-se que a Teoria dos Atos de Comércio inspirava a aplicação dos dispositivos legais, de maneira que era necessário ser comerciante ou sociedade comerciante para poder falir. Nesse sentido, confira-se Rubens Requião (1988, p. 42). Conforme Cássio Cavalli (2003, p.5), explicando as disposições do Código Comercial de 1850 que adotava a mesma teoria: “o acento, aqui, colocava-se no efetivo exercício profissional da mercancia, a qual era definida no art. 19 do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que dispunha acerca da competência da jurisdição comercial”. Frisa-se que tal conceito teve o seu âmbito de incidência alargado tanto por pressão doutrinária quanto por legislações posteriores.

¹² Art. 9, b, Decreto-lei nº. 7.661/45.

prescrição, nulidade da obrigação ou do próprio título, pagamento do valor devido, dentre outras, listadas na redação do art. 96 da Lei nº. 11.101/05.

Quanto ao depósito elisivo, tem-se não apenas a sua manutenção como a expansão de sua previsão legal que passou a contemplar, além do caso de impontualidade injustificada, a execução frustrada (MAIRTON, *On line*, 2013).

Ademais, a possibilidade de condenação por falência dolosamente requerida restou intacta, o que contribui para desestimular eventual má-fé como também inibe a tentativa de fazer do procedimento falimentar uma espécie de ação de cobrança¹³.

2.3 Dispositivos legais alterados pela Lei nº. 11.101/05

Tendo em vista as alterações estruturais, serão citadas as mudanças consideradas de maior relevo. Dentre estas, destaca-se à substituição da previsão do síndico/comissário pela do administrador judicial. Tal mudança é deveras salutar e tem como escopo a profissionalização¹⁴ daquele que terá papel fundamental nos procedimentos do novo diploma.

Em relação aos sujeitos que poderão se utilizar dos institutos da nova lei, substituindo o termo comerciante, prevê-se empresário e sociedade empresária¹⁵. Frisa-se que tal interpretação deve ser feita em conjunto com o disposto no art. 2, I e II, da Lei nº. 11.101/05, o qual excepciona a regra em comento, tornando a lei inaplicável para alguns devedores¹⁶.

Quanto à postura do Ministério Público (MP), pode-se dizer que, a despeito da sua participação continuar existindo, esta foi em muito limitada¹⁷ pela nova lei. De fato, não havia, nem há, a necessidade de o MP intervir em diversas fases do processo falimentar bem como em todos os processos dos quais participe a massa falida, o que só os tornavam menos

¹³ Para a feitura das comparações entre os dispositivos legais Decreto-lei nº. 7.661/45 e Lei nº. 11.101/05, foram utilizados os quadros de Marcos Mairton (*On line*, 2013) e de Marcus Elidius Michelli de Almeida (2005).

¹⁴ A redação do art. 21 da Lei nº. 11.101 assim dispõe: “O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

¹⁵ Ricardo Negrão (2012, p.53-56) faz uma crítica a tal disposição, já que considera como atual tendência do direito internacional a unificação do tratamento entre empresários e não empresários, quando a atuação econômica estiver deficitária.

¹⁶ A exceção do inciso II, do Art. 2º, Lei nº. 11.101/05, é relativa, vez que os dispositivos falimentares desta lei são aplicados, caso as sociedades empresárias lá previstas possuam legislações próprias que contemplem a possibilidade de falência e não disponham especificamente acerca do seu procedimento. As instituições financeiras são exemplo disso, em razão da previsão do Art. 197 da Lei nº. 11.101/05 e do comando legal do art. 12, d, e 21, b, da Lei nº. 6.024/74. Nesse sentido, Ricardo Negrão (2012, p.71-73) e Paulo F. C. Salles de Toledo (TOLEDO; ABRAÃO (Coord.), 2012, p.56-62).

¹⁷ De fato, a limitação em relação à participação do Ministério Público adveio do veto presidencial ao art. 4º do Projeto de Lei nº. 4.376/93.

céleres e prejudicava o desempenho das funções daquele. Nesse aspecto, concorda-se com os ensinamentos de Fábio Ulhôa Coelho (*On line*, 2005):

A limitação da intervenção do Ministério Público no processo de falência é medida altamente salutar, de modernização do feito. Além de poupar o representante do Ministério Público de ocupações irrelevantes, auxilia na tramitação mais rápida do processo. Penso que esta inovação merece ser prestigiada por todos: advogados, promotores e juízes.

A realização do ativo é prevista após a arrecadação dos bens, independente de formação do quadro geral de credores. Tal fato busca evitar a deterioração ou o perecimento do patrimônio do devedor (COELHO, *On line*, 2005).

Outra modificação é a resolução do problema sucessório, vez que, ante a redação do inciso II do art. 141, Lei n.º. 11.101/05¹⁸, o objeto da alienação ficará livre de ônus, não havendo qualquer sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhistas. Tal inovação contribui para a maximização do ativo, pois aumenta as chances do *trespasse* comercial¹⁹.

A ordem de classificação dos créditos, conforme leciona Marcos Andrey de Sousa (2005b, p.214), também foi alterada, podendo-se citar como de grande relevância a criação dos chamados superprivilegiados trabalhistas, disposição do art. 151, Lei n.º. 11.101/05, limitados a 5 salários mínimos por trabalhador. Também foi limitado o valor a 150 salários mínimos dos créditos oriundos da legislação trabalhista²⁰ que serão recebidos entre os concursais em primeiro lugar. Outra mudança foi que os créditos com garantia real passaram a ser recebidos antes que os do Fisco.

Em relação à declaração de falência por atos ruinosos, conforme leciona Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 157), a disposição relativa à quebra, em razão da convocação de credores extrajudicialmente, a fim de negociar remissão ou dilação de prazo de pagamento, consubstanciada no art. 2º, III, do Decreto-lei n.º. 7.661/45, deixou de ser ato falimentar. Adotando novo posicionamento, a legislação passou a prever tal conduta como uma das formas de recuperação, a extrajudicial²¹.

¹⁸ Esta regra é aplicável para a recuperação judicial, caso o plano aprovado envolva alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, de acordo com o Art. 60, parágrafo único, Lei n.º. 11.101/05.

¹⁹ Explane-se que, conforme disposição do § 1º do art. 141, existe previsão para casos em que, por critérios legais, a sucessão ocorrerá. Tais critérios visam coibir possíveis fraudes, vez que estabelecem situações em que há relações entre o arrematante e o devedor ou entre aquele e os sócios deste, caso seja sociedade empresária.

²⁰ Tal limite não incide sobre os trabalhistas acidentários.

²¹ Ressalte-se a modificação de perspectiva, dando-se maior importância à autonomia privada, na medida em que se permitiu ao próprio devedor em dificuldade propor meios de recuperação para seus credores sem, por isso, ser penalizado.

Extirpar-se o instituto da Concordata do ordenamento pátrio²², instituindo-se a Recuperação, que se divide em judicial e extrajudicial²³, para os devedores que possuem viabilidade econômica.

Quanto aos meios para efetivá-la, houve um alargamento na previsão legal que além de prever a dilação e a remissão, ou ainda uma mistura entre as duas, trouxe novas possibilidades, contidas sobretudo no rol exemplificativo do art. 50 da Lei n.º. 11.101/05, as quais são agrupadas, conforme Ricardo Negrão (2012, p.178), em sete tipos:

- (1) Dilatório; (2) misto; (3) remissório; (4) com predominância sobre o perfil subjetivo da empresa; (5) com predominância sobre o perfil objetivo da empresa; (6) com predominância sobre o perfil funcional da empresa; (7) com predominância sobre o perfil corporativo da empresa.

Já em relação ao tempo de pagamento, afere-se que não há mais um prazo limite para o pagamento das dívidas, conforme explana Robson Zanetti (*On line*): “não existe mais um prazo limitado para os pagamentos, assim pode ser apresentado um plano propondo o pagamento da dívida em 10 anos”²⁴.

Ademais, em referência aos créditos sujeitos a Recuperação Judicial, a regra é que a ela se sujeitem não apenas os quirografários, mas todos aqueles existentes a data do pedido²⁵, conforme *caput* do art. 49 da Lei n.º. 11.101/05.

Por sua vez, a preocupação em proteger o mercado de investimento e crédito fez com que restassem contidos na nova lei os parágrafos terceiro e quarto do art. 49. Têm estes o escopo de conferir uma maior proteção aos titulares de determinadas relações jurídicas,

²² Entretanto, deve-se ter em mente que, em decorrência da previsão do art. 192, da Lei n.º. 11.101/05, a nova lei não será aplicada aos processos iniciados na vigência do Decreto-lei n.º. 7.661/45, os quais serão concluídos em conformidade com a legislação vigente à época de seu início. Uma solução transitória com o escopo de respeitar a segurança jurídica de processos iniciados em um diploma legislativo anterior.

²³ Em relação às duas formas de recuperação, cita-se o comentário de Marcos Andrey de Sousa (2005b, p. 210): “A nova Lei instituiu não só o estímulo, com a necessária busca de soluções para a crise e insolvência pelas próprias partes envolvidas (devedores e credores). [...] Nesse sentido, o magistrado deve estar atento para o fato de que quanto maior o estímulo a um ambiente de negociação, mais rápida e eficiente será a solução dos conflitos”.

²⁴ No entanto, conforme Ricardo Negrão (2012, p. 179), duas limitações temporais subsistem: “A lei somente estabelece limitação de prazo em dois casos: a) dilação máxima de um ano: créditos vencidos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho (art. 54); e b) dilação máxima de trinta dias: crédito de natureza estritamente salarial, até cinco salários mínimos, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação (art. 54, parágrafo único)”.

²⁵ Enumera Ricardo Negrão (2012, p. 171), às exceções a tal regra: “1) os créditos fiscais; 2) o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis (art. 49, §3º); 3) o arrendador mercantil (art. 49, §3º); 4) o proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações mobiliárias (art. 49, §3º); 5) o proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio (art. 49, §3º); 6) os titulares de importância entregue ao devedor, em moeda corrente, decorrente de adiantamento de contrato de câmbio para exportação (arts. 86,II, e 49, §4º)”.

excluindo-os de eventual subordinação ao plano judicial aprovado para a recuperação da empresa devedora.

Em relação ao parágrafo quarto²⁶, explana-se que versa acerca dos valores relativos aos adiantamentos de contratos de câmbio (ACCs), os quais são excluídos em razão da necessidade de “facilitar a obtenção de recursos destinados ao capital de giro, e, portanto, à produção dos bens a serem enviados ao exterior” (SZTAJN *in* PITOMBO; JÚNIOR (Coord.), 2005, p.228).

Quanto ao parágrafo terceiro, tem-se a exclusão dos seguintes sujeitos:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

A previsão acima contém relações que possuem cláusulas ou garantias que conferem a seus credores uma situação diferenciada. Por esse motivo, constitui-se para estes um regime jurídico diverso. Assim, indica o texto do artigo que os direitos de propriedade e as condições contratuais serão respeitados independente de eventual situação de recuperação judicial da empresa devedora.

Frise-se ainda, por oportuno, que a previsão do sobredito artigo acerca do sujeito proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis é deveras importante para a economia. Isto ocorre, porque se objetivou aumentar a segurança jurídica concedida às instituições financeiras que, para a feitura de empréstimos, utilizam garantias como a cessão fiduciária de créditos ou a alienação fiduciária de bens.

Vem, então, a previsão legal, excluindo-as dos efeitos da recuperação judicial. Tal disposição possui justificativa: em um país onde a oferta de crédito é cara, em razão dos baixos percentuais de sua recuperação, era necessário um dispositivo que a incentivasse e protegesse.

²⁶ Havia o entendimento em relação aos créditos de adiantamento de contrato de câmbio, no sentido de que, ocorrendo Concordata, estes poderiam ensejar pedido de restituição em dinheiro. Nesse sentido, Rubens Requião (1995, p. 104-105).

Nessa senda, ressalte-se que uma das modalidades citadas de propriedade fiduciária, qual seja a oriunda da cessão fiduciária de direitos creditórios, garantia conhecida como trava bancária²⁷, vem gerando polêmica quanto à aplicação em caso de recuperação judicial.

Nesse aspecto, doutrina e jurisprudência ainda estão em fase de solidificação, cabendo o questionamento se, de fato, tal garantia encontra-se na previsão legal do art. 49 § 3º da Lei nº. 11.101/05, e se, sendo esta última resposta afirmativa, essa deve ser respeitada mesmo ante a possibilidade de subtração de grandes somas financeiras do caixa de uma empresa que almeja se recuperar.

²⁷ Garantia dada que autoriza a realização de uma operação pela qual os valores depositados em uma conta ficam indisponíveis para o titular desta. Tal expressão também é utilizada para designar os créditos do § 5º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05 (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p.29). No entanto, para os fins desta monografia, a utilização do termo trava bancária sem ressalvas remeterá apenas ao disposto no § 3º, art. 49, Lei nº. 11.101/05.

3 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS

A fim de averiguar os contornos da cessão fiduciária de direitos creditórios, serão analisados seu conceito bem como sua atual previsão no ordenamento pátrio e sua configuração na Lei n.º 11.101/05, para o caso de recuperação judicial.

Ademais, tendo em vista ser um importante instrumento para tornar o crédito mais seguro, visa-se ainda a demonstrar as diferenciações nos sujeitos da relação fáticas que a ensejam bem como explicar sobre a sua não submissão ao prazo de 180 dias.

Por fim, será verificada a diferenciação entre o tratamento concedido pela nova lei falimentar entre o penhor e a cessão fiduciária, para que se possa concluir sobre a necessidade ou não dos créditos desta garantia necessitarem ficar em conta vinculada durante o prazo de 180 dias.

3.1 Origens da Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios

A cessão fiduciária de direitos creditórios é uma espécie do gênero negócio fiduciário na modalidade de garantia²⁸, tendo como origens o aperfeiçoamento da fidúcia romana²⁹, particularmente a *fiducia cum creditore*, e de outros institutos, quais sejam o penhor de propriedade germânico bem como o *mortgage* e o *trust* ingleses.

A fidúcia romana, na categoria *fiducia cum creditore*, já detinha traços que atualmente podem ser identificados, uma vez que já era possível visualizar a transferência da propriedade de um bem, para a garantia de um credor, o qual poderia ser recuperado, após o pagamento da dívida garantida. Nesse sentido, Otto de Sousa Lima (1962, p.76):

Assim a *fiducia cum creditore* tinha a função de garantia de um crédito. Garantia-o como hoje o garantem o penhor e a hipoteca, sendo, mesmo, uma garantia mais segura, porque importava na transferência da coisa ao credor, pela *mancipatio* ou

²⁸ Segundo leciona Melhim Namem Chalhub (2009, p. 49-51), existem duas modalidades de negócio fiduciário, quais sejam: o de garantia e o de administração. Assim, no primeiro, tem-se um contrato acessório, no qual há a transferência do fiduciante ao fiduciário da propriedade resolúvel de um bem, para os fins de garantia, enquanto no segundo, ocorre a transferência de propriedade do fiduciante ao fiduciário de bens, para os fins de administração, até o alcance do objetivo perquirido ou da cessação de algum impedimento que acometia o fiduciante, devendo então o fiduciário restituir os bens em questão, prestando as devidas contas. Na mesma linha de raciocínio, distinguindo os tipos de fidúcia pelas funções de garantia e administração, confira-se Marta Borsoi (2013, p.98).

²⁹ Os contornos alcançados por esta eram assentados na confiança e na lealdade, razão pela qual era de início uma espécie de cláusula secreta que, em sua origem, sequer previa sanção legal para o caso de descumprimento (LIMA, 1962, p.11).

pela *in iure cessio*, o qual se obrigava, através do *pactum fiduciae*, a remancipar, uma vez satisfeito o seu crédito. Pressupunha, portanto, a existência de um débito a que servia de garantia.

Esta fórmula possuía contornos próprios no direito germânico, o qual a concebia enquanto penhor de propriedade. A fim de elucidar seus traços, trazem-se os ensinamentos de Angela Patricio Muller Romiti (2011, p.77): “O devedor transferia ao credor a propriedade de certo bem, na carta venditiones, mas simultaneamente, celebrava com ele um pacto adjeto, a contracarta, tornando condicional aquela transmissão”.

Revela-se que, entre estes dois antigos institutos, a distinção advém do poder jurídico sobre o bem transferido. Assim, leciona Melhim Namem Chalhub (2009, p.15):

Com efeito, na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava senão ao fiduciante o direito de haver a reparação em perdas e danos. Já no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, que tem eficácia *erga omnes*, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí porque o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva.

Nota-se, portanto, que o caráter resolúvel, traço fundamental da propriedade fiduciária atual, resta fortalecido pelo penhor de propriedade oriundo do direito germânico.

Quanto às influências do direito inglês, percebe-se a concepção de conceitos advindos tanto do *mortgage* quanto do *trust*. Em relação ao *mortgage*, segundo as lições de Otto de Sousa Lima (1962, p.103-107), tem-se, a despeito da sua inicial semelhança com a fidúcia romana, já que se estruturavam sobre negócios jurídicos de garantia pela transferência plena e ilimitada da propriedade do bem, que, à medida em que houve a sua evolução, este se aproximou do penhor germânico, vez que passa a conter uma condição resolutiva.

Já em relação ao *trust*, antigo *uses*, o qual também sofreu influências do *mortgage*, visualiza-se a sua característica de tornar o bem transferido um patrimônio de afetação diferenciado e segregado, conforme leciona Melhim Namem Chalhub (2009, p.24):

[...] negócio pelo qual uma pessoa destaca de seu patrimônio certos bens e transmite a outra pessoa sua propriedade formal (*legal title*), obrigando-se esta última (*trustee*) a administrá-la em favor de uma terceira pessoa (*cestui que trust* ou beneficiário), que terá a propriedade de fruição, ou econômica, sobre o bem objeto do trust. [...] O *trust* implica a segregação de um patrimônio, e a consequente criação de um patrimônio de afetação, que não se confunde com o patrimônio do instituidor (*settlor*), permanecendo incomunicável ao patrimônio do *trustee*.

No entanto, tal raciocínio somente é possível em ordenamentos com ingerência do direito anglo-saxão, vez que pressupõe a possibilidade de “coexistir sobre um mesmo bem

dois direitos de propriedade (a *legal property*, do *trustee*, e a *equitable property*, do beneficiário ou *cestui que trust*)” (CHALHUB, 2009, p.27).

Assim, a influência de tal instituto no ordenamento pátrio reside no fato de que na propriedade fiduciária brasileira, a despeito de não coexistirem direitos duais de propriedade, forma-se um patrimônio de afetação separado dos patrimônios do fiduciante, o qual transferiu o bem, e do fiduciário, o qual não possuía a sua plena disposição³⁰.

Desta feita, embora haja a transferência de propriedade do fiduciante para o fiduciário, ingressando o bem no patrimônio deste último, permanece dele em apartando, vez que sujeito a destinação específica, não tendo o fiduciário a sua plena e ilimitada disponibilidade.

Portanto, derivada da evolução destes institutos, buscando trazer a segurança almejada não mais assegurada pelos direitos reais de garantia, advém a feição moderna da cessão fiduciária de direitos creditórios.

3.2 Conceito de Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios

Uma vez explanada as origens desta modalidade de negócio fiduciário, cabe conceituá-la como o contrato, por meio do qual um devedor fiduciante transfere a propriedade³¹ de direitos creditórios a um credor fiduciário para garantir uma dívida, sob a condição resolutiva de que, havendo o pagamento do débito em questão, no prazo estipulado, os direitos sobre os créditos cedidos retornem automaticamente ao seu patrimônio.

A fim de melhor elucidar o conceito acima, traz-se o entendimento acerca da cessão fiduciária de recebíveis, explanado por Jorge Lobo (TOLEDO; ABRÃO (Coord.), 2012, p.185), a qual contempla a cessão fiduciária tanto de direitos creditórios oriundos de contratos como de títulos de crédito.

[...] é a transferência, limitada e resolúvel, que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva, de direitos creditórios oriundos de títulos de crédito próprio ou impróprios ou de contratos em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor fiduciário com a liquidação da dívida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante uma vez satisfeito o débito.

³⁰ Nesse sentido, confira-se Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.136). Quanto à diferença entre a propriedade dual e o condomínio ou a enfiteuse, Melhim Namem Chalhub (2009, p. 22) explica que, no caso da primeira, surge uma “propriedade destacada, própria e exclusiva de cada qual sobre o mesmo bem, ou seja, uma propriedade formal e uma propriedade de fruição [...]”.

³¹ O termo propriedade resta empregado em sentido amplo, incluindo, portanto, o termo mais técnico para direitos e créditos que é o de titularidade.

Em semelhante viés é o conceito de Hárrisson Fernandes dos Santos (2010, p.3), que explicando o formato dado ao contrato de cessão fiduciária de créditos aduz:

[...] contrato bilateral entre as partes em que a parte cedente fiduciante cede ao cessionário fiduciário crédito para a garantia de dada obrigação. Finda esta, o cessionário realiza a remanipação dos bens anteriormente adquiridos pelo cumprimento das finalidades do negócio.

Assim, a partir de tal transferência passam a existir dois direitos opostos, um de aquisição sob condição suspensiva, detido pelo fiduciante, e outro de propriedade sob condição resolutiva, detido pelo fiduciário (CHALHUB, 2012, p.7) ³².

Ante tais condições, o direito final que se consolidará dependerá da efetivação do pagamento, no prazo estipulado, da dívida em questão, operando, caso haja o adimplemento, *ex tunc*, a reconstituição do direito de propriedade do fiduciante. No entanto, caso haja o inadimplemento, o direito de propriedade será incorporado definitivamente ao patrimônio do credor fiduciário, o qual deverá dele dispor nos termos do contrato, utilizando-se para satisfazer seu crédito (CHALHUB, 2009, p.141-142).

Revela ainda Jorge Lobo (TOLEDO; ABRÃO (Coord.), 2012, p.185) que, no caso de mora ou inadimplemento, independente da anuência do devedor fiduciante, pode o credor fiduciário:

[...] exercer os direitos inerentes e decorrentes dos créditos cedidos, aplicando-se as importâncias recebidas no pagamento do principal da dívida, acrescidos de juros compensatórios e moratórios, pena convencional, honorários do advogado e despesas de cobrança, devendo entregar ao devedor-fiduciante o saldo que houver [...].

Por fim, há uma última consideração a ser feita sobre esse tipo contratual, normalmente utilizado para garantir dívida oriunda de contratos de mútuo bancário, a qual versa que a legitimidade para aquisição, quando a sua feitura for no âmbito do mercado financeiro e de capitais, normalmente pertence às instituições financeiras³³.

3.3 Previsão no ordenamento pátrio da Cessão fiduciária de Direitos Creditórios

³² Tal explanação é dada pelo autor, enquanto versa sobre alienação fiduciária. No entanto, ante a proximidade dos institutos, o raciocínio pode igualmente ser aplicado à cessão.

³³ Em semelhante sentido, leciona Melhim Namem Chalhub (2009, p.138). Quanto à preferência das instituições financeiras por esta modalidade de garantia, confira-se Jean Carlos Fernandes (2008, p.15).

Conceituado o instituto, importante verificar como este encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, tanto na sua forma mais geral, basicamente determinada pelas mudanças trazidas no bojo da Lei n.º. 10.931/04, quanto em sua modalidade específica para os fins de recuperação judicial, conforme a previsão da Lei n.º. 11.101/05.

3.3.1 Disposições gerais do ordenamento pátrio

A cessão fiduciária foi um instituto que evolui de maneira bastante gradativa, encontrando a sua primeira previsão na Lei n.º. 4.864/65, relacionada a créditos a serem concedidos no âmbito do financiamento de unidades habitacionais.

Após ter a sua previsão alargada por alguns diplomas legais, em especial pela Lei n.º. 9.514/97, a qual regulou a cessão fiduciária do crédito imobiliário em geral, tem-se significativa alteração ocorrida em 2004, através da Lei n.º. 10.931, acrescentando o comando legal do art. 66-B na Lei n.º. 4.728/65, instituindo a cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis bem como sobre títulos de crédito³⁴:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. [...] § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Outro dispositivo importante incluído é o §4º do supracitado artigo, o qual evidencia a previsão de aplicação à cessão fiduciária em comento do disposto nos arts. 18 a 20 da Lei n.º. 9.514/97.

³⁴ Frise-se que esta nova lei inclui importante dispositivo no Código Civil, permitindo a existência de garantia fiduciária sobre bens fungíveis. Tais modificações legislativas não passam despercebidas por Jean Carlos Fernandes (2008, p. 176-177), que leciona: “Com a inclusão superveniente do artigo 1368-A no Código Civil, pela Lei n.º. 10.931, de 2004, que também revogou os artigos 66 e 66-A da Lei n.º. 4.728, de 1965, acrescentando-lhe o novo artigo 66-B, a controvérsia ficou sanada, instituindo-se dois sistemas fiduciários paralelos de garantia dominial sobre bens móveis, autônomos e harmônicos: o *mercadológico-financeiro especial* e o *paritário civil* [...] Em resumo, o direito brasileiro contempla a propriedade fiduciária, decorrente de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei n.º. 4.728, de 1965), bem como a garantia dominial sobre bens imóveis (artigos 22 a 33 da Lei n.º. 9.514, de 1997)”. (Grifos do original)

Nessa senda, ressalta-se que nestes últimos são encontrados os comandos legais cujo conteúdo anuncia a possibilidade do pedido de restituição em caso de falência³⁵, a explanação acerca da transferência de propriedade do crédito cedido ao credor fiduciário, bem como a enumeração de elementos de constituição³⁶, que devem ser acrescidos aos previstos no *caput* do art. 66-B acima explicitado³⁷, além dos direitos decorrentes da natureza da operação como a possibilidade do credor utilizar-se de ações, recursos e execução para receber os créditos cedidos³⁸.

Quanto a este último direito, conforme leciona Joel Dias Figueira Júnior (2005, p.33), pode o credor valer-se inclusive da ação de busca e apreensão, caso necessário.

Por oportuno, explana-se ainda que, para ter efeitos perante terceiros, deve o contrato de cessão ser registrado no órgão competente³⁹. Assim, leciona Melhim Namem Chalhub (2009, p.356):

A cessão fiduciária tem caráter de direito real, que tem como objeto direitos creditórios, somente tendo eficácia *erga omnes* depois de averbado o contrato no Registro de Imóveis competente (art. 17, 1), quando se tratar de crédito imobiliário, ou no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, quando se tratar de cessão fiduciária sobre direitos ou títulos de crédito em geral, contratada no âmbito do mercado financeiro e de capitais⁴⁰.

³⁵ Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente. Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

³⁶ Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes: I - o total da dívida ou sua estimativa; II - o local, a data e a forma de pagamento; III - a taxa de juros; IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

³⁷ Quanto aos requisitos, parte da doutrina entende que são igualmente aplicáveis os artigos da cessão de crédito. Nesse sentido, Uinie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho (s.d., s.p.) e Ivo Waisberg e Gilberto Gornati (2012, p.119).

³⁸ Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de: I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente; II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária; III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente. § 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia. § 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

³⁹ Tal requisito advém da interpretação do *caput* do art. 66-B Lei nº. 4.728/65 e dos arts. 1368-A e 1361, do § 1º do Código Civil/02.

⁴⁰ Especificamente em relação à cessão fiduciária de títulos de créditos, explana-se que: “[...] o endosso-fiduciário, núcleo das operações de cessão fiduciárias de títulos de crédito em garantia, passou a integrar indubitavelmente o ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº. 10.931, de 2005 [...] Pelo endosso fiduciário transfere-se a propriedade resolúvel dos títulos de crédito ao credor fiduciário (endossatário fiduciário), até a liquidação da dívida por ele garantida, representada, geralmente, por meio de cédula de crédito

Ademais, interpretando-se as alterações resultantes da Lei n.º. 10.931/04, conclui-se pela permissão ao pacto comissório⁴¹ para o caso da cessão fiduciária de direitos creditórios, em geral. Nesse sentido, Jean Carlos Fernandes (2008, p.179-180):

Entre as alterações introduzidas pela Lei n.º. 10.931, de 2004, destaca-se a supressão do preceito proibitivo de *pacto comissório* previsto no revogado § 6º do artigo 66 da Lei n. 4.728, de 1965. A vedação do *pacto comissório* encontra-se prevista no artigo 1.365 do Código Civil, cuja aplicação ao sistema fiduciário *mercadológico-financeiro especial* não foi determinada pelo novo § 5º do artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, acima mencionado.

Em decorrência da alteração legislativa, portanto, não há mais que se falar em proibição da existência de *cláusula comissória* nos contratos de alienação fiduciária de coisa fungível e cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, regulados pela Lei n.º. 4.728, de 1965, mantendo-se a proibição apenas para a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, regulada pelo Código Civil. (Grifos do original)

Diante do exposto, percebe-se que a cessão fiduciária de direitos creditórios é instituto, cujas características já restam bem delineadas pelo ordenamento pátrio, cabendo analisá-la na Lei n.º. 11.101/05.

3.3.2 *Previsão da Lei n.º. 11.101/05*

A recuperação judicial sujeita os créditos existentes até a data de seu pedido, sendo qualquer crédito posterior excluído por decorrência lógica do comando legal emanado pelo *caput* do art. 49 da Lei n.º. 11.101/05. Nesse sentido, preleciona Fábio Ulhôa Coelho (2011, p. 191): “os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste”.

Assim, a regra geral é de que o crédito constituído anteriormente ao pedido de recuperação sofra seus efeitos. No entanto, a legislação contém algumas exceções, dentre as quais se podem citar as situações do § 3º:

bancário e termo de cessão fiduciária de títulos de crédito, devidamente registrados, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros, em conformidade com o artigo 42 da Lei n.º. 10.931, de 2004, artigo 1.361 do Código Civil e artigo 129, § 5º da Lei n.º. 6.015, de 1973 (FERNANDES, 2008, p. 184-185)”. Ademais, leciona ainda o autor acerca desta transferência: “endosso-fiduciário é modalidade de endosso pleno em que a transmissão da propriedade do título ocorre em fidúcia, nas condições do negócio extracartular subjacente de transferência fiduciária da propriedade entre endossante e endossatário” (FERNANDES, 2008, p. 185). Tem-se, assim, que a fidúcia é feita sobre os direitos creditórios derivados do título.

⁴¹ Conforme o conceito de Marta Borsoi (2013, p. 101), o pacto comissário “pode ser entendido como a convenção firmada entre credor e devedor, em que o primeiro pode fazer seus os bens que lhe tenham sido dados em garantia pelo segundo, quando este não cumprir com as suas obrigações”.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Tais exceções são determinadas, em razão de situações especiais, derivadas de cláusulas, garantias ou contratos, que diferenciam a natureza dos credores em questão.

A fim de enquadrar a cessão fiduciária, verifica-se que de fato a expressão “cessão fiduciária de direitos creditórios” não se encontra expressa nem nessa nem em nenhuma outra parte do artigo. Contudo, ao se analisar os dizeres “credor titular da posição de proprietário fiduciário”, afere-se que a menção da lei abarca todos os credores que detenham propriedade fiduciária sobre um bem.

Sendo a cessão fiduciária de direitos creditórios um tipo de negócio fiduciário de garantia, finda por gerar propriedade fiduciária⁴², tida pelo credor fiduciário sobre o bem transferido de maneira resolúvel pelo devedor fiduciante.

Dessa forma, inegável que o credor de uma cessão fiduciária de direitos creditórios faz parte do gênero credor proprietário fiduciário, ou, nos dizeres da lei, “credor titular da posição de proprietário fiduciário”.

Feito o primeiro encaixe legal, cabe extirpar qualquer dúvida quanto à inclusão ou não dos direitos creditórios no comando legal do parágrafo em questão.

Para tanto, deve-se interpretar a expressão bens móveis. Conforme narra Fábio Ulhôa Coelho (2011, p. 194), foi com base nessa tese, qual seja a de que os direitos creditórios não estivessem inclusos no conceito deste tipo de bens, que muitos advogados tentaram levantar a “trava bancária” do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05.

Ora, para responder ao questionamento, deve-se analisar a natureza jurídica desses direitos, os quais, conforme definição legal, pertencem a categoria de bens móveis, senão,

⁴² Em relação ao termo leciona Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.136): “A propriedade fiduciária pode ter como objeto bens corpóreos (imóveis ou móveis) e incorpóreos, entre eles direitos sobre bens móveis, títulos de crédito, ação de sociedade anônima, etc., e pode ser destinada a garantia, administração ou investimento; e disso são exemplos a propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, a propriedade fiduciária de créditos constituídas para fins de securitização de créditos imobiliários e para constituição de fundos de investimento imobiliário, **a cessão fiduciária de títulos e direitos de créditos**, dentre outros”. (Grifos não constam do original).

veja-se o disposto no art. 83 do Código Civil: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: [...] III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”⁴³.

Sabendo-se que os créditos são bens incorpóreos e que a categoria acima os abrange, não há como negar que os direitos creditórios fazem parte do gênero bens móveis por definição legal. A fim de que não subsistam dúvidas, válido citar os ensinamentos de Orlando Gomes (2010, p.172):

Para os efeitos legais, certos bens incorpóreos consideram-se móveis (**os direitos de crédito**, os direitos reais sobre objetos corpóreos, os direitos intelectuais e as ações correspondentes). **Entre os bens artificialmente móveis incluem-se os títulos de crédito. São valores mobiliários nos quais o direito que representam está incorporado ao documento que o consubstancia (título). Confundem-se a tal ponto que muitos consideram o título em si uma coisa.** (Grifos não constam do original)

Assim, conclui-se que a expressão “cessão fiduciária de direitos creditórios”, resta incluída pela redação do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05. Em viés semelhante, cita-se Fábio Ulhôa Coelho (2011, p. 195):

Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente “coisa”. Enquanto “bens” abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, “coisa” restringe-se aos bens corpóreos.

Ante tal constatação, passa-se a investigar se essa diferenciação evidenciada pela norma provém de um privilégio concedido ou possui uma situação fática apta a embasá-la, tendo, portanto, não apenas fundamento jurídico como lógico.

3.4 Uma diferente classe de credores: os credores proprietários

A diferença que separa os credores fiduciários do §3º, art. 49, da Lei nº. 11.101/05 de outros credores reside no fato de que um dos efeitos do contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios é a transferência da propriedade dos bens móveis para o credor fiduciário. Assim, este não pode ser conceituado como simples credor do devedor, sendo em verdade o legítimo proprietário do bem em questão.

⁴³ Por oportuno, citam-se as lições de Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.137): “Os direitos creditórios, em geral, inclusive os representados por títulos de crédito, são bens móveis para os efeitos legais, nos termos do inciso III do art. 83 do Código Civil (art. 48 do Código Civil de 1916), e, assim sendo, os créditos objeto de cessão fiduciária qualificam-se como bens objeto da propriedade fiduciária a que se refere o §3º do art. 49 e, portanto, estão excluídos do plano de recuperação”. No mesmo sentido, confira-se também Ernesto Antunes de Carvalho (2009, p.56).

Ora sentido não subsiste em submetê-lo aos efeitos da recuperação judicial, já que o bem discutido, o qual garante uma dívida, já é de sua propriedade, podendo aquele inclusive acionar a justiça por meio de ação de busca e apreensão⁴⁴.

Tal diferença resta perceptível nos sujeitos credores previstos nos § 3º do art. 49, da Lei nº. 11.101/05⁴⁵. A situação especial em que estes se encontram é oriunda justamente da natureza e dos efeitos de cláusulas, garantias ou contratos que lhe concedem propriedade sobre determinado bem. Em razão disso, evidencia o artigo em comento que os direitos de propriedade e as condições contratadas serão respeitados.

Fazendo-se uma comparação entre a cessão e alienação fiduciária⁴⁶, na qual igualmente se tem uma transferência de um bem em caráter resolúvel⁴⁷, tem-se que a diferenciação advém do objeto da garantia:

A cessão e a alienação são institutos bastante similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação o objeto do contrato é a transmissão de um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é a transmissão de um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida (CHALHUB, 2009, p.355).

Em relação ao arrendamento mercantil, tem-se que “[...] pelo contrato de *leasing* o arrendatário recebe uma coisa móvel do arrendador, a qual este adquire se já não for seu proprietário, cedendo-lhe o uso e o gozo, como uma locação tradicional” (PEREIRA, 2009, p.201). Logo, percebe-se que o proprietário do bem é o credor arrendador.

Já na venda com reserva de domínio, sabe-se que “[...] o bem adquirido a crédito permanece na propriedade do vendedor, até liquidação final do preço [...]” (PEREIRA, 2010, p.361), sendo, portanto, a propriedade do vendedor.

⁴⁴ Nesse sentido, Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.138-139).

⁴⁵ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretatabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

⁴⁶ Trata-se de modalidades de “propriedade fiduciária” ou “titularidade fiduciária”, segundo Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.135).

⁴⁷ Em todas as modalidades de negócios de natureza fiduciária, pode-se verificar “a transmissão de propriedade de um bem ou direito ao credor, em caráter resolúvel [...]” (ASSUMPCÃO; CHALHUB, 2009, p.135), fato determinante para a conclusão de que pertence ao credor a propriedade do bem.

Quanto ao promitente ou proprietário de imóvel, cujos contratos contêm cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade, afere-se que ainda não houve a transferência da propriedade do bem em questão para o devedor⁴⁸.

Assim, em todos esses contratos, percebe-se que o vínculo de propriedade é estabelecido com o credor⁴⁹.

Além disso, importa frisar que as relações jurídicas expressas nos dispositivos supracitados requerem cuidado, já que são ferramentas muito utilizadas para o fomento da economia. Nessa senda, trazem-se as lições de Marcos Andrey de Sousa (DE LUCCA; SIMÃO FILHO (Coord.), 2005a, p.236):

Em todos os negócios mencionados no artigo 3º, todavia, os respectivos credores são *proprietários* do bem que os garante, razão pela qual a lei optou por excluí-los da sujeição ao plano sob pena de enfraquecimento da garantia e, conseqüentemente, do aumento do risco do negócio com inevitável influência nas taxas de juros (*spreads*).

Em sentido semelhante, leciona Fábio Ulhôa Coelho (2011, p.192):

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, *leasing* etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função do contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício a retomada do desenvolvimento econômico.

Discorda-se, portanto, do argumento de Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p.145), no sentido de que estas exceções fizeram da Lei n.º. 11.101/05 “a lei de recuperação do crédito bancário”, vez que se entender que não só as situações jurídicas são importantes para o fomento e o incentivo da economia como tais comandos normativos encontram embasamento em uma situação fática diferenciada, vez que versam acerca de sujeitos que detêm direito de propriedade sobre determinados bens⁵⁰.

⁴⁸ Neste caso, explana-se que: “Para que ocorra a transferência da propriedade de bem imóvel é necessário escritura pública e registro na matrícula, assim, se existe apenas o contrato particular e a empresa não quitou sua parte, pela lei, esse credor não precisa entregar o imóvel podendo ficar com sua propriedade” (RABELO, 2012, p. 54).

⁴⁹ A importância da proteção à propriedade tem contornos constitucionais, já que tal direito é elencado como fundamental pelo art. 5º, XXII, bem como princípio da ordem econômica, senão, veja-se o art. 170, II, ambos da Constituição Federal (CF). Em sentido similar, Fábio Ulhôa Coelho (2009, p. 63-64) e Amanda Alves Rabelo (2012, p.85). É com base nesse raciocínio que se critica o Projeto de Lei n.º. 4.586/2009, o qual prevê a sujeição dos créditos oriundos de cessão fiduciária de títulos à recuperação, concordando-se com a posição de Fábio Ulhôa Coelho (*On line*, p. 19) de que seria inconstitucional qualquer lei que submetesse os credores fiduciários aos efeitos daquela.

⁵⁰ Nessa senda, cita-se a crítica feita por Arthur Mendes Lobo e Evaristo Aragão dos Santos (*On line*), aos que raciocinam em sentido contrário ao ora defendido para o caso da cessão fiduciária: “A prevalecer esse equivocado entendimento [de que tais valores seriam liberados para utilização do devedor], o empresário em recuperação ou falido que ficou inadimplente perante diversos credores, por motivos que só a ele podem ser

Ademais, conforme a redação do § 1º do art. 39 da Lei nº. 11.101/05⁵¹, tais credores não possuem direito de votar na Assembleia de Credores, disposição lógica, ante o fato destes credores não sofrerem influência dos efeitos da recuperação judicial⁵².

Frise-se que Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p.147) entende ser possível, por deliberação entre as partes, que o bem do credor proprietário passe a constar do plano de recuperação. Tal entendimento deve ser visto com ressalvas, já que há disposições legais que expressamente os excluem bem como que vedam a sua participação em assembleia, não devendo eventual anuência ser presumida.

3.5 Não submissão ao prazo de 180 dias do § 4º, art. 6º, Lei nº. 11.101/05

Em relação à possibilidade de execução da garantia da cessão fiduciária de direitos creditórios durante o prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, dúvida que advém da parte final da redação do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05⁵³, tem-se que é preciso analisar três variáveis: a finalidade do prazo, o conceito de bens de capital e a posse de tais bens.

A razão do prazo do § 4º do art. 6º da Lei nº. 11.101/05⁵⁴, o qual prevê um período improrrogável de suspensão de ações e execuções em face do devedor de 180 dias

imputados, será beneficiado, pois os próprios credores irão se pagar, sem que tenham essa obrigação legal ou contratual, deixando a salvo o real patrimônio do devedor”.

⁵¹ Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei. **§ 1º Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.** (Grifos não constam do original)

⁵² Quanto à cessão e à alienação fiduciária, manifesta-se Ernesto Antunes de Carvalho (2009, p. 58): “Inclusive, o credor que detém tal garantia sequer pode votar, em assembleia, a viabilidade ou não do plano de recuperação que foi apresentado pelo devedor”.

⁵³ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.** (Grifos não constam do original)

⁵⁴ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese

contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, é permitir ao devedor que se organize, estudando as possibilidades de pagamento de suas dívidas, analisando a sua viabilidade econômica, realizando tratativas com credores, a fim de produzir o plano de recuperação, que deve ser apresentado no prazo de 60 dias contados da decisão que deferiu o processamento da recuperação⁵⁵.

Ademais, visa o lapso temporal em comento permitir não apenas a produção do plano como a sua aprovação, modificação ou rejeição. Esta é a razão pela qual é superior ao prazo de 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação concedido para a realização de assembleia, no caso de haver objeção ao plano⁵⁶.

O prazo em questão tem serventia para os créditos que podem sofrer novação em face do plano⁵⁷ e, conseqüentemente, para os credores que podem votar em assembleia, o que não ocorre com o credor fiduciário.

No entanto, conforme se nota pela redação do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05, a lei vedou a retirada de bens de capital essenciais ao funcionamento da empresa. Dessa forma, a lei tenta dar “fôlego” ao devedor em um primeiro momento (COELHO, 2011, p.86), quando este ainda não se organizou, evitando que seja surpreendido com a retirada de bens de capital essenciais ao seu funcionamento⁵⁸.

Desta feita, para responder a questão, deve-se melhor compreender o conceito de bens de capital essenciais, o qual não restou evidenciado pela Lei nº. 11.101/05 nem tampouco foi feita qualquer referência à outra lei.

Assim, para conseguir delinear-lo, utiliza-se o disposto no Decreto nº. 2.179/97, que versa sobre a concessão de incentivos fiscais para o desenvolvimento regional:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: I - "Bens de Capital" (*sic*) : máquinas, equipamentos, inclusive de testes, ferramental, moldes e modelos para

nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. [...]

⁵⁵ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: [...].

⁵⁶ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. [...]

⁵⁷ Nota-se que a novação de tais créditos é uma das razões para a suspensão em comento, já que é contrária a lógica da economia processual o prosseguimento de execução de um crédito que poderá ser modificado no futuro.

⁵⁸ Em relação à ressalva de 180 dias, quanto à possibilidade de retirada de bens de capital, explanam Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p. 139) que serve para permitir a empresa continuar suas atividades, enquanto busca aprovar seu plano.

moldes, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, novos, bem como os respectivos acessórios, sobressalentes e peças de reposição, utilizados no processo produtivo e incorporados ao ativo permanente.

A partir do conceito acima, percebe-se que os direitos creditórios que serão utilizados para a satisfação do débito, enquanto ativos financeiros, não são bens de capital, pois não fazem parte do processo produtivo, sendo em verdade uma maneira de fomentá-lo. Nesse aspecto, trazem-se as lições de Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p. 140):

Os bens de capital compõem o patrimônio da empresa recuperanda e encontram-se no seu ativo imobilizado, enquanto os créditos compõem o seu ativo realizável (e não o imobilizado), de forma que, na medida em que tenham sido cedidos, ainda que fiduciariamente, os títulos e direitos de crédito foram efetivamente realizados pelo devedor fiduciante, que não mais detém a titularidade deles.

Por este viés, não poderia então a execução da garantia da cessão fiduciária de direitos creditórios restar submissa ao prazo de 180 dias previsto no art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05⁵⁹.

Outro raciocínio possível é feito acerca da posse destes bens, vez que o dispositivo da lei falimentar versa sobre “venda ou retirada do estabelecimento do devedor”. Conforme o comando legal do § 3º do art. 66-B, da Lei nº. 4.728/65, há a transferência não apenas da propriedade mas também da posse destes direitos. Nesse sentido, lecionam Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub (2009, p.140):

A lei manda reter os bens de capital e, mesmo assim, aqueles que se encontrem no estabelecimento da empresa recuperanda, e não os direitos creditórios cedidos fiduciariamente; estes, além de não configurarem bens de capital, não se encontram no estabelecimento, pois, por efeito da cessão, sua posse foi transmitida ao credor fiduciário; assim, também por esta razão, os créditos fiduciários não são alcançados pela vedação (por 180 dias) da parte final do § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/2005.

Já Fábio Ulhôa Coelho defende a mesma tese de não incidência do prazo de suspensão sobre tais créditos, entretanto o seu argumento é relacionado ao fato de que não seriam tais bens susceptíveis de posse. Nos dizeres do autor: “convém acentuar que essa restrição ao direito constitucional de propriedade titulada pelo credor fiduciário não se aplica ao caso de cessão fiduciária de direitos creditórios, por não serem os créditos susceptíveis de posse” (2009, p.63).

Diante do exposto, entende-se que o prazo de suspensão de 180 dias não deve ser aplicado para os fins de execução da garantia de cessão fiduciária de direitos creditórios, ora

⁵⁹ Em sentido contrário, considerando ser tal interpretação excessivamente literal e “desvinculada da vontade da lei”, confira-se Eduardo Secchi Munhoz (2009, p.44).

por o plano não poder contemplá-los, ora por não serem bens de capital, ou ainda por não estarem na posse da empresa.

3.6 Tratamento diferenciado na recuperação judicial: o penhor de direitos e títulos de crédito e a cessão fiduciária de direitos creditórios

A lei n.º. 11.101/05 estabelece tratamento diferenciado a depender do tipo de garantia real sobre direitos e títulos de crédito que se estiver analisando. No entanto, tal fato apenas reflete as diferentes características de cada uma dessas modalidades.

As previsões acerca do penhor de direitos e títulos de crédito são contempladas pelo Código Civil pelos arts. 1.451 e seguintes e, enquanto os créditos são transferidos mediante cessão, os títulos de crédito, em regra, transferem-se mediante o endosso, conforme explana Giovana Podcameni (2010, p.17):

Faz-se necessário esclarecer que o objeto do penhor do título de crédito é o documento representativo do crédito (coisa corpórea) e não os respectivos direitos (coisas incorpóreas), caso em que se tem o penhor de direitos. O penhor de créditos e títulos de créditos está previsto nos arts. 1.451 e seguintes do CC. Os créditos são transferidos por simples cessão. Já os títulos de crédito podem ser nominativos ou ao portador: quando nominativos, circulam mediante endosso, e quando ao portador basta a tradição do título.

Contudo, a despeito de se falar em endosso, forma de transmissão na qual usualmente se transfere a propriedade, tem-se, para este caso específico, que isto não ocorre. Por tal fator, essa modalidade de endosso, conhecida como “endosso caução”, é tida como imprópria. Dessa forma, explana Gladston Mamede (2012, p.83): “O endossatário-pignoratício é credor do endossante, não do devedor principal da cártula. A dívida deste não é crédito seu, mas mera garantia de um crédito seu. O credor do título de crédito conserva-se o endossante-pignoratício [...]”.

De mais a mais, sendo o crédito uma prestação pecuniária, conforme o art. 1.455, Código Civil⁶⁰, deve este ser depositado em conta previamente acordada, somente ficando o credor com os valores, no caso de inadimplemento, conforme leciona Giovana Podcameni (2010, p.19):

⁶⁰ Art. 1.455. Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor. Parágrafo único. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a excutir a coisa a ele entregue.

No caso do crédito empenhado consistir em prestação pecuniária, o art. 1.455 do CC estabelece que o credor pignoratício deverá cobrar o crédito empenhado assim que exigível e o depositar em uma conta pré-acordada com o devedor pignoratício ou determinada pelo juiz, conforme o caso. Então, o recebível advindo da garantia empenhada e liquidada não será paga nem ao credor pignoratício nem ao devedor pignoratício; será depositado em uma conta separada. Isto, contudo, não se confunde com o direito do credor cobrar o crédito; ele cobra, mas não fica para si, a priori, com o produto cobrado. Esta hipótese só será concretizada caso, ao vencimento da obrigação principal, o devedor pignoratício não a cumpra, justificando o levantamento dos valores depositados à supramencionada conta pelo credor.

Assim, enquanto o penhor de direitos ou títulos de crédito, tendo como escopo garantir uma dívida, faz o ônus recair sobre um bem, sem transferir sua propriedade, a cessão fiduciária, a qual igualmente garante um débito e recai sobre um bem, transfere propriedade.

É nesta característica, de transmissão ou não de propriedade ao credor, que se justifica a diferença entre o tratamento concedido pela nova lei falimentar aos institutos em questão.

Por tal razão, os créditos advindos de penhor devem submeter-se a recuperação judicial, diversamente daqueles oriundos de cessão fiduciária. Contudo, conforme a regra do §5º, Art. 49, Lei nº. 11.101/05⁶¹, estabelece-se regime diferenciado de submissão à recuperação judicial para o penhor, no qual os valores oriundos de tal garantia devem permanecer em conta vinculada durante o *stay period*, podendo ainda esta ser renovada ou substituída. Quanto ao destino de tais créditos, explana Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 148):

20) No entanto, o benefício à empresa em recuperação é apenas aparente, porque esse tipo de substituição depende de aprovação expressa do credor titular da garantia (§1.º do art. 50), aprovação altamente duvidosa.[...]

22) Portanto, se as garantias forem renovadas ou substituídas, com a anuência do credor, o dinheiro poderá ser liberado em favor da empresa em recuperação. Se não houver essa substituição - é o mais provável, pois a anuência do credor é altamente improvável -, o dinheiro permanecerá depositado em conta vinculada durante 180 dias. Se concedida a recuperação, o credor garantido receberá na forma prevista no plano aprovado e o dinheiro em depósito será liberado em favor da empresa em recuperação; se não concedida a recuperação, o dinheiro será liberado em favor do credor garantido. Anote-se que, embora não haja específica previsão legal neste sentido, dentro do sistema da lei parece ser este o caminho mais razoável a ser trilhado.

Dessa maneira, a previsão de permanecerem em conta vinculada, durante o prazo de 180 dias, é disposição que somente abrange os créditos garantidos por penhor, não se

⁶¹ Ressalte-se que o parágrafo em questão versa também acerca do penhor de aplicações financeiras e valores mobiliários que se submetem a recuperação judicial nos mesmos termos do penhor de direitos e títulos de crédito. No mesmo sentido, lecionam Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 63) e Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 147).

confundindo com aqueles oriundos do contrato de cessão fiduciária, vez que naqueles não se tem um credor proprietário.

Nessa senda, cita-se a lição de Fábio Ulhôa Coelho (2011, p.199), o qual distingue esses dois tipos de direitos reais:

Os direitos reais *de* garantia procuram assegurar o cumprimento de obrigação mediante a instituição de um direito real titulado pelo credor sobre bem de propriedade do devedor. Por vezes, a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia real, como no penhor comum; mas em nenhuma hipótese o devedor deixa de ser o seu proprietário, podendo até mesmo, se achar interessante, alienar o bem gravado. A seu turno, nos direitos reais *em* garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular da *propriedade resolúvel* do bem. [...]

Pois bem, no § 3º do art. 49, a LF disciplina os direitos dos credores titulares de *direito real em garantia*, enquanto no § 5º desse dispositivo são disciplinados os dos titulares de *direito real de garantia*. (Grifos do original)

Logo, o disposto no § 5º, referente ao depósito de valores que devem permanecer em conta vinculada, durante o *stay period*, relaciona-se ao fato de que, no penhor, a propriedade do bem ainda pertence ao devedor, fato diferente do disposto no § 3º, no qual os direitos creditórios cedidos fiduciariamente são de propriedade do credor (COELHO, 2011, p.199) ⁶².

Portanto, as previsões legais para o penhor de direitos creditórios e de títulos de crédito e para a cessão fiduciária são distintas, em razão dos seus diferentes contornos jurídicos, não sendo correta a interpretação de que a cessão fiduciária deve permanecer em conta vinculada durante o prazo de 180 dias.

⁶² Em sentido similar, versando especificamente sobre a cessão fiduciária de títulos de créditos, confira-se Jean Carlos Fernandes (2008, p. 210-211). Tal diferenciação entre os efeitos do penhor e da propriedade fiduciária é igualmente feita por Melhim Namem Chalhub (2012, p.4).

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O advento de uma lei voltada para objetivos como recuperar empresas economicamente viáveis, minorar o risco de crédito no Brasil e realizar rapidamente o ativo, entre outros, não pode ser desacompanhada de outros fatores como o “treinamento dos juízes, a implantação de mecanismos de governança corporativa depois da escolha do regime do falido e o fortalecimento dos direitos de propriedade ao longo do processo [...]” (SADDI; CASTELAR, 2005, p.208).

Assim, em atenção ao primeiro e ao terceiro requisitos supracitados, fez-se pesquisa com o escopo de aferir como o TJCE vem aplicando o instituto objeto do presente estudo além do posicionamento do STJ frente ao caso.

A despeito de não se ter propriamente uma jurisprudência consolidada, enquanto conjunto de decisões reiteradas acerca de uma matéria, pode-se perceber a formação de uma tendência dentro destas cortes.

Ademais, para que se pudesse constatar jurisprudência a nível nacional, foram utilizadas as pesquisas da Fundação Getúlio Vargas (2010, p.29-42), Aneíza Vanessa Costa do Nascimento (2010, p.15-21) bem como a de Uinie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho (s.d., s.p.).

Logo, as constatações deste tópico relacionam-se à maneira como se está protegendo o mercado de crédito, já que não adianta existirem garantias contratadas, caso o Judiciário não as reconheça⁶³.

4.1 Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará⁶⁴ vem entendendo que, uma vez tendo o credor da cessão fiduciária participado da Assembleia Geral, torna-se o seu crédito subordinado àquela. Nesse sentido, o acórdão abaixo:

Além disso, examinando, apenas por talante científico, o teor do pleito recursal de obtenção da retirada de crédito, garantido por cessão fiduciária, do procedimento recuperatório, ainda assim é evidente a improcedência da súplica sub oculi. Eis que conforme as informações prestadas pelo eminente Magistrado Singular, tem-se que a

⁶³ Em relação à importância de um bom sistema de garantias para o mercado de crédito, confira-se Jairo Saddi e Armando Pinheiro Castelar (2005, p. 205).

⁶⁴ Somente foram encontrados dois acórdãos no TJCE até 10 de outubro de 2013.

instituição financeira agravante teve participação ativa na Assembléia de Credores que aprovou, por maioria quase absoluta (98,15%), o Plano de Recuperação Judicial da agravada, que dispunha, à fl. 3484, como condição para o pagamento do Banco BMC S.A. "A QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS DA L.M. COM O BANCO, GERANDO A EXTINÇÃO DA DÍVIDA, SEJA ELA QUAL FOR, FACE A NOVAÇÃO OPERADA COM A APROVAÇÃO DESTE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL" [...] Desta feita, ao resolver participar da Assembléia de Credores assinando, inclusive, a ata de deliberação na qual restou aprovado o Plano de Recuperação Judicial, a agravante abriu mão, de forma expressa, de qualquer garantia que pudesse ter de não se sujeitar ao referido plano. A recorrente sujeitou-se por decisão própria, livre e eficaz à decisão da Assembléia, afastando qualquer direito patrimonial disponível, como é o caso da garantia fiduciária, para dar quitação plena à dívida contraída, nos termos das disposições de fl. 31 do plano de recuperação, das quais destaco o subitem 01 do item 7.2.: [...]. (Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 29276-93.2007.806.0000/0, Relator Desembargador Ernani Barreira Porto, Primeira Câmara Cível, Data da Publicação: 05/07/2007)

O tribunal em questão não teceu considerações acerca do fato de que tal tipo de credor sequer tem a faculdade de votar em assembleia, conforme preconiza o § 1º do art. 39 da Lei nº. 11.101/05, apenas versando que, ao participar desta, teria este automaticamente abdicado de sua garantia.

Ademais, o acórdão em tablado evidencia a dificuldade em enquadrar a garantia da cessão fiduciária em comento nos comandos legais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, considerando polêmica a questão:

[...] Não há, portanto, qualquer necessidade de se adentrar em tormentosa questão doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à real natureza jurídica da garantia contratada, se de alienação fiduciária ou de penhor, pois independentemente das propriedades jurídicas da garantia, está foi transposta pela livre vontade da parte agravante que, além de não operar o devido incidente de objeção, aprovou o Plano de Recuperação Judicial em Assembléia Geral de Credores.

Quanto à aplicação do princípio da preservação da empresa, frente à garantia em comento, explana ainda a decisão que:

Mais que isso, a validação da garantia fiduciária compromete seriamente o sucesso da Recuperação Judicial, malferindo o princípio da preservação da empresa. A conservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico da insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada na extinta LFC, pretende-se, com a LRE, na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a liquidação. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate² (sic).

Já em diferente *decisium*, vê-se similar raciocínio acerca da submissão ao plano, em decorrência de ter o crédito deste constado. Neste, versa-se acerca de contrato de mútuo, o qual não estaria abrangido pela redação do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05.

1. Os créditos decorrentes de contrato de empréstimo, na modalidade de mútuo bancário, não se enquadram nas exceções do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/2005,

razão pela qual seguem a regra do art. 59 da Lei nº 11.101/2005, devendo submeter-se ao plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia de Credores. 2. Homologado o plano de recuperação judicial, inclusive com a certidão de trânsito em julgado, com a participação da instituição financeira apelante e com a inclusão dos créditos a esta devidos, não há porque se prosseguir com a cobrança da dívida ali relacionada, por meio desta ação de consignação em pagamento. 3. Desse modo, havendo a novação das obrigações anteriormente acordadas, a apelada torna-se legítima credora das parcelas consignadas em juízo pela autora. (Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Apelação 61700-25.2006.8.06.0001/1, Relator Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, Primeira Câmara Cível, Data da Publicação: 23/04/2013)

Entretanto, pela análise integral da decisão, sobretudo a parte em que o tribunal cita o juízo de piso, afere-se que o contrato de mútuo em questão estava garantido por cessão fiduciária:

Examinando os presentes autos, o direito discutido e a prova documental produzida nos autos, observa-se que a LM Desenvolvimento Imobiliário LTDA está acobertada pelo manto da Lei nº. 11.101/2005, em face da homologação do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores que implicou a novação dos créditos anteriores ao pedido e obrigando o devedor e todos os credores ao plano homologado judicialmente, **abrangendo inclusive a cessão fiduciária**. O dispositivo do art. 59 da Lei nº. 11.101/2005 é cristalino, quando versa que "o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no §1º do art. 50 desta Lei". (Grifos não constam do original)

Observa-se, portanto, que não houve qualquer consideração do Tribunal acerca da “renúncia” à garantia em questão, até porque restou consignado no acórdão que o credor em comento sequer havia concordado com o plano aprovado⁶⁵. Logo, considerou a corte cearense que, uma vez constando do plano, sofreria novação, afrontando os dizeres do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05⁶⁶.

4.2 Superior Tribunal de Justiça

⁶⁵ A despeito de ser impróprio versar acerca da alienação de tais créditos, entende-se que decisão vai de encontro à redação do § 1º do art. 50 da Lei nº. 11.101/05, a qual versa sobre a supressão de garantia real: “[...] Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”. Tal raciocínio resta em consonância com o disposto no art. 59 da mesma lei curiosamente mencionado pelo juízo *a quo*: “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”.

⁶⁶ No sentido da impossibilidade de credor não sujeito aos efeitos da recuperação judicial vir a ser por esta alcançado, em decorrência de ter seus bens constando do plano, confira-se Fábio Ulhôa Coelho (2011, p.197), posição com a qual se concorda, ante as expressas vedações legais, salvo se o credor houver renunciado a sua garantia.

Em relação ao posicionamento da corte máxima infraconstitucional, tem-se poucos acórdãos referentes ao tema da submissão da cessão fiduciária de direitos creditórios aos efeitos da recuperação judicial.

A decisão que será analisada a seguir interessa, embora não seja relacionada ao mérito da submissão ou não ao plano, já que permite uma aferição acerca da tendência que viria a esposar a corte em tablado.

Isto ocorre, porque entendeu o STJ não ser o caso de concessão do efeito suspensivo ao recurso especial.

1. A competência deste Tribunal Superior para a apreciação de ação cautelar proposta com vistas à concessão de efeito suspensivo a recurso especial instaura-se, via de regra, após o proferimento do juízo de admissibilidade pelo Tribunal a quo, em consonância com o art. 800, parágrafo único, do CPC, conjugado com os enunciados sumulares 634 e 635 do STF, aplicados analogicamente. 2. É possível ao STJ exercer o controle da decisão concessiva, na origem, de efeito suspensivo a recurso especial, por meio de agravo de instrumento ou medida cautelar ajuizada diretamente nesta Corte Superior. Precedentes. **3. O efeito suspensivo concedido na origem, em geral, deve ser revogado, a não ser que o fumus boni iuris e o periculum in mora estejam presentes a favor da pretensão recursal da parte contrária.** 4. Embora a tese sustentada no recurso especial - na vertente de que os créditos fiduciários (ou trava bancária) devam ser incluídos na recuperação judicial - seja ainda inédita neste Sodalício, possuindo substanciosos posicionamentos favoráveis e contrários tanto na doutrina quanto nos tribunais de segunda instância, não se constata, in casu, o periculum in mora. 5. Com efeito, a par de o plano de recuperação judicial estar sendo cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirografários e parcelamentos para pagamento dos demais credores, de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifos não constam do original) (Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Medida Cautelar 17.722 – MT (2011/0025428-7), Relator Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, Data da Publicação: 10/03/2011)

Versa a corte que o plano concedeu moratória para o pagamento dos quirografários bem como houve parcelamento no que tangencia aos demais credores, momento no qual não cita o credor proprietário da cessão fiduciária, possibilitando a inferência de que este se distancia dos demais.

Além disso, enfatizou que o cumprimento do plano pelas maneiras acordadas faz com que a não inserção dos valores cedidos fiduciariamente não gerasse dano irreversível, devendo a empresa seguir no cumprimento do acordado, sem contar com estes.

Embora sutil, o tribunal superior esboça o entendimento de possibilidade de cumprimento do plano sem os valores cedidos fiduciariamente, os quais, de fato, não devem

constar para aferição de viabilidade ou não do plano⁶⁷. No entanto, conforme se ressaltou, este não versa acerca do mérito recursal.

Foi em 05 de fevereiro de 2013, que a corte decidiu meritoriamente, por unanimidade⁶⁸, que os créditos oriundos do contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios não deveriam sofrer os efeitos da recuperação judicial.

Nesta decisão, inicialmente, explanou-se que “a hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B, § 3º, da Lei nº. 4.728/65, com a redação dada pela Lei nº. 10.931/2004” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.263.500 - ES (2011/0151185-8), Relatora Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, Data da Publicação: 12/04/2013).

Argumentou-se então que a garantia em questão estaria contida na expressão bens móveis:

Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem "direitos pessoais de caráter patrimonial", bens móveis, portanto. Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis - não haveria, data venia, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de "bens imóveis" CC, arts 79 a 81).

A corte versou ainda sobre a desnecessidade da ressalva final do § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05 acerca do respeito ao direito de propriedade, vez que isto já estaria previsto no ordenamento pátrio que regula a matéria, explanando ainda que não se pode inferir da alusão legal a “propriedade sobre a coisa” a não inclusão da cessão fiduciária no disposto em comento.

A circunstância de o § 3º do art. 49 da LFR, em seguida à regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial", estabelecer que "prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial", não permite inferir que, não sendo o título de crédito "coisa corpórea", à respectiva cessão

⁶⁷ Tal concepção foi aplicada em decisões posteriores do STJ que tangenciavam o mérito, como no AgRg na MC 19514/PA (2012/0119844-6), Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Data de Publicação: 21/08/2012.

⁶⁸ Houve ressalva por parte de Luís Felipe Salomão, quanto à interpretação do disposto, entendendo ser necessária uma análise por parte do Judiciário acerca da importância dos valores da garantia para a recuperação judicial. Em não sendo estes essenciais, é que poderia ocorrer seu levantamento imediato por parte da instituição financeira. Ademais, a interpretação do referido autor é construída a partir do raciocínio de que a parte final do disposto contido no § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05, a qual versa sobre a vedação, no prazo de 180 dias, de retirada dos bens de capital essenciais, também deve ser aplicável à garantia em questão.

fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação.

Com efeito, a explicitação contida na oração "prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa" tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor.

Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que "o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)", seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada "inclusive contra o próprio cedente" (inciso I), bem como o direito de "receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente" (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III). Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos.

Afastou ainda a interpretação que entende conexas as redações dos §§ 3º e 5º, acerca da necessidade dos valores restarem em conta vinculada, durante o *stay period*:

Anoto, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acórdãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito.

Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se compreende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, data máxima vênia, com o texto legal, não seria proveitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destituído do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada.

Por fim, o comando judicial frisa a importância da garantia em questão para a economia, versando sobre o conhecimento das partes, no momento de feitura do contrato:

Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Tal concepção veio a ser confirmada por novo julgamento acerca do tema⁶⁹. Neste, enfatizou Ricardo Villas Bôas que o ordenamento pátrio contempla a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito:

Desse modo, o credor fiduciário passa a ser titular da propriedade resolúvel do bem ou crédito até que ocorra evento futuro e incerto, qual seja o adimplemento integral das prestações avençadas no empréstimo. [...] Desse modo, é inarredável a conclusão de que nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei nº. 4.728, de 1965) e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.202.918-SP (2010/0125088-1), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data da Publicação: 10/04/2013).

De mais a mais, explanou que a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de crédito constitui modalidade de propriedade fiduciária.

Conclui-se, assim, que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, afiguram-se como (ou possuem a natureza jurídica de) propriedade fiduciária, não se sujeitando, portanto, aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/2005. Como consequência, na hipótese de recuperação judicial, os direitos do proprietário fiduciário não podem ser suspensos, já que a posse direta e indireta do bem e a conservação da garantia são direitos assegurados ao credor fiduciário pela lei e pelo contrato.

Além disso, ao comentar a obra de Manoel Justino Bezerra Filho, versa ainda o tribunal acerca do princípio da preservação da empresa, concluindo não haver qualquer ofensa, devendo, portanto, tal princípio se compatibilizar com as exceções trazidas no bojo da Lei nº. 11.101/05.

Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa.

Desta feita, entendeu a turma por negar provimento ao recurso especial que requeria a reforma da decisão, pugnando pela submissão do crédito em questão aos efeitos da recuperação judicial.

⁶⁹ Ratificando o posicionamento, citem-se o acórdão EDcl no RMS 41646 – PA (2013/0085189-5), Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Data de Publicação: 11/10/2013 e as decisões monocráticas no EDcl no Resp. 1369958 - MG (2013/0053959-4), Relator Ministro Sidnei Beneti, Data de Publicação: 08/10/2013 e Resp. 1260138 - ES (2011/0143634-0), Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Publicação: 17/10/2013, todos do STJ.

Ressalte-se, por oportuno, que o julgamento em questão não foi unânime, havendo voto-vista de Nancy Andrighi⁷⁰, no sentido de que a melhor exegese do dispositivo seria a de submissão dos créditos em comento à recuperação.

Aliás, uma análise detida do conteúdo do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 permite inferir que o próprio legislador não pretendeu excluir a cessão fiduciária de direitos creditórios da recuperação judicial. [...] Nesse contexto, nota-se que o § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05 se limita a mencionar o “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, ou seja, o dispositivo legal contempla apenas a alienação fiduciária. Quanto muito, poder-se-ia admitir que o dispositivo legal compreende também a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, mas jamais a cessão fiduciária de títulos de crédito.

Tanto é assim que o mencionado artigo de lei afirma que “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa”. Ao utilizar a expressão “coisa”, o legislador deixa claro que a exceção ao regime da recuperação judicial alcança apenas a propriedade fiduciária sobre bens (móveis ou imóveis), nunca sobre direitos, ainda mais sobre direitos de crédito.

Dessa forma, não há como incluir a cessão fiduciária de direitos de crédito no bojo do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05. Por se tratar de uma regra de exceção, limitadora de direitos, a boa hermenêutica exige que a referida norma seja interpretada restritivamente, sendo incabível qualquer forma de presunção, analogia ou ampliação.

Acrescente-se, por oportuno, que a nova Lei de Falências é posterior à Lei nº 10.931/04, de modo que, fosse essa de fato a sua intenção, teria o legislador excluído da recuperação judicial, de forma expressa, também as cessões fiduciárias de crédito. (Grifos do original)

Assim, entende a autora que tal interpretação viria em detrimento da busca à preservação da empresa, objetivo norteador da Lei nº. 11.101/05, razão pela qual não merecia prosperar.

Evidente, pois, não ter sido essa a vontade do legislador. Até porque o ideal de superação da crise econômico-financeira das empresas que norteia a Lei nº. 11.101/05 depende da existência de instrumentos para tanto, entre eles a liberação das chamadas travas bancárias, sujeitando os créditos garantidos por cessão fiduciária ao regime de recuperação judicial. Afinal, o que se busca é a recuperação da empresa – em prol da fonte produtora, do emprego e dos credores – e não apenas a recuperação do crédito bancário, que viria em benefício exclusivo das instituições financeiras. [...] Em síntese, conclui-se que a melhor exegese do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05 aponta para a sujeição das cessões fiduciárias de direitos de crédito ao regime da recuperação judicial.

Entretanto, o raciocínio da autora, o qual contrapõe o ideal da recuperação judicial frente a uma exclusão prevista no mesmo diploma normativo, já foi combatido por outro posicionamento do STJ, com o qual se concorda, no qual Ricardo Villas Bôas Cueva, no voto vencedor, explana:

⁷⁰ Também houve voto-vista de Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhando o relator, entendendo que, a cessão e a alienação fiduciária “representam o mesmo negócio jurídico”, razão pela qual, a despeito de considerar que o comando do § 3º do art. 49 da Lei nº. 11.101/05 somente contemplaria expressamente a alienação fiduciária, preconiza que deve ser este interpretado extensivamente, abarcando também a cessão.

No acórdão recorrido, entretanto, procedeu-se a juízo de ponderação, como se houvesse havido, conflito normativo em que concorreriam um princípio e uma regra, estipulados em ordenamento distintos. De um lado, estaria o art. 47, que estatui o princípio da preservação da empresa; de outro, a regra do § 4º do art. 49, que estabelece critério acerca de como os titulares de ACCs são considerados quando a empresa em crise está sob tutela judicial.

Ora a ponderação e recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de normas da mesma natureza, o que não se verifica no caso. Não bastasse, percebendo as disposições do art. 47 como realmente principiológicas e as do art. 49, § 4º, como de cogência absoluta, não haveria razão para afastar essas últimas, em prevalência das primeiras. Afinal, estamos diante de dois dispositivos trazidos pelo mesmo veículo normativo, portanto do mesmo nível hierárquico.

Nesses casos, quando a estipulação do princípio não advém da legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio, salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.279.525-PA (2011/0153398-5), Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data da Publicação: 13/03.2013)

Assim, a conclusão ora exposta é perfeitamente aplicável ao caso da garantia da cessão fiduciária, já que, de um lado, em vez do § 4º do art. 49, da Lei nº. 11.101/05, o qual exclui da submissão a recuperação judicial os valores decorrentes de ACCs, tem-se o § 3º, também regra de exclusão que deve se sobrepor ao princípio da preservação da empresa, contido do art. 47, vez que se trata de um juízo de valor já feito pelo legislador que, para o caso específico, entendeu pelo estabelecimento de uma regra⁷¹.

4.3 Tendência jurisprudencial e consequências

As recentes decisões do STJ, no sentido de que os créditos derivados de cessão fiduciária não devem sofrer os efeitos da recuperação judicial, vêm fortalecer o entendimento majoritário dos tribunais pátrios⁷² de que a cessão fiduciária de direitos creditórios está

⁷¹ O tribunal superior utilizou-se, para a feitura de seu embasamento, das lições de Humberto Ávila (2013, p.111) que, explanando o conflito de princípio e regra, preleciona: “[...] se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão preliminar parlamentar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios”.

⁷² A sobredita tendência foi concluída tanto pela pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (2010, p. 29-42) bem como pela de Aneíza Vanessa Costa Nascimento (2010, p. 22) e de Unie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho (s.d., s.p.). Ressalte-se que o Tribunal de São Paulo possui jurisprudência no sentido de ser requisito essencial para o reconhecimento da garantia o seu registro anterior ao pedido de recuperação judicial (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 37). Em relação ao imbróglio eficácia perante terceiros ou a concepção do tribunal paulista, enquanto requisito de constituição, cabe citar Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 368) que, tecendo comentário acerca da propriedade fiduciária do Código Civil, perfaz raciocínio plenamente aplicável à discussão em questão: “O requisito formal é, e sempre foi, da *essência* do ato, pois que sem o instrumento escrito não haverá arquivamento no Registro de Títulos e Documentos para “valer contra terceiros” e é óbvio que se a alienação não for oponível a terceiros não transmite a propriedade, uma vez que é da essência desta a oponibilidade *erga omnes*”. (Grifos do original)

abrangida pelo comando legal do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05. Dessa forma, a despeito de não haver uma jurisprudência unânime, verifica-se a tendência de manutenção ou imposição das travas bancárias, o que impossibilita a utilização das somas referentes a tais garantias pelas empresas que almejam a recuperação judicial.

Tal fato é salutar para a economia, na qual se constatou uma melhora “ao nível de 5%, o que indica que a nova lei proporcionou um aumento na razão crédito a pessoas jurídicas/PIB em termos absolutos para todos os setores (comercial, serviços e rural), exceto o industrial” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010, p. 28).

Assim, a jurisprudência vem no sentido de respeitar o comando legal disposto no § 3º, do art. 49 da Lei nº. 11.101/05, o que estaria contribuindo para resultados positivos no setor econômico.

Ademais, o desrespeito a este dispositivo cumulada a outras medidas que vem ganhando respaldo doutrinário, como a prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial⁷³, a despeito de a lei ser expressa quanto à impossibilidade de sua prorrogação, bem como com a irrazoabilidade na confecção do plano, permitida em razão da elevação do princípio da preservação da empresa a principal norte interpretativo da legislação falimentar, possibilita a existência de planos de recuperação judicial que durem muitos anos e que alcancem garantias vedadas pela lei, afastando tal diploma de seus objetivos iniciais e levando-o ao descrédito.

Logo, não adianta uma lei moderna, caso doutrina e jurisprudência venham a retirar-lhe a eficácia, razão pela qual, a manutenção ou imposição da exclusão da cessão fiduciária de direitos creditórios dos efeitos da recuperação judicial é medida necessária para a proteção tanto da boa fé dos contratos⁷⁴ como do direito de propriedade, o qual possui previsão constitucional.

Tal medida deve ser reflexo do respeito às prescrições legais do novo diploma, tendo-se em vista que a recuperação judicial é medida apenas para os devedores que demonstrarem viabilidade econômica, a qual é conceituada por Rachel Sztajn (SOUZA JÚNIOR; PITOMBO (Coord.), 2005, p.227-228):

⁷³ Conforme o enunciado de número 42 da Primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013, p. 55): “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”. Tal entendimento vem sendo aceito pelo STJ.

⁷⁴ Ratificando o exposto, tem-se art. 1º, IV, da Constituição Federal, que preleciona como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a valorização social da livre iniciativa.

Viabilidade significa exequibilidade, possibilidade de êxito, de pagamento das obrigações, de um lado, e de manutenção das operações por longo prazo, de outro. Se ao credor interessa ter seu crédito satisfeito, interessa-lhe igualmente, a constituição daquela atividade, porque a base de clientes estará preservada. A opção por desistir de garantias ou alterar condições iniciais do crédito espelhará, com vistas ao futuro, o melhor interesse do credor.

A concessão de planos que durem muitos anos somado ao esfacelamento das garantias contratadas gerará insegurança, motivo pelo qual se concorda com a autora de que eventual modificação destas deve ser uma opção e não uma obrigação do credor.

O entendimento em sentido contrário provocará um desequilíbrio na relação credor/devedor, ficando aquele vulnerável à vontade de seus devedores e desprotegido pelo ordenamento pátrio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que:

1. O advento de um novo diploma falimentar era necessário, já que o Decreto-lei nº. 7.661/45 encontrava-se defasado, ante o crescimento econômico do país, bem como havia sido comprovado como ineficiente tanto para proteger credores e devedores, sendo ainda tido como instrumento de burla para malfeitores.
2. A nova lei advém visando alguns objetivos, dentre os quais a preservação da empresa economicamente viável, já que esta é vista como fonte produtora de riquezas e empregos, a falência para os devedores empresários que não possuem viabilidade econômica, orientando-se para esta a realização do ativo tão logo sejam os bens arrecadados, e a redução do custo do crédito no Brasil.
3. Um dispositivo que tem como escopo reduzir as taxas de crédito é o do art. 49, § 3º, Lei nº. 11.101/05, no qual está contida a exclusão dos efeitos da recuperação do credor de cessão fiduciária de direitos creditórios oriundo de contratos ou títulos de crédito, já que esta é comumente utilizada como garantia em contratos de mútuo.
4. A exclusão legal decorre da própria lógica da cessão fiduciária, a qual faz com que se opere a transferência da propriedade do devedor fiduciante para o credor fiduciário, estando, portanto, também em harmonia com o direito de propriedade protegido constitucionalmente.
5. O entendimento em sentido contrário, ou seja, de que esta deveria se sujeitar à recuperação, seria permitir que um credor viesse a pagar outros credores, orientação que não resta em consonância com o novo diploma falimentar. Assim, se para a sua recuperação, um devedor necessita de valores que não são de sua propriedade, não deve ser este tido como viável.
6. A vedação do final do art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/05, relativa à retirada de bens de capital essenciais ao funcionamento da empresa, durante o *stay period*, não atinge a garantia em questão, vez que se, por um lado, este não possui sentido para tais credores, vez que estes não são atingidos pelo plano, não podendo o seu bem dele constar, sequer podendo votar em assembleia, por outro, não há que se

falar em posse por parte da empresa devedora de tais créditos bem como também não estão estes inclusos no conceito de bens de capital.

7. A nova lei estabelece contornos diversos, no caso de recuperação judicial, para as garantias reais da cessão fiduciária e do penhor de direitos e títulos de crédito, não podendo o intérprete da lei igualar ou equiparar aquilo que a lei expressamente diferenciou. Logo, a permanência em conta vinculada durante o prazo de 180 dias, previsto no art. 49, § 5º, da Lei nº. 11.101/05, não se aplica a cessão fiduciária.

8. As decisões do TJCE, acerca da garantia real da cessão, são no sentido de submeter o crédito à recuperação, caso aquele tenha constado do plano, enquanto o STJ preconiza pela sua não inclusão, seja por se tratar de modalidade de propriedade fiduciária, seja por seu objeto restar contido na expressão bem móvel do art. 49 § 3º, da Lei nº. 11.101/05, bem como pelo respeito à boa-fé dos contratantes, pela sua relevância econômica e ainda por se tratar de regra específica da nova lei.

9. Os entendimentos da corte máxima infraconstitucional devem fortalecer a tendência, já constatada por algumas pesquisas, de manutenção ou imposição das travas bancárias, oriundas das operações garantidas fiduciariamente, o que vem gerando resultados econômicos positivos.

10. O raciocínio em sentido contrário aliado a outros fatores como a prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial e a aplicação irrestrita do princípio da preservação da empresa retirarão a eficiência da nova lei, afastando-a de seus objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Confrontada e Breves anotações**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falência: comentários artigo por artigo da Lei n. 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005a, p. 211-237.

_____. O novo Direito de Recuperação de empresas e falência: uma visão panorâmica. **Revista da Esmec**, v. 12, n. 18, p. 195-216, 2005b. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246968714.PDF>>. Acesso em: 04 setembro 2013.

ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. A nova lei de falências brasileira: primeiros impactos. **Brazilian Journal of political Economy**, v. 29, n. 3, p. 191-212, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n3/a11v29n3.pdf>>. Acesso em: 04 setembro 2013.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução: Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 34, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil; CHALHUB, Melhim Namem. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 105, p. 135-141. set. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

BANCO MUNDIAL. **Doing Business 2005**. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB05-FullReport.pdf>>. Acesso em: 06 setembro 2013.

_____. **Doing Business 2013**. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB13-full-report.pdf>>. Acesso em: 06 setembro 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

BORSOI, Marta. Da influência do direito romano e do germânico na concepção do negócio fiduciário moderno. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, p. 87-105, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/591>>. Acesso em: 16 setembro 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20>

%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em: 20 outubro 2013.

_____. **Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º. 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet.** 2004. Disponível em:

<<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 27 setembro 2013.

_____. SENADO FEDERAL. **Convoca a realização de Audiência Pública no âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos, para debater o tema Análise dos cinco primeiros anos de vigência da Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Principais dificuldades, perspectivas e propostas de alteração. Requerimento n.º. 81 de oito de novembro de 2011.** 2011. Disponível em

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99117&tp=1>>. Acesso em: 8 setembro 2013.

CAMINHA, Unie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. **A cessão fiduciária de títulos de crédito e direitos creditórios: a “trava bancária” na recuperação judicial de empresas.** Fortaleza, 21p. Artigo não publicado.

CARVALHO, Ernesto Antunes. Cessão fiduciária de Direitos e Títulos de Crédito. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 105, p. 54-60, set.2009.

CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, 131, p. 153-184, jan. 2003. Disponível em

<<http://works.bepress.com/cassiocavalli/6>>. Acesso em: 07 setembro 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais. Estudos e Pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Negócio Fiduciário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. **A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente.** Disponível em:

<http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426120718.pdf>. Acesso em: 25 outubro 2013.

_____. **A Trava Bancária.** **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 105, p. 61-65. set. 2009.

_____. **Comentários a lei de falências e de recuperação de empresas.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Falências: principais alterações. **Revista do Advogado**, n. 83, set. 2005. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/50-falencias-principais-alteracoes.html>>. Acesso em: 7 setembro 2013.

FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão Fiduciária de títulos de crédito em garantia: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial.** 2008. 241 f. Tese (Doutor em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FernandesJC_1.pdf>. Acesso em: 11 setembro 2013.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Análise da Nova Lei de Falências**. Série Pensando Direito. v. 22. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>>. Acesso em: 01 setembro 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atualização: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhas de Brito. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: RT, 1962.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69 da Lei n. 11.101, de 2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique; (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141-251.

LOBO, Arthur Mendes; SANTOS, Evaristo Aragão. **A cessão fiduciária de direitos creditórios sofre os efeitos da falência ou da recuperação judicial**. Disponível em: <<http://www.abde.org.br/uploads/0106201214078786A%20Cess%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20de%20Direitos%20Credit%C3%B3rios%20Sofre%20os%20Efeitos%20da%20Fal%C3%Aancia%20ou%20da%20Recupera%C3%A7%C3%A3o%20Judicial.pdf>>. Acesso em: 17 setembro 2013.

MAIRTON, Mairton. **O procedimento pré-falencial na nova lei de falências: quadro comparativo entre a Lei 11.101/2005 e o Decreto-lei 7661/45**. 2013. Disponível em <http://www.cursojorgehelio.com.br/artigos/artigo_marcosmairton2.asp>. Acesso em: 6 setembro 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. v. 3.7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhaes. **O provável confronto entre Alberto Aquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>>. Acesso em: 25 setembro 2013.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e Recuperação Judicial de Empresas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 105, p. 33-47, set. 2009.

NASCIMENTO, Aneíza Costa do. **Os efeitos da Recuperação Judicial sobre os Contratos de Mútuo Bancário garantidos por Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios**. Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/an_eizanascimento.pdf>. Acesso em: 25 setembro 2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. Recuperação de Empresas e Falência. v. 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Contratos**. Atualização: Regis Fichtner. v.6. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Instituições do Direito Civil. Direitos Reais**. Atualização: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. v.4. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de Empresas: Avanços e Limites. **Revista Direito GV**. v. 2 n. 1. p. 151–166. jan/jun. 2006. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p151_166.pdf>. Acesso em: 05 setembro 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PODCAMENI, Giovanna Luz. **A trava bancária na recuperação judicial**. 2010. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10326/Giovanna%20Luz%20Podcameni.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 setembro 2013.

RABELO, Amanda Alves. **Recuperação Judicial: créditos não incluídos no procedimento**. 2012. 96 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas: Antônio Eufrásio de Toledo, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/3041>>. Acesso em: 25 setembro 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. v.1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. v.2. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMITI, Angela Patricio Muller de. Propriedade Fiduciária no Novo Código Civil. **Revista Direito em (Dis)Curso**, v. 4, n. 1, p. 74-83, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rdd/article/viewFile/10625/12440>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

SANTOS, Hárrisson Fernandes de. A cessão fiduciária de créditos sob o prima do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. **Idea Revista**, v. 1, n. 2, p. 1-7, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/view/5>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Alteri de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. Lei 11.101/05**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Alteri de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação**

de empresas e falências. Lei 11.101/05. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 217-246.

TOLEDO, Paulo F.C. Salles de. Comentários aos arts. 1 à 34 da Lei n. 11.101, de 2005. *In*: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique; (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51-139.

ZANETTI, Robson. **A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: aspectos gerais.** Disponível em: <<http://www.robsonzanetti.com.br/v3/artigo.php?id=73&idCat=6>>. Acesso em: 20 setembro 2013.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário, contratos e operações bancárias.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.