

O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE FIDUCIARY TRANSACTION REGARDING THE JUDICIAL REORGANIZATION

Letícia Menegassi Borges¹

Nelson Gilmar Tavelin Filho²

RESUMO

O presente artigo confronta os diplomas que tratam do negócio fiduciário, na legislação falimentar, na doutrina, e na atuação de juízes e tribunais, iniciando-se com a análise do sistema financeiro e das garantias por ele utilizadas, destacando-se o negócio fiduciário. Em seguida, aprofunda-se o entendimento sobre o negócio fiduciário e suas modalidades – a alienação fiduciária de bens móveis, de bens imóveis e a cessão fiduciária de títulos e direitos. Vê-se, adiante, como a recuperação judicial deve ser conduzida perante créditos oriundos do negócio fiduciário. Por fim, são abordados os créditos sujeitos à recuperação judicial e a justificativa para exclusão dos créditos garantidos pelo negócio fiduciário dos efeitos da recuperação judicial.

PALAVRAS-CHAVE

Recuperação judicial, negócio fiduciário, sistema financeiro nacional.

ABSTRACT

The present article analyzes the fiduciary transaction and how such institute is seen when applied to judicial reorganization. The fundamentals of the subject are found in the rules dealing with the fiduciary transaction, bankruptcy legislation, doctrine, and the interventions of judges and courts. To achieve the purpose of this research, which is divided into four chapters, begins with the analysis of the financial system and guarantees used by it in which it is highlighted the fiduciary transaction. In the second chapter there is a further

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2013, mestranda em Direito Político e Econômico pela mesma instituição e advogada em instituição financeira, atuando na área consultiva e contenciosa tributária.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica em 2010, pós-graduado *lato sensu* em Direito Empresarial pela mesma instituição e advogado em instituição financeira, atuando na área cível e contratual.

study on the fiduciary transaction and its modalities – the alienation of movable property, the alienation of immovable property and the assignment of rights and titles. Further, in the third chapter, it is verified the judicial reorganization and the principles to which this procedure should abide by. Finally, in the fourth and final chapter, are seen the credits subject to judicial reorganization and the justification for the exclusion of those credits guaranteed by fiduciary transaction from the effects of judicial reorganization.

KEY WORDS

Judicial reorganization, fiduciary transaction, financial system

INTRODUÇÃO

Desde meados da década de 1990, legislação brasileira empresarial vem passando por atualizações, principalmente, no campo das relações privadas, sobre as quais o pulso renovador do legislador teve maior impacto. Notadamente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 houve dupla superação de modelos legislativos até então vigentes: o das relações civis e o das relações empresariais.

No campo das relações civis, foi revogado o Código Civil de 1916 e iniciada a era de vigência de um sistema normativo que mesmo conservando regras e normas taxativas, estipulou cláusulas gerais para condução da atividade civil – verdadeiras regras matrizes.

Nas relações econômicas, foi suplantado o conceito de teoria dos atos do comércio, do Código Comercial do Império, instituído em 1850, com a adoção da teoria da empresa.

Todavia, antes mesmo da aprovação do Código Civil de 2002, o legislador buscou ampliar a oferta e os mecanismos de garantia de crédito, por ser este um elemento necessário ao desenvolvimento econômico, bem como para que o crédito seja oferecido a um custo menor. Dentre as diversas leis podem ser citadas: Lei n. 9.514/1997, que institui a alienação fiduciária de coisa imóvel; Lei n. 10.931/2004, que permitiu ao mercado financeiro a utilização da cessão fiduciária sobre títulos de crédito, e a aplicação da alienação fiduciária sobre bens fungíveis, além de criar a Cédula de Crédito Bancário e a Cédula de Crédito Imobiliária³.

³ Para ver outras normas que buscaram atualizar o sistema financeiro nacional, citem-se: Lei n. 9.069/1995, que instituiu o Plano Real; Lei n. 9.710/1998, que tratou do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao

Ainda, era necessário agilizar os procedimentos para cobranças dos débitos inadimplidos, visto que parte do custo do crédito decorre dos provisionamentos efetuados pelas instituições financeiras para arcar com a baixa taxa de recuperação de crédito. Assim, foram adotadas reformas no Código de Processo Civil, por meio, dentre outras, da Lei n. 11.232/2005, e da Lei n. 11.382/2006, simplificando o procedimento de execução de sentença e o próprio rito da Ação de Execução.

Entretanto, o procedimento de recuperação de crédito quando a empresa estivesse em crise também necessitava de alterações. Para tanto, o legislador promoveu a extinção das Concordatas e instituiu a Recuperação Judicial como meio de promover o restabelecimento da atividade e como modo de ampliar as possibilidades de recuperar o crédito concedido, através da publicação da Lei 11.101/2005.

Assim, fica evidente que houve uma mudança institucional do legislador, que atuou sobre o ordenamento como um todo, dotando-o de novos mecanismos para aperfeiçoar o mercado de crédito. Considerando tais alterações na legislação, surge para o operador do direito a análise das garantias dadas ao crédito e sua aplicação na recuperação judicial.

1 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO COMO MECANISMO DE ESTÍMULO À ATIVIDADE BANCÁRIA

As instituições financeiras são aquelas que exercem as atividades de custódia de valores, a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros (NAZAR, 2009, p. 45).

Está na natureza das instituições financeiras a realização de operações ativas (disponibilizar recursos aos tomadores). As instituições assumem riscos, mas também buscar elidir tal fator. Para tanto, o mercado financeiro se vale de garantias elaboradas e aplicadas aos instrumentos jurídicos que as operacionalizaram.

Assim, quanto menor o risco de inadimplência dos tomadores, mais hígido será o sistema financeiro e menores os custos de disponibilização do crédito a esses tomadores

Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER); e a Lei n. 10.214/2001, que disciplinou as câmaras de compensação e o sistema de pagamentos brasileiro.

(sendo, por óbvio, utópica a ideia de uma atividade isenta de riscos, quaisquer que sejam suas fontes).(CARDOSO, 1999, p. 37). Com garantias de recuperação de crédito mais eficientes e validadas pelo sistema jurídico, aumenta a higidez do sistema (PINHEIRO, 2005, p. 135).

Deste modo, as garantias utilizadas pelo sistema financeiro são mecanismos que o mercado utiliza para aumentar a segurança ao conceder financiamentos, sob pena de restringir tais operações a pequenos grupos ou de tornar a atividade bancária inviável. Dentre as garantias comumente utilizadas pelo sistema financeiro está o negócio fiduciário, concretizado através da celebração de contratos de cessão fiduciária de direitos e de contratos de alienação fiduciária de bens (móveis ou imóveis).

Em consequência de seu relativo pouco tempo de uso, comparado aos seculares institutos do penhor, da hipoteca e da fiança, a alienação fiduciária e a cessão fiduciária são objeto de debates e controvérsias no meio jurídico (COELHO, 2013, p.162).

Portanto, mesmo entre os denominados “operadores do direito”, os juízes, advogados, autoridades estatais, regulatórias e interpretes, não há consenso sobre a natureza do negócio fiduciário e quais seus efeitos às relações jurídicas nas quais esteja ele aplicado.

2 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

No **negócio fiduciário** o bem ou direito objeto da relação jurídica está gravado com um ônus, com a conseqüente transferência de titularidade. Este ônus constituído pelo fiduciante (outorgante) em favor do fiduciário (beneficiário) recai sobre a coisa enquanto não cumprida a obrigação que originou tal ônus.

Deve ser notada a diferenciação entre negócio fiduciário e alienação fiduciária ou cessão fiduciária. O negócio fiduciário é o elemento que projeta a garantia, sendo a alienação fiduciária em garantia – e, *pari passu*, a cessão fiduciária – o contrato pelo qual é expresso tal negócio (MOREIRA *apud* ASSUMPÇÃO, 2006, p. 61).

Fica claro que, ao celebrar um negócio fiduciário, as partes nele envolvidas transmitem a coisa da esfera de patrimônio do devedor para integrar, sob condições, o

patrimônio do credor. Importante consolidar tais conceitos quando à vista das diversas discussões acerca da possibilidade de retirada plena (ou consolidação) de tal propriedade fiduciária quando o fiduciante estiver sob o regime da recuperação judicial.

Ocorre no negócio fiduciário uma única relação jurídica com efeitos diversos: a constituição de uma obrigação oponível *erga omnes*, a transmissão da propriedade e o desmembramento do patrimônio do fiduciante e do fiduciário, com o surgimento da parcela de patrimônio atingida pelo negócio fiduciário celebrado pelas partes.

Nesse contexto, são partes do negócio fiduciário o credor-fiduciário e o devedor-fiduciante. Credor-fiduciário é o sujeito que recebe o bem com a propriedade limitada, na forma de uma “propriedade resolúvel”.

Conforme a leitura dos arts. 66-B, da Lei n. 4.728/1965, e arts. 18 a 20 da Lei n. 9.514/1997, ao credor fiduciário, que recebe um bem em garantia, são outorgados diversos direitos, dentre eles: (i) consolidar em si a propriedade plena dos bens no caso de execução da garantia; (ii) conservar e recuperar a posse direta dos bens, bem como dos instrumentos que os representam, contra qualquer detentor, inclusive contra o próprio devedor-fiduciante; (iii) promover a intimação dos devedores para que não paguem ao devedor-fiduciante, nos casos de cessão fiduciária de direitos creditórios; (iv) usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os bens cedidos ou alienados fiduciariamente, notadamente a ação de busca e apreensão e a ação de reintegração de posse; (v) e receber diretamente dos devedores ou outros coobrigados ou outros responsáveis pelo pagamento o produto líquido dos bens cedidos ou alienados fiduciariamente.

O devedor-fiduciante é aquele que detinha a propriedade plena do bem, mas que a transferiu ao credor fiduciário, restando a ele a posse direta e o direito de reaver a plenitude da coisa quando extinta a obrigação por meio do pagamento. É importante destacar que o devedor fiduciante poderá ser qualquer pessoa, desde que tenha ela capacidade para contratar e possa livremente dispor de um bem ou direito. Em contrapartida, o credor fiduciário, apesar de haver a regra geral do Código Civil, poderá estar vinculado às normas específicas da área em que é desenvolvido o negócio fiduciário, conforme as modalidades

de negócio fiduciário executado.

Os negócios fiduciários se desdobram em várias modalidades, que são: alienação fiduciária com destinação de garantia, cessão fiduciária de crédito, fidúcia na administração e alienação fiduciária de ações.

Das formas de negócio fiduciário apresentados na doutrina (CHALHUB, 2009), é possível concluir que todas possuem a natureza de propriedade com características especiais: integrar o patrimônio do credor-fiduciário sob uma titularidade distinta (seja sob a modalidade de garantia, seja sob a modalidade de administração-confiança).

A propriedade fiduciária, por meio do contrato de alienação fiduciária, será constituída sobre as coisas corpóreas (e sobre as ações representativas de capital social). Sobre as coisas incorpóreas, incluindo os direitos, será celebrado contrato de cessão fiduciária.

A **alienação fiduciária** é modo de aquisição de uma propriedade. Por meio de sua celebração, o proprietário (e agora devedor) transmite o bem ao credor – assumindo as partes as figuras de devedor fiduciante e de credor fiduciário.

Dentre as obrigações do fiduciante, este possui o dever de guarda e conservação do bem alienado ao fiduciário, pois o credor fiduciário recebe a propriedade do bem, porém, a posse direta da coisa será (ou continuará sendo) do devedor (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 322).

No estudo a alienação fiduciária, seja aplicada aos bens móveis ou aos imóveis, verifica-se que há pontos em comum a tais empregos: transferência do domínio resolúvel do bem e o desdobramento da posse.

Como já afirmado, a garantia fiduciária retira da esfera de propriedade do devedor o bem que foi gravado em garantia. Em contrapartida, ao devedor subsiste a posse imediata do bem. Ao credor resta a posse mediata do bem, que poderá ser retomada por meio de Ação de Busca e Apreensão (nos bens móveis) ou Ação de Reintegração de Posse (aplicada aos bens imóveis).

A **alienação fiduciária de coisa móvel** foi introduzida no Brasil por meio da Lei n. 4.728/1965. Esta foi alterada pelo Decreto-Lei n. 911/1969, e sofreu reforma pela Lei n. 10.931/2004. O Decreto-Lei n. 911/1969 promoveu alterações materiais e disciplinou as regras processuais para execução da garantia. Com a introdução da alienação fiduciária em garantia no Código Civil, que derogou a matéria, e revogação expressa do art. 66 pela Lei n. 10.931/04, subsistem as normas instrumentais.

Como bens móveis, são suscetíveis de alienação tanto os fungíveis, como os infungíveis. Todavia, independentemente da fungibilidade do bem, deve a alienação fiduciária ser registrada em Cartório de Títulos e Documentos, pois o Código Civil determina no art. 1.361, §1º, que o negócio fiduciário é constituído por meio do registro do contrato em Cartório: “Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor [...]”.

A Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), no art. 129, item 5º, ordena que para surtir efeitos em relação a terceiros, os contratos de alienação fiduciária deverão ser registrados em Cartório de Títulos e Documentos. A Lei n. 10.931/04, que trata das Cédulas de Crédito Bancário, estabelece que para ter efeitos contra terceiros, suas garantias devem ser registradas em Cartório de Títulos e Documentos.

Ordena a lei uma maior formalidade necessária à constituição da garantia, pois, com a celebração do negócio fiduciário, é praticada uma transferência de propriedade, a fim de garantir o conhecimento de terceiros sobre tal negócio. Exceção são os contratos que tenham por objeto veículos automotores que podem ser averbados na repartição que trata do licenciamento e registro do bem.

Contudo, apesar de requisito de eficácia contra terceiros, a ausência de registro do contrato em cartório não impede a execução de tal garantia, somente sendo retirada a oponibilidade contra terceiros⁴. Isto é, a ausência do registro não impedirá a execução da garantia contra o próprio devedor.

⁴ Nesse sentido, ver o seguinte julgado: TJSP - APELAÇÃO COM REVISÃO n. 0006039-33.2006.8.26.0477. Rel. Des. Renato Sartorelli. Julgado em 06/03/2013.

A **alienação fiduciária de coisa imóvel** foi introduzida no direito brasileiro pela Lei n. 9.514/1997, que trouxe aos bens imóveis a possibilidade de ser objeto do negócio fiduciário em garantia – antes restrito aos bens móveis, e opera sobre os mesmos princípios aplicados à alienação fiduciária de coisa móvel, quais sejam: o fiduciante (devedor) transmite o bem fiduciariamente, em garantia de uma obrigação principal em favor do fiduciário (credor); com o conseqüente desdobramento da posse, tendo o credor uma posse indireta e o devedor a posse direta do bem. Ao final, com o adimplemento da obrigação garantida, o imóvel retornará a ser de plena propriedade do devedor – todavia, enquanto tal momento não advém, o bem fica em uma reserva especial de patrimônio, partilhada entre credor e devedor.

Neste patrimônio gravado pela alienação fiduciária em garantia, jaz a diferença fundamental entre um bem hipotecado e um alienado fiduciariamente em garantia. Enquanto que na hipoteca o imóvel permanece na propriedade do devedor, apesar de gravado de ônus; na alienação fiduciária ocorreu uma transmissão de patrimônio – deixou o devedor de ter a propriedade plena daquele imóvel, passando ela a estar na esfera de propriedade do credor, mas afetada ao devedor. A reversão dessa propriedade ao devedor ocorrerá somente no momento em que a obrigação garantida foi quitada.

Tal como a alienação de bem móvel, o contrato que rege a alienação fiduciária de bem imóvel também deve ser levado à registro em Cartório de Títulos e Documentos, conforme o art. 129, item 5º, da Lei n. 6.015/1974. Porém, a lei determina um duplo registro, no Cartório de Títulos e Documentos e no Registro do Imóvel – de acordo com o art. 167, inciso I, item 35 da Lei n. 6.015/1974, concomitante o art. 23 da Lei n. 9.514/1997.

A alienação fiduciária é um direito acessório, constituído em garantia de uma obrigação assumida pelo devedor frente ao credor. Portanto, constituída conforme os requisitos legais, a propriedade fiduciária surge dotada de uma previsibilidade de encerramento com o adimplemento da obrigação principal. Somente quando houver o inadimplemento é que haverá a execução da garanti (CHALHUB *apud* BUZAID, 2009, p. 154).

Somente haverá a plena expropriação do bem caso haja o inadimplemento da obrigação principal. A contrário *sensu*, é a clareza do art. 25, da Lei n. 9.514/1997, ainda que este trate de bens imóveis: “Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel”.

Tal transmissão de propriedade opera-se somente a título de garantia. Ao ocorrer o inadimplemento do fiduciante, o credor é dotado de poderes para proceder à excussão da garantia e conseqüente expropriação do bem alienado. De acordo com o art. 2º, §3º do Decreto-Lei n. 911/1969, a dívida será considerada plenamente vencida independentemente de notificação judicial ou extrajudicial, caso ocorra a mora e o inadimplemento.

Divergem o Decreto-Lei n. 911/1969 e a Lei n. 9.514/1997 sobre os mecanismos para comprovação da mora do devedor. O art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 dispõe que a mora poderá ser comprovada por meio do protesto do contrato ou por notificação extrajudicial entregue através do Cartório de Títulos e Documentos. Essa notificação não necessita ser processada pelo cartório da comarca do devedor⁵.

Ainda ao tratar da notificação para comprovação da mora, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que a notificação deve conter o elemento básico de demonstração de inadimplemento do pagamento, não sendo necessário apontar o montante não pago: “Súmula 245: A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”.

A Lei n. 9.514/1997 inspirou-se nas disposições da Lei n. 6.766/1979, ao ordenar que o Cartório de Registro de Imóveis procederá à notificação para que o devedor purgue a mora do contrato e evite a excussão da garantia fiduciária.

Seja por meio da alienação fiduciária de bem móvel, seja por meio da alienação fiduciária de bem imóvel, ao credor, caso haja o inadimplemento do devedor, restará a consolidação da propriedade do bem a ele garantido. Todavia, deve ocorrer o leilão do objeto.

Enquanto o Decreto-Lei n. 911/1969 determina o ajuizamento da Ação de Busca e

⁵ Vide Recurso Especial n. 1.184.570-MG. Rel. Min. Maria Isabel Galotti. Julgado em 09/05/2012.

Apreensão, a Lei n. 9.514/1997 ordena o ajuizamento de Ação de Reintegração de Posse pelo fiduciário ou por seus sucessores (inclusive o adquirente do imóvel após a consolidação da propriedade e alienação do bem).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que deverá ser concedida a medida de busca quando houver comprovação da mora⁶. Em direcionamento diverso, a ação de reintegração de posse é prevista no art. 30 da Lei n. 9.514/1997, como o meio procedimento para que o credor – ou aquele que tenha arrematado o imóvel – busque a posse direta do bem. Assim, se ocorrido o leilão ou a consolidação da propriedade e não foi promovida a desocupação do imóvel, é cabível o ajuizamento de Ação de Reintegração do imóvel para que seja ordenada sua desocupação no prazo de sessenta dias.

Para evitar o locupletamento ilícito daquele que ocupou o imóvel indevidamente, a Lei n. 10.931/04 incluiu a previsão do art. 37-A, ordenando que o fiduciante pagará ao cessionário, à título de taxa de ocupação do imóvel, valor correspondente a um por cento do valor determinado para fins de leilão. A previsão desta remuneração é acolhida pela jurisprudência de nossos tribunais⁷.

Por fim, é superada a discussão acerca da constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais de consolidação da propriedade previstos na Lei n. 9.514/1997, haja vista que medida similar à prevista nesta lei, as disposições extrajudiciais de consolidação da garantia do Decreto-Lei n. 70/1966 foram julgadas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 223.075-DF, que reconheceu como constitucional o procedimento de venda extrajudicial do bem dado em garantia.

Não se trata de supressão do Poder Judiciário, mas uma postergação do momento em que o devedor poderá socorrer-se do Judiciário, já que o juiz, diante da propositura da reintegração de posse, ou caso não tenha sido observado algum requisito procedimental da norma, poderá conceder a tutela pretendida pela parte lesionada.

Admitidos os procedimentos extrajudiciais de cobrança da garantia, sem afastar por

⁶ Recurso Especial n. 810717/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 4/09/2006.

⁷ Apelação n. 0044092-07.2010.8.26.0554. Rel. Des. Ruy Coppola. Julgado em 11/04/2013.

completo o Judiciário, a legislação garante uma célere recuperação do crédito (em benefício de toda sociedade) e permite que o devedor possa buscar tutela no caso de qualquer abuso de direito por parte do credor (sem a violação de qualquer direito do devedor).

A **cessão fiduciária** é a modalidade de constituição de garantia fiduciária sobre direitos de créditos e títulos de crédito. Tal modalidade de negócio fiduciário perdurará sobre a coisa cedida enquanto houver obrigação do devedor frente ao credor.

Bem como a alienação fiduciária, a cessão fiduciária é acessória à uma obrigação principal – objeto de garantia. E, tal como naquele negócio fiduciário, só vale enquanto não resolvida a obrigação principal. Porém, ao contrário da alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária está restrita às instituições financeiras e integrantes do mercado de capitais, de acordo com o art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965.

Inicialmente, sua aplicação estava limitada às operações imobiliárias. Aliás, esse foi o foco primário da cessão fiduciária: prover o mercado imobiliário de mecanismos capazes de gerar financiamentos. A evolução do instituto acarretou no interesse dos agentes reguladores do mercado financeiro em ampliar às instituições financeiras e de mercado de capitais o raio de alcance da cessão fiduciária (TORRES E SILVA, 2012, p. 87).

Enquanto as partes na cessão fiduciária e na alienação fiduciária são as mesmas, cedente-fiduciante e cessionário-fiduciário, o objeto sobre o qual recai o negócio fiduciário difere bastante entre si, pois enquanto a alienação fiduciária opera uma transferência de um bem (móvel ou imóvel), a cessão fiduciária aplica-se sobre um direito de crédito, e sobre títulos de crédito.

Assim, a cessão fiduciária pode ser aplicada aos títulos de crédito tradicionais, comumente às duplicatas mercantis, ou aos títulos que, ainda que não atendam aos requisitos cambiários, representam obrigações pecuniárias entre as partes. Esses títulos que não se enquadram na definição de “títulos de crédito” são os que originam os direitos creditórios (SADDI, 2007, p. 32).

Portanto, ainda que contenham títulos de crédito em seu bojo, os recebíveis são todas as obrigações, pecuniárias, passíveis de transferência. Como expõe Fábio Ulhoa

Coelho (2013), o instrumento de contrato de locação, a escritura de compra e venda de imóvel, a sentença judicial condenatória, livros mercantis, nota fiscal, fatura, certificado de registro de marca, apólice de seguro, dentre outros, são passíveis de gerar direitos creditórios.

O Poder Judiciário acata a amplitude de tais direitos creditórios. Conforme demonstra o Tribunal de Justiça de São Paulo, este sintetizou em sua Súmula n. 59 a questão: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

Como apresentado anteriormente, a posse do bem alienado fiduciariamente é desdobrada – parte com o fiduciante, parte com fiduciário. Todavia, tal fenômeno não ocorre na cessão fiduciária, pois a posse direta e indireta do título ou crédito cedido será confiada ao credor, que assim permanecerá até que haja o adimplemento da obrigação garantida, sendo aplicável à cessão fiduciária de direitos creditórios a necessidade de registro do contrato em Cartório de Títulos e Documentos.

Por exercer a posse direta dos títulos cedidos fiduciariamente, as instituições financeiras aplicam as chamadas “travas bancárias”, analisadas adiante, quando do aprofundamento instituto da recuperação judicial, especialmente do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

3 O REGIME DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

A Lei n. 11.101/05 foi promulgada em nosso ordenamento para revogar as disposições Decreto-Lei n. 7.661/1945, que por 60 anos disciplinou a falência e aplicava ao comerciante o regime de concordata como meio de manutenção da atividade mercantil em momentos de crise da sociedade, além de regular os procedimentos falimentares.

O Decreto-Lei n. 7.661/1945 previa três institutos: Concordata Preventiva, Concordata Suspensiva e Falência. Com sua longínqua vigência, a manutenção do Decreto-Lei n. 7.661/1945 era defendida, ainda que com reformas pontuais e adaptações em virtude de alteração dos institutos vigentes da vida econômica – a substituição da Teoria dos Atos

do Comércio pela Teoria da Empresa. Essa é a posição defendida por Manoel Justino Bezerra Filho, em artigo publicado no ano de 2004, na fase final de tramitação da Lei n. 11.101/05 (BEZERRA FILHO, 2004, p. 128-138), todavia, na mesma ocasião o Professor Manoel Justino Bezerra Filho alertava sobre a necessária atualização do sistema falimentar então vigente. Assim, mesmo para os defensores do Decreto-Lei n. 7.661/1945, era pulsante a necessidade de atualização e reforma do sistema falimentar, visando à preservação e à otimização da atividade econômica.

Desse modo, foi prevista a recuperação extrajudicial na Lei n. 11.101/05 como instrumento disponível ao mercado para que somente busque do Judiciário a homologação do plano extrajudicial de recuperação, conquanto que todas as tratativas para elaboração de tal plano são extramuros, sendo importante a homologação do plano, pois, após homologado, o plano constitui título executivo judicial, na forma do art. 161, § 6º, da Lei n. 11.101/05.

Não obstante, o procedimento da Ação de Recuperação Judicial possui uma previsão rígida de prazos para apresentação do plano, habilitações de crédito, dentre outros atos. Tal previsão busca acelerar todo o procedimento até que o plano de recuperação judicial fosse ratificado pelo juiz ou caso o plano de recuperação tenha sido objetado pelos credores, deverá ser objeto de escrutínio em assembleia convocada para tal fim – na forma art. 35, inciso I, alínea ‘a’, da Lei n. 11.101/05, e disposições seguintes de tal seção da lei.

Todavia, por mais contraditório que pareça, um dos defensores da reforma do sistema falimentar anteriormente vigente, o Professor Fábio Ulhoa Coelho, vê a Lei n. 11.101/05 deveras semelhante ao Decreto-lei n. 7.661/1945. Para ele, as reformas praticadas mantiveram o sistema de recuperação da empresa em crise excessivamente atado ao Poder Judiciário, tal como era na lei revogada (COELHO, 2013, p. 252).

As objeções sobre um excessivo litígio no procedimento recuperacional-falimentar instituído pela Lei n. 11.101/05 devem ser vistas com ressalvas. Conforme apresentado anteriormente, foram incluídos mecanismos com intuito de minimizar a atuação do Poder Judiciário, e dentro de parâmetros disponíveis ao legislador, a imposição de prazos para as etapas procedimentais.

Faz-se importante destacar que a aprovação de um novo modelo de reerguimento das empresas em crise também possui uma função macroeconômica. Ao propiciar uma maior recuperação dos créditos inadimplidos, permitir-se-á uma queda nos *spreads* bancários (ALENCAR et al., 2012, p. 21).

A partir de tais considerações, há a recuperação judicial e seus princípios, expressos no art. 47 de seu diploma legal. A recuperação judicial pode ser definida como a ferramenta disponível à sociedade empresária que, ao perceber-se em grave crise econômico-financeira, busca ao estado-juiz meios de recuperar-se e permanecer no mercado.

Cumpridos os requisitos dispostos na lei, o devedor pode pleitear o “amparo” do mercado à empresa. Esse amparo será expresso por meio da aprovação do plano de recuperação judicial. Todavia, para não caracterizar um simples “favor legal”, tal como foi trajada a concordata durante sua vigência⁸, a Lei n. 11.101/05 buscou, além de ser mais rigorosa na análise dos requisitos de recuperação da empresa, permitir que os credores apresentassem suas discordâncias com o planejamento adotado pelo devedor para promover sua recuperação.

Portanto, um dos motores de criação da Lei n. 11.101/05 foi o de superar a previsão de simples moratórias aos devedores (PERÍN JÚNIOR, 2009, p. 31), razão pela qual não se pode alegar que a recuperação judicial seja mera atualização da concordata, mas sim um sistema de substituição ao modelo anteriormente vigente.

O procedimento de recuperação judicial pode ser resumido, conforme a classificação adotada por Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 422), em: (i) fase postulatória, principiada pelo devedor com a petição inicial onde ele requer o *status* de recuperando, e encerrado com o despacho que autoriza o processamento da ação; (ii) fase deliberativa, que é encerrada com a decisão que concede a recuperação judicial (e na qual foi discutido o plano de recuperação, objetados créditos habilitados pelos credores, e resolvidas outras questões incidentais à recuperação); e (iii) fase executória, na qual há a verificação de fiel

⁸ A corroborar tal assertiva, devem ser estudados as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 108.350-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJU de 19/12/1997; no Recurso Especial n. 184.727-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJU de 02/04/2001; e no Recurso Especial n. 82.452-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., 4ª Turma, DJU 28/06/2005, dentre diversos outros julgados.

cumprimento do plano de recuperação.

Em paralelo, a recuperação judicial somente será concedida desde que atendidos aos princípios balizadores da recuperação judicial, expressos no art. 47, da Lei n. 11.101/05, quais sejam: (i) a manutenção da fonte produtora, (ii) o emprego dos trabalhadores e (iii) os interesses dos credores.

A manutenção da fonte produtora implica conservar aquela unidade fabril-empresarial. Tal conservação poderá ocorrer com os proprietários anteriores ou por meio de novos proprietários, com a alienação da unidade produtiva isolada, prevista no art. 60 e realizada na forma do art. 142, da Lei n. 11.101/05, sob pena de resvalar na regra da sucessão imposta pelo art. 1.146 do Código Civil que, ao contrário da Lei n. 11.101/05, impõe ao adquirente do estabelecimento a sucessão pelos passivos do proprietário anterior.

Desse modo, mesmo que o trespasse esteja determinado pelo plano de recuperação, se faltar um dos elementos impostos pelo art. 60, da Lei n. 11.101/05, o adquirente estará sujeito à sucessão do alienante.

Todavia, o Poder Judiciário, por meio do Estado-Juiz, não pode substituir o mercado e fazer com empresas deficitárias sejam mantidas em operação (tomando crédito e prejudicando todo o mercado nas quais operam). Desse modo, não obstante de constar como o princípio norteador da Lei n. 11.101/05, a concessão da recuperação judicial não pode ser utilizada como remédio para todos os males da atividade empresarial deficitária.

A recuperação judicial deve observar a viabilidade da empresa em recuperar-se. Essa viabilidade é aferida mediante a análise, ao menos, dos seguintes fatores: a importância social daquela sociedade ou estabelecimento, a mão de obra que ela emprega e a tecnologia que produz ou é consumidora, volumes de ativo e passivo, tempo de atividade (não que antiguidade seja um critério de merecimento, mas há de se considerar a empresa inserida em um contexto social) e o porte econômico daquela sociedade em crise.

Em paralelo à conservação da unidade produtora, há a manutenção do emprego. Como trata Manoel Justino Bezerra Filho (2008, p.143) ao discorrer sobre a recuperação judicial: “tal tentativa de recuperação prende-se ao valor social da empresa em

funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como pela manutenção do emprego, elemento de paz social”.

Tal como na preservação da unidade produtiva, a gestão da unidade dar-se-á por meio dos antigos gestores ou de novos adquirentes. A lei privilegia a manutenção da atividade, dos empregos e relações que o estabelecimento propicia.

Os trabalhadores são uma das classes que possuem voz na aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial – em conjunto com os credores titulares de créditos com garantia real e com os credores titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, privilégio geral e subordinados. Em virtude de seu peso na aprovação do plano, há defensores da ideia de que os trabalhadores deveriam ter uma assessoria mais próxima dos sindicatos (FERNANDES, 2011, p. 124).

Nesse aspecto, nada impede que os sindicatos, extrajudicialmente, por meio de reuniões para conscientização de seus integrantes e demais funcionários interessados, possam agir para esclarecer os empregados das consequências resultantes da aprovação ou rejeição do plano.

Por fim, como princípio guia da recuperação judicial, há a satisfação do crédito dos credores. A lei parte do conceito de que caso haja a manutenção da produção e a conservação dos empregos, os credores serão beneficiados pela continuidade da atividade econômica. Tal premissa somente será correta se o plano de recuperação judicial for arquitetado com equilíbrio e sem preconceitos aos credores, como, infelizmente, a prática não vem demonstrando. Nesse sentido, vale mencionar o emblemático acórdão proferido pelo Desembargador Pereira Calças⁹, no qual os preceitos constitucionais da livre iniciativa e propriedade privada foram norteadores da decisão que afastou os credores das condições limítrofes intentadas no bojo do plano de recuperação.

Portanto, respeitada a autonomia e soberania da assembleia judicial para aprovar o plano de recuperação judicial – ou do juiz ao homologar o plano de recuperação da empresa, caso este não seja alvo de contestações dos credores –, não poderão os credores

⁹ Agravo de Instrumento n. 0136362-29.2011.8.26.0000. Des. Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo. 28/02/2012.

serem relegados à amargura.

Na prática, a sociedade em crise exige que todos – a sociedade que pleiteia a recuperação, seus funcionários, os credores envolvidos e o Estado (pela participação do Fisco) – suportem parcela do remédio.

4 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Os créditos sujeitos à recuperação judicial estão dispostos no art. 49, da Lei 11.101/05, que estabeleceu não apenas quais créditos são afetados pela recuperação judicial, mas estabeleceu diferentes graus de sujeição à recuperação judicial.

Como regra, a recuperação judicial atinge a todos os credores da sociedade em crise à época do pedido de recuperação judicial, conforme se depreende da leitura do *caput* do art. 49. Tal regra, todavia, não é absoluta. Soube o legislador afastar da incidência da recuperação judicial algumas modalidades de créditos. Essas exclusões foram parciais, no caso do § 5º¹⁰, ou totais, no caso do § 3º. A razão dos créditos descritos no § 5º, do art. 49 da Lei n. 11.101/05 serem sujeitos parcialmente à recuperação judicial é que estes são gravados por penhor.

É importante frisar que o § 5º, do art. 49, da Lei n. 11.101/05 deve ser interpretado em consonância com os arts. 1.431¹¹ e 1.452¹² do Código Civil – são bens do devedor mas gravados em favor de terceiro.

A Lei n. 11.101/05 teve uma visão sistêmica do direito privado – respeitando as disposições das legislações próprias de cada instituto jurídico, no caso, o penhor. Aliás,

¹⁰ “§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.”

¹¹ “Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.”

¹² “Art. 1.452. Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos.

Parágrafo único. O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los.”

agiu como dita Bobbio (2011, p. 47), para quem “nenhum ordenamento nasce num deserto”.

Cabe ressaltar que, ainda que aparente, em uma primeira análise, uma restrição ao direito do credor a ordem de depositar em uma conta vinculada o produto da cobrança dos títulos e direitos empenhados pelo devedor em favor do credor, deve-se observar que se trata de um duplo escudo.

A primeira proteção atinge os demais credores do devedor, evitando que estes busquem recursos não mais de plena titularidade do devedor, valores os quais serão depositados em uma conta vinculada e movimentável apenas mediante ordem judicial enquanto não esgotado o prazo previsto no artigo § 4º, do art. 6º, da Lei n. 11.101/05¹³.

A segunda proteção visa ao credor titular do título ou crédito empenhado. Tendo em vista que os bens citados pelo § 5º, do art. 49, da Lei n. 11.101/05 são altamente dissolvíveis nos demais bens do devedor, a legislação determinou que, para que não haja o esgotamento do bem empenhado – e conseqüente ineficácia da garantia –, os valores de tais garantias fosse preservados em uma conta vinculada. Por certo, esvaído o prazo de suspensão das ações individuais contra o devedor, poderá o credor executar sua garantia.

Por fim, na classificação estabelecida pelo art. 49, da Lei n. 11.101/05, há o rol dos créditos totalmente imunes à recuperação judicial, definidos no § 3º do referido artigo¹⁴.

No referido trecho da norma, esta abordou aqueles créditos que, direta ou

¹³ 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 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.

¹⁴ “§ 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”.

indiretamente, não mais estavam na esfera de propriedade do devedor. O *discrímen* adotado em referido parágrafo é evidente ao verificar quais institutos jurídicos ali abordados.

Tendo em vista que o objeto do presente trabalho consiste na análise do negócio fiduciário, não iremos nos deter em cada um dos institutos contemplados pelo § 3º, do art. 49, da Lei n. 11.101/05. Todavia, necessita ser frisada a ressalva incluída pela legislação quanto à preservação dos bens gravados pelas modalidades de garantia arroladas no § 3º, na posse do devedor pelo prazo determinado no § 4º, do art. 6º, da Lei n. 11.101/05. Deve-se ter em vista que a legislação buscou manter os bens descritos no citado artigo na posse direta da sociedade vacilante, bem como concedeu uma “carência” no ajuizamento de ações contra a sociedade em crise, justamente para que esta buscasse sua reorganização e os meios de recuperação.

O negócio fiduciário, por meio da alienação fiduciária de bens e da cessão fiduciária de bens foi excluído dos efeitos da recuperação judicial. Como já decorrido anteriormente, e ainda será no próximo tópico do presente capítulo, a justificativa de tal classificação tem por fundamento a não mais composição dos bens gravados pelo negócio fiduciário do patrimônio da sociedade que outorgou a garantia.

O negócio fiduciário é tratado na Lei n. 11.101/05, no § 3º, do art. 49, cujo objeto é dispor sobre os créditos sujeitos ou não à recuperação judicial. Portanto, ficou expresso por tal diploma que o crédito garantido por negócio fiduciário seja constituído sobre bens móveis ou imóveis, estará excluído do rol de créditos sujeitos ao procedimento da recuperação judicial.

Diz Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 131) que as razões para cada exclusão no rol do § 3º, do art. 49, da Lei n. 11.101/05, são várias, de acordo com a legislação de regência de cada uma das garantias ali previstas. Assim, aos titulares de créditos garantidos por alguma das modalidades de negócio prevista no do § 3º, do art. 49, são assegurados os direitos decorrentes dos pactos e normas aos quais estão vinculados.

Jean Carlos Fernandes (2010, p. 192) diz que a exclusão de tais créditos decorre dos princípios constitucionais da ordem econômica, direito à propriedade e a função social da propriedade, além da redução dos *spreads*. Contudo, a definição de um rol de créditos

excluídos dos efeitos da recuperação judicial não é algo pacífico, havendo inclusive aqueles que se referem à lei como “Lei de recuperação do crédito bancário”, em razão da limitação apresentada pelo diploma legal (BEZERRA FILHO, 2008, p. 148).

Em contraposição às críticas feitas à lei, vale dizer que tal construção não foi gratuitamente elaborada, uma vez que buscou a diminuição dos custos dos créditos a toda sociedade. Sobre essa diminuição de custo do crédito, Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2012, p. 201) apontam que os créditos garantidos pelo negócio fiduciário custam de 30% a 70% menos para o tomador, de acordo com as circunstâncias de cada tomador.

Ao não submeter o crédito garantido por negócio fiduciário aos efeitos da recuperação judicial, a Lei n. 11.101/05 reconheceu a autonomia e afetação decorrentes do negócio fiduciário no patrimônio do devedor.

A título de “justiça social”, não pode o Poder Judiciário, por meio do Estado-Juiz, ignorar a lei – ao submeter o negócio fiduciário aos efeitos da recuperação judicial o juiz está flagrantemente *contra legem*. Deve a jurisprudência verificar qual comando que o sistema jurídico produz àquela situação e aplicar a norma de acordo com o ideal buscado pelo legislador (MAXIMILIANO, 2007, p. 65). Melhor orientado é o Poder Judiciário quando não sujeita o negócio fiduciário aos efeitos da recuperação judicial. Estas decisões são adotadas por diversos tribunais estaduais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Por respeitar os sistemas de garantias creditícias, que provocam, em virtude de sua

¹⁵ Estas são as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 0095340-88.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, Relator Desembargador Romeu Ricupero, DJ 22/11/2011), do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Agravo de Instrumento nº 91370/2008, Rel. Des. Juracy Persiani, j. em 11.03.2009), do Tribunal de Justiça do Paraná (Agravo de Instrumento nº 739.522-0, Rel. Des. Paulo Hapner, j. em 27.04.2011), do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI nº 70042793521, Sexta Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 27/10/2011), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AI nº 0000109-97.2009.8.19.0000, Décima Sétima Câmara Cível, Relatora Des. Luísa Bottrel Souza, j. 03/06/2009), do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (AI nº 131789820108070000DF 0013178-98.2010.807.0000, Relator: NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 13/10/2010, 1ª Turma Cível), Tribunal de Justiça de Goiás (AI nº 324029-35.2011.8.09.0000, Rel. DES. WALTER CARLOS LEMES, 3ª CAMARA CIVEL, j. em 18/10/2011) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (AI nº 0555492-97.2011.8.13.0000, 8ª Câmara Civil, Relatora Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ 12.01.2012). O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou com precisão quando do julgamento do Agravo Regimental na MEDIDA CAUTELAR Nº 19.514 - PA (2012/0119844-6), Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/08/2012.

natureza jurídica, o deslocamento do bem gravado da esfera de patrimônio do devedor, a legislação confere segurança ao mercado financeiro para que este opere dentro de critérios e normas instituídas pela legislação que trata de tais garantias – são marcos legais que delimitam o alcance de tais garantias e quais seus efeitos junto ao devedor e ao credor.

CONCLUSÃO

As instituições financeiras são basilares para o desenvolvimento econômico de um país. Todavia, elas somente desempenharão tal função se houver um sólido sistema de garantias e de proteção de riscos contra a inadimplência – a necessidade de proteção ao sistema financeiro tornou-se evidente quando analisada a crise dos *subprimes* do ano de 2008.

O procedimento de recuperação judicial veio com a reforma do sistema falimentar, no ano de 2005, no qual foi retirado de nosso ordenamento o favor legal da concordata e inserida a recuperação judicial como meio capaz de promover o restabelecimento da atividade empresarial. A concordata era objeto de reverência por parte de seus estudiosos e por parcela de seus operadores. Isso não impedia, porém, que mesmo seus maiores defensores advogassem uma atualização daquele diploma, visto que as previsões daquele instituto estavam, no mínimo, desconectadas do momento econômico vivido por nossa sociedade. O legislador, em contrapartida, preferiu um novo modelo, talvez por constatar que a concordata deixou de ser um meio de manutenção da sociedade em crise e passou a ser um meio protelatório por meio do qual o devedor não honrava suas obrigações.

Para justificar sua mudança, a recuperação judicial deu voz aos credores em seus procedimentos. Por meio da inserção dos credores, da participação crítica deles – ao votar o plano proposto pela sociedade em crise e ao prever mecanismos de controle e vigilância da sociedade em crise –, buscou-se maior efetividade à recuperação judicial.

Ao contrário da concordata, que determinava apenas aos credores quirografários à sujeição aos seus procedimentos, a recuperação judicial abordou também os credores trabalhistas e aqueles dotados de garantias reais – penhor, hipoteca e anticrese – como sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Desse modo, há, evidentemente, clara expansão dos efeitos da recuperação judicial. As exclusões promovidas pela legislação atual – que

são mais restritas que as anteriores – não podem ser criticadas como mecanismos de simples proteção ao crédito bancário.

Como demonstrado neste trabalho, a legislação da recuperação judicial não criou novas categorias jurídicas, mas refletiu aquilo que o próprio ordenamento havia instituído anteriormente, ou seja, o legislador que instituiu a recuperação judicial não alargou as hipóteses de exclusão de créditos sujeitos à recuperação, mas, na verdade, restringiu-as. E as restrições mantidas foram fundamentadas nas ordenações que já estabeleciam juízos e colocavam os negócios jurídicos naturalmente fora do alcance da recuperação judicial.

Sob risco de criação de uma verdadeira loteria jurídica, com a quebra da segurança jurídica garantida constitucionalmente, não deveria o Poder Judiciário ignorar o ordenamento jurídico positivado. Caso seu operador discorde da ordem emanada pela lei, deve ele buscar que o Poder Legislativo faça a alteração; jamais a promover de próprio punho. Isso porque, a não inclusão do negócio fiduciário no rol dos créditos sujeitos à recuperação, beneficia não apenas as instituições financeiras. Essa exclusão traz benefício a toda a sociedade, que poderá obter um crédito mais em conta e com uma carga menor daquela instituição financeira em provisão de inadimplência.

Com a não sujeição do negócio fiduciário, seja a alienação fiduciária de bens, seja a cessão fiduciária de direitos, acertadamente o legislador o barateamento do crédito, para o benefício de toda sociedade, além de respeitar o estabelecido por todo o sistema jurídico até ali vigente. A subordinação do negócio fiduciário acarretaria não apenas o completo desrespeito à legislação que a criou, como também traria benefício apenas ao devedor, enquanto todos os demais integrantes da sociedade teriam de arcar com um maior custo do crédito.

Portanto, vê-se que a redução dos custos para a concessão do crédito – mecanismo importante em uma economia que está entre as mais importantes do mundo e que aspira galgar postos mais altos – deve ser incentivada não apenas por medidas diretas, como a redução dos *spreads* das instituições financeiras públicas, mas, principalmente, deve ser realizada através de mecanismos de melhora do cenário macroeconômico. Para tanto, a existência e o respeito aos mecanismos de garantia creditícia – ou, em outros termos,

segurança jurídica institucional – é fundamental. Assim, não poderia, em virtude de sua natureza, a Lei 11.101/05 ter previsto o negócio fiduciário no rol dos créditos sujeitos aos seus efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Leonardo S.; PONTICELLI, Jacopo. “Celeridade do sistema judiciário e créditos bancários para as indústrias de transformação”. In: *Relatório de Economia Bancária e Crédito*. Publicação anual do Banco Central do Brasil. 2012.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASSUMPTÃO, Márcio Calil de. *Ação de Busca e Apreensão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “Exame crítico do Projeto de Lei de Falências – ‘recuperação de empresa’ ou ‘recuperação do crédito bancário’”. 2004. *Revista dos Tribunais*, v. 822, pp. 128-138.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CARDOSO, Renato Fragelli; KOYAMA, Sérgio Mikio. “A cunha fiscal sobre a intermediação financeira”. In: *Juros e Spread Bancário no Brasil* – estudo realizado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas-DEPEP do Banco Central do Brasil. Outubro/1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v.2. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação judicial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo:

Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREA, Rafael Tavares Bekner. “Alienação fiduciária de bens imóveis e considerações acerca da Lei n. 9.514/1997”. Artigo Científico (Pós-Graduação em Direito). Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Cláudia Al-Alam Elias. “O crédito trabalhista e os limites que o direito do trabalho impõe ao plano de recuperação judicial”. Dissertação (Mestrado em Direito) São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão fiduciária de títulos de crédito: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, André. “O negócio fiduciário perante terceiros – com aplicação especial na gestão de valores mobiliários”. Tese (Doutoramento em Direito). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito*. v.3. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Incidente Contratual pela Exigência de Garantia Inviabilizante à Legítima Expectativa Despertada: Mútuo Bancário versus CDB*. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. (coord.). *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Raphael Manhães. A Propriedade fiduciária no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*. v. 13. n. 51, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2009.

PACHECO, José da Silva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERIN JUNIOR, Écio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das coisas*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2003. (4ª tiragem, 2007.)

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das coisas*. v.5. São Paulo: Saraiva, 2003. (5ª tiragem, 2007.)

SILVA, Bruno Torres e. *Cessão fiduciária de direitos creditórios*. São Paulo: Almedina, 2012.

SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falências*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661impressao.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições

Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre *[sic]* alienação fiduciária e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1994. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993. Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8668.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 28/05/2014.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n. 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.o 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis ns. 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis ns. 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 245. A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?vPortalArea=471>>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula n. 59. Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 28/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão n. 0006039-33.2006.8.26.0477. Rel. Des. Renato Sartorelli. Julgado em: 06/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão n. 0044092-07.2010.8.26.0554, Relator Des. Ruy Coppola. Julgado em: 11/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.570/MG. Rel. Min. Maria Isabel Galotti. Julgado em: 09/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 810717/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 04/09/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 108.350/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 19/12/1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 184.727/SP. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em: 02.04.2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 82.452-SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Jr. Julgado em: 28/06/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 223.075-DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 06/11/1998.