

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

DOROTHY PENNYCOOK VINHOLA DE MORAES

**A EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI 11.101/05
MEDIANTE EXECUÇÕES NÃO SUSPENSAS ADVINDAS DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

CARUARU

2019

DOROTHY PENNYCOOK VINHOLA DE MORAES

**A EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI 11.101/05
MEDIANTE EXECUÇÕES NÃO SUSPENSAS ADVINDAS DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Projeto de pesquisa apresentado à coordenação do Núcleo de trabalhos de conclusão de curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida -Asces/Unita, em requisito parcial para a aquisição de grau de Bacharel em Direito sob orientação da Prof. MSc. Renata Lima Pereira .

CARUARU

2019

RESUMO

A falência e a recuperação judicial precisam identificar seus limites a fim de não ofender outros institutos também amparados na lei. Assim, embora não exista mais o objetivo de punir o devedor, com a atualização legislativa, retirando seus bens e o impedindo de acessar qualquer forma de recuperação, há a necessidade de pagamento de credores e que as dívidas pelo recuperando adquiridas sejam honradas, por isso, o objetivo deste trabalho é atentar a eficiência da recuperação judicial, tratando de recuperandos que sofrem execuções judiciais advindas da alienação fiduciária, pois, além dos elementos inerentes a todo contrato, a alienação fiduciária possui seus próprios requisitos, que devem ser observados juntos a ideia de que um contrato realizado por um banco, instituição que influencia diretamente o mercado financeiro, afeta, assim, todo organismo econômico, seja ele dotado de problemas ou saudável. Usando o método de abordagem indutivo e qualitativo, tendo como premissa a existência de legislação e decisões *contra legem* sobre o tema que é tratado, portanto, conclui-se que os pactos conservados pela autonomia privada são a saída para manutenção da segurança jurídica e a continuidade das relações interpessoais que ditam os ritmos dos mercados. Não há empresa sem mercado e não há mercado sem instituições bancárias que fomentem seu desenvolvimento. Privar os bancos de seus direitos legalmente estabelecidos os estimularia a aumentar as taxas de juros em razão dos riscos elevados das operações, o que afetaria diretamente empresas saudáveis, decrescendo a economia e contrariando o objetivo da recuperação judicial, não resultando em vantagem para o sistema financeiro nacional.

palavras-chave: Recuperação judicial; alienação fiduciária; execuções; falência.

RESUME

Bankruptcy and judicial recovery need to identify their limits in order not to offend other institutes also supported by law. Thus, although there is no longer the objective of punishing the debtor, with the legislative update removing his properties and preventing him from accessing any form of recovery, there is a need for payment of creditors and that the debts acquired by the recovering are honored, therefore, the objective of this paper is to pay attention to the efficiency of the judicial recovery, dealing with recoveries that suffer judicial executions resulting from the fiduciary alienation, because, besides the elements inherent to every contract, the fiduciary alienation has its own requirements, which should be observed with the idea that a contract made by a bank, an institution that directly influences the financial market, thus affects every economic organism, being it endowed with problems or healthy. Using the method of inductive and qualitative approach, having as premise the existence of legislation and decisions *contra legem* on the treated subject, therefore, it is concluded that the pacts conserved by the private autonomy are the key for the maintenance of the legal certainty and the continuity of interpersonal relationships that dictate the rhythms of markets. There is no company without a market and no market without banking institutions that foster its development. Depriving banks of their legally established rights would incite them to raise interest rates because of the high risks of operations, which would directly affect healthy companies, decrease the economy and counteracting the goal of judicial recovery, not resulting in beneficial to the system national financial.

Keywords: Judicial Recovery; chattel mortgage; executions; bankruptcy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA CONSEQUÊNCIA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO	7
2.1 Evolução histórica: primeiras disposições sobre falência brasileiras até a lei 11.101/05 ..	7
2.2 Princípio da manutenção da atividade empresária e suas implicações	8
2.3 A Convolação em falência: requisitos, pressupostos e aplicação	9
3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: CONCEITO E REFLEXOS NOTÓRIOS DE SUA EXISTÊNCIA	12
3.1 Elementos para validade de contratos em geral	12
3.2 Elementos essenciais da alienação fiduciária	13
3.3 Impacto mercadológico da utilização da alienação fiduciária	15
4. EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS DE EXECUÇÕES NÃO SUSPENSAS	17
4.1 Parâmetros de eficiência na recuperação judicial e o efeito nos contratos existentes	17
4.2 Posicionamento dos tribunais superiores: súmula 480 do STJ e seus reflexos.....	18
5. CONCLUSÃO	20
REFERÊNCIAS	22

1. INTRODUÇÃO

A falência e a recuperação judicial, em razão de seu fulcro no direito empresarial, herdaram em sua essência o dinamismo que pertence a esta ramificação da ciência jurídica, assim, é compreensível que, em primeiro plano, decisões pontuais e outras espécies de intervenções não legislativas, com caráter mais prático, venham a fazer parte do processo de construção do cotidiano do mecanismo, entretanto, até mesmo estas precisam identificar seus limites a fim de não ofender outros institutos também amparados na lei.

O objetivo deste trabalho é atentar a eficiência da recuperação judicial, tratando de recuperandos que sofrem execuções judiciais advindas da alienação fiduciária, visto que, deve o princípio da manutenção da atividade empresarial ser respeitado, sem eximir-se, do respeito à essência do contrato que gerou a obrigação e o direito de propriedade. Partindo deste ponto, é necessário identificar decisões judiciais em primeiro grau e sua fundamentação, associando com os recursos providos nos tribunais superiores, estabelecendo assim, uma relação causa-efeito com os casos de convolação em falência.

Na primeira seção deste artigo, serão apontados os limites legais da definição de recuperação judicial, as posições doutrinárias majoritárias sobre a eficiência do dispositivo criado e como esse tem influenciado o mercado empresarial brasileiro, bem como, assentará as inovações e motivações da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, identificando como o artigo 49 § 3º tem refletido de maneira prática na aplicabilidade da norma.

A segunda seção abordará a alienação fiduciária e seus aspectos essenciais, demonstrando como esses se relacionam com a o artigo supracitado, além disso, identificará o porquê de sua manutenção na lista de execuções não suspensas. Com esse fim, utilizará noções básicas de direito bancário para entender a doutrina que levou a construção dessa norma.

A terceira e conclusiva seção aduzirá a problemática do artigo, enfocando que, embora tipificado, o dispositivo legal sofre grande influência de decisões judiciais pontuais, assim, os juízes em primeiro grau têm, mesmo quando a lei é categórica, decidido *contra legem*. Demonstra esse fenômeno uma questão que não pode ser ignorada, pois em muitos casos, manter a execução significa acabar com a atividade produtiva da empresa, infringindo assim, o princípio expresso da manutenção da

atividade empresária, ao passo que, suspendê-las torna insegura a transação da alienação fiduciária, que é essencialmente baseada na garantia da execução.

Tratando-se de um artigo baseado no conhecimento científico, fará uso dos fundamentos da metodologia científica. Usará um método de abordagem indutivo e qualitativo, tendo como premissa a existência de legislação e decisões *contra legem* sobre o tema abordado. Com o uso dos métodos de procedimento histórico, ao tratar dos institutos da falência e recuperação judicial, e funcionalista observando os aspectos práticos, ao versar sobre alienação fiduciária e seus impactos no mercado empresarial brasileiro, atribuirá possíveis motivações ao fenômeno discutido. Terá como técnica a pesquisa documental, usando como fontes primárias documentos em arquivos público, bem como, a pesquisa bibliográfica.

2. RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA CONSEQUÊNCIA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

2.1 Evolução histórica: primeiras disposições sobre falência brasileiras até a lei 11.101/05

Analisar a história de um instituto permite compreender as nuances complexas de sua existência, pois, são encontradas as motivações de instrumentos atuais que moldam a sociedade. Não é diferente com o direito empresarial e seus mecanismos falimentares que incluem, além da falência, a recuperação.

Criado na lei 11.101/05, o instituto de recuperação judicial nasceu como uma modificação da obsoleta concordata, conforme aponta Waldo Fazzio Júnior (2015, p.2), sobre a lei de falência e concordata, esta “[...]Não oferecia soluções compatíveis com o mercado, com a moderna compreensão do crédito, com a intervenção estatal na economia privada e com o fenômeno polimorfo da empresa”.

Esta atualização legislativa tem sua causa fundamentada em um fator histórico: durante a formação e consolidação das atividades mercantis, o falido foi considerado como devedor desonesto e por consequência suscetível a sanções de cunho social e jurídico, entretanto, com surgimento de novos meios de produção em larga escala, o fomento da atividade empresária na revolução industrial e a percepção da empresa como detentora de uma função social, fez-se necessário que a decretação da falência se tornasse um último recurso, tendo em vista o seu caráter mais danoso (RAMOS, 2017, pp 681-683). Além disso, compreendeu-se que o risco da falência é inerente às atividades comerciais, não devendo a insolvência ser encarada como escolha do devedor quando este é refém das nuances mercadológicas.

Em razão da notória imprescindibilidade de legislação inovadora acerca da matéria, o Brasil o fez de maneira paliativa, desde a instituição da possibilidade de quebra no Código Comercial de 1850 até o decreto-lei 7.661 de 1945, que seguiu para apaziguar os ânimos durante 60 anos. Em 1993, foi proposta a lei de regulamentação atualizada do tema e que foi aprovada em 2005, neste momento, tinha-se então a identificação expressa do princípio da manutenção empresária com fundamental para o Direito.

2.2 Princípio da manutenção da atividade empresária e suas implicações

Quando se trata de princípios no campo da ciência jurídica, tem-se a irônica unanimidade na discordância, visto que, são muitas as definições e os conceitos possíveis. Na tentativa de amenizar esta divergência, Eros Grau, afirma haver dois sentidos basilares para o termo. Primeiro: como base ou fonte para o direito e logo, não passível de relativização, dando a interpretação um caráter subjetivo e demasiadamente extensivo. Segundo: como diretriz ou ponto norteador da norma, sendo esta apontada como eficaz para o direito moderno, pois estima a importância dos princípios para construção do sistema complexo do Direito sem impedir sua flexibilização (GRAU, 2006, pp 141-144). Ainda concordando com este pensamento e o aplicando ao Direito Empresarial, Gladston Mamede (2019, p. 34) sustenta que:

Não são meras referências programáticas, a definir metas que possam ser desconsideradas na prática social jurídica. Ao contrário, os princípios dão o norte, definem as vias por meio das quais é possível concretizar o Direito, seja nas análises teóricas, seja nas relações dadas cotidianamente no mercado, na sociedade, enfim...

Concebida a ideia principiológica, faz-se necessário identificar a força que esta detém sobre o ramo do direito em questão. Ao tratar-se da metamorfose instrumental no direito falimentar, percebe-se que é intrínseco às relações jurídicas de cunho comercial que os princípios, neste caso todos eles, sejam portadores de vontades preexistente e conseqüentemente possam as normas terem sua instrumentalidade alterada (FAZZIO,2015, pp 3-5). Assim, é lógico concluir que, o princípio expresso na lei de priorizar a manutenção da atividade comercial, tenha força vinculante em todas as normas subordinadas .

Como consequência da evolução histórica abordada anteriormente, os princípios que regem o diploma legal tratado neste artigo foram expostos logo no início do capítulo sobre recuperação judicial da lei 11.101 de 2005, assenta assim o artigo 47, que inaugura as disposições:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a *manutenção da fonte produtora*, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Obviamente, trata-se da expressão do princípio da manutenção da atividade empresária que é definido doutrinariamente por Amador Paes de Almeida quando orienta que (ALMEIDA, 2013, p. 33)

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.

Dispondo desta conclusão, é a manutenção da atividade empresária a força motriz do mecanismo de recuperação judicial, pois é este a sua concretização.

Não significa dizer, entretanto, que não há relativização possível neste caso pois como define Dworkin os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras: a dimensão da importância ou da relevância jurídica, o que em caso de conflito de normas pode-se solucionar por meio de averiguação do peso de um e de outro (DWORKIN, 2000, p 26).

Entende-se portanto, que este princípio pode ser flexibilizado. Embora não exista mais o objetivo de punir o devedor, retirando seus bens e o impedindo de acessar qualquer forma de recuperação, há a necessidade de pagamento de credores e que as dívidas pelo recuperando adquiridas sejam honradas. Seguindo este entendimento, admite a lei 11.101/05 que seja decretada a convolação em falência nos casos convenientes, ou seja, nos casos de deliberação da assembleia-geral de credores, não apresentação tempestiva, pelo devedor, do plano de recuperação, quando houver sido rejeitado o plano de recuperação ou por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano. Assim, é notável que, se é inviável o adimplemento das obrigações após início da recuperação, optou o legislador pela decretação de falência.

2.3 A Convolução em falência: requisitos, pressupostos e aplicação

Em sentido amplo, ou seja, decretada em primeiro plano sem tentativa prévia de recuperação, a falência precisa de três pressupostos ser declarada (1) ser devedor empresário, para que não incida os trâmites comum do Código de Processo Civil para devedores inadimplentes, (2) que haja insolvência nos termos da lei 11.101/05 e, por fim, (3) uma sentença, que declare a condição de falido. Esses requisitos gerais são

respeitados também no sentido estrito do termo, ou seja, quando é declarada a falência após a tentativa recuperacional, chamada de convolação (RAMOS, 2017, pp 699-764).

Pontuais são os limites legais para transformação da recuperação judicial em falência, visto que, existem impactos desastrosos que o término de uma atividade produtiva acarreta, como o fim de empregos, de geração de renda e eventualmente redução do Produto Interno Bruto (PIB), das exportações e o valor da moeda local. Assim disciplina o artigo 73 da Lei de Recuperação de Empresas (LRE):

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I - por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II - pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III - quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4o do art. 56 desta Lei;

IV - por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1o do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei.

Neste momento, a publicação legislativa aponta que além de atender os requisitos gerais de falência, tem o recuperando que praticar atos condizentes com a tipificação legal. Resta evidente que, embora difícil, há possibilidade de transformação de um mecanismo em outro, o que destaca a viabilidade de relativização do princípio da manutenção empresária mesmo quando este é a força motriz do instituto de recuperação judicial, ainda se atendo ao fato de tratar-se de obrigações comuns sem requisitos ou pressuposto próprios.

Além de atos transcritos na LRE, Waldo Fazzio Júnior atrai atenção para possibilidade de desvio de função da recuperação judicial, por ser dado ao plano um caráter procrastinatório, o que fatalmente incidiria em rejeição deste, reafirmando assim a relativização de um princípio por outro, neste caso, sobressaindo a boa-fé em detrimento à permanência da empresa no mercado, cabendo ao Judiciário averiguar criteriosamente o interesse de agir (FAZZIO, 2015, pp 132-133).

Assim, faz-se necessário destacar que o legislador fez claras opções, quando possível identificou as causas de convolação, deu também margem para que a doutrina apontasse meios de inibir ações que configurariam abusos de direito e criou

a possibilidade de decretação também para as obrigações posteriores a concessão do benefício recuperacional. O legislador não se omitiu de optar também no tratamento de outras possibilidades dentro da normatização.

No artigo 49 da LRE há uma clara intenção de priorizar a sobrevivência da empresa em situação de crise:

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

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Manifestamente, a intenção da lei é criar um grupo de credores único, doutrinariamente concebido como concurso de credores, que podem ser tratados de maneira igual e que irão respeitar ordinariamente o fato de que a empresa passa por dificuldades, e que por isso lhe é concedido um espécie ímpar de novação das dívidas, com fundamento no princípio de preservação da atividade produtiva.

Assim como sobre outros assunto principiológicos, conforme supracitado, o legislador foi específico e taxativo ao descrever exceções à regra geral de suspender todas as execuções, estas encontram-se no 3º parágrafo do artigo 49:

§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.(grifos nossos)

Sabia o legislador dos impactos que poderiam advir da criação de tais exclusões, visto que, é uma eventualidade possível que as dívidas inadimplidas de modalidade não condizente com concurso de credores resulte na inviabilidade da empresa, assim, não se fez conjuntura para que o Judiciário pudesse opinar ou decidir nestes casos, embora tenha sido este raciocínio lógico, ignorado por entendimento da jurisprudência pátria, que tem admitido a não aplicação da norma que resulta em falência.

3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: CONCEITO E REFLEXOS NOTÓRIOS DE SUA EXISTÊNCIA

3.1 Elementos para validade de contratos em geral

O Direito Civil estabelece um conjunto básico e raramente variável de delimitações para que um instrumento possa ser categorizado como contrato e por sua vez ter validade legal obrigando as partes com sua força de lei. Não é diferente quando se trata da espécie contratual de alienação fiduciária que pode ser melhor compreendida quando posta como contrato bancário com intuito de gerar obrigação e possibilitar execuções.

Majoritariamente a doutrina, seguindo o Código Civil vigente no país, observa três elementos essenciais para validade do contrato: o subjetivo, objetivo e formal, complexamente subdivididos de maneira didática para facilitar a identificação de um contrato detentor de força normativa que não pode ser desconsiderado juridicamente.

Tratando-se do requisito subjetivo, são observadas as vontades das partes, o que inclui a capacidade e a legitimidade para realizar o negócio. O requisito objetivo diz respeito ao objeto do contrato que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme os ditames de qualquer negócio jurídico, previsto pelo código civil. Por fim, o último elemento aponta para a forma que deve ser o contrato, se prescrita ou não defendida em lei (GONÇALVES, 2018, pp 34-40).

Estando o contrato de acordo com os pressupostos de um negócio jurídico válido, não pode ser tratado como passível de mudança à mercê da vontade posterior, visto que, é aplicado o princípio do *pacta sunt servanda*, cuja a ideia central é que os pactos sejam cumpridos, fornecendo a sociedade uma segurança ao realizar negócios, tornando assim, as relações comerciais mais viáveis.

No espectro da ciência jurídica, é ideia principal o fato de que os contratos têm fundamento na vontade humana, logo, conclui-se que, se as partes adquiriram a obrigação, o fizeram de maneira a demonstrar seu desejo e capacidade. Neste sentido, aponta Carlos Roberto Gonçalves (2018, pp 22)

O fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O contrato é, pois, “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Partindo dessa análise identifica-se que, as partes convencionaram os termos legais, obtendo noções básicas dos efeitos que seriam gerados e assumindo também, os riscos que são inerentes a este tipo de acordo bilateral, fenômeno este que ocorre tanto nos contratos em geral quanto nos contratos bancários. Portanto, tem aplicações práticas e relevantes o desenvolvimento deste estudo

3.2 Elementos essenciais da alienação fiduciária

Além dos elementos inerentes a todo contrato, a alienação fiduciária possui, seus próprios requisitos que devem ser observados, devendo ser respeitada a ideia de que um contrato realizado por um banco, instituição que influencia diretamente o mercado financeiro, assim, afeta todo organismo econômico, seja ele dotado de problemas ou saudável.

A alienação fiduciária é disciplinada no Capítulo II da lei Nº 9.514 de 20 de Novembro 1997 quando trata de bens imóveis:

Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Quando trata de bens móveis, a resolução e definição se encontra no decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 quando estipula:

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Estabelece o mesmo artigo, em seu primeiro parágrafo, as regras específicas para a construção formal de um contrato de alienação:

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de

Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o local e a data do pagamento;
- c) a taxa de juros, os comissões cuja cobrança fôr permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

Colocados os pressupostos gerais, pode-se utilizar a definição de Fran Martins (2001, p. 183) onde aponta que, a alienação fiduciária consiste em uma garantia a operação financeira para aquisição de um bem móvel ou imóvel durável, que é alienado ao financiador como garantia de pagamento da dívida contraída. Assim tem-se que, é a alienação fiduciária de natureza complexa pois ao passo que se assemelha a um direito real de garantia também pode ser vista como contrato.

A corrente doutrinária que hoje prevalece entre os estudiosos reza, encabeçada por José Carlos Moreira Alves que é o fenômeno da alienação um negócio fiduciário, contrato em que o devedor transfere a propriedade resolúvel de um bem ao credor com o fim de garantir o cumprimento da obrigação estabelecida. (NEVES, 2013 pp 3-6).

Não significa que ao seguir esta parte da doutrina seja desconsiderado neste trabalho as características específicas que diferem alienação fiduciária dos demais contratos, pois trata-se de um fenômeno que sucede os contratos de penhor anticrese e hipoteca que se tornaram obsoletos. Além disso, não se considera mais alienação fiduciária como um contrato atípico ou misto em razão da edição da lei 4728/66 que objetiva a regulamentação do contrato de alienação fiduciária.

Pormenorizando as partes relevantes dos diplomas legais que de maneira concomitante disciplinam esse negócio jurídico, pode-se destacar o principal efeito de tais edições legislativas e da natureza do instituto que é a possibilidade de busca e apreensão para que seja a obrigação adimplida, entretanto, o objetivo desta é tão somente garantir o pagamento do saldo devedor, conforme aponta a jurisprudência pátria:

O objetivo da ação de busca e apreensão, decorrente de contrato de alienação fiduciária, é ver apreendido o bem objeto do contrato. No entanto, essa apreensão visa tão somente a garantir o pagamento do saldo devedor em aberto. Portanto, outro não pode ser o valor da causa senão o do saldo devedor em aberto, já que o resultado econômico a ser alcançado é apenas um: o pagamento do débito em

atraso, e não o do contrato por inteiro, uma vez que algumas parcelas foram pagas (STJ – 4ª T., REsp. 207.186-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.99).

Aplicando estas reflexões de estudiosos ao tema em questão, compreende-se que, embora existam demais possibilidades, é a busca e apreensão o mecanismo mais eficiente (SCHONBLUM, 2015) e que pode ser utilizado, pois devem os contratos, em razão de sua natureza, serem preservados sempre que possível.

3.3 Impacto mercadológico da utilização da alienação fiduciária

Compreende-se até aqui que alienação fiduciária é um mecanismo de garantia de cumprimento da obrigação, oneroso em grande escala para a parte que a contrair, em razão dos riscos. Mesmo assim, é amplamente utilizada no sistema bancário atual, sendo considerada até mesmo como sucessora das antigas formas de garantia, hipoteca e anticrese. A ocorrência deste fato é justificada por seu impacto no mercado e sua raiz histórica.

Nunca antes na sociedade houve tanta necessidade de consumo de produtos e serviços que são oferecidos de forma ampla. Assim, as instituições financeiras oferecem serviços no intuito de possibilitar aos consumidores aquisição de bens que de outra forma não poderiam alcançar. Entretanto, não podem as instituições financeiras permanecer despidas de garantia de satisfação do seu crédito e portanto apresenta o contrato de alienação fiduciária, que possibilita para instituição uma segurança e para o devedor a possibilidade de aumentar o seu poder aquisitivo, visto que, o bem, objeto da operação financeira, será utilizado para satisfazer o crédito no caso de impossibilidade de adimplemento. (Neves, 2013 pp 1-2).

Todo fenômeno que aumenta o poder aquisitivo da população sem gerar inflação, é benéfico para o mercado, pois traduz que a economia está saudável, o capital do país está circulando e as fontes produtoras podem continuar se mantendo de maneira orgânica, também diminui a necessidade de intervenção estatal na economia o que gera segurança para investimentos internacionais e o aquecimento do mercado interno.

Diante disto, pode-se notar que alienação fiduciária é não somente um negócio jurídico com efeito no campo do Direito Civil, mas também na economia. Este Fato torna a sua existência de fundamental importância para manutenção de meios de produção.

Um exemplo de utilidade deste instrumento legal é a compra e venda de automóveis, bens de alto valor que raramente podem ser adquiridos em parcela única, assim a alienação fiduciária possibilita a compra deste e a sua dação em garantia, o que não somente fomenta o mercado mas, também mantém a produção deste tipo de bem, gerando emprego, renda e segurança econômica para os bancos e demais instituições financeiras, uma vez que não correm o risco de perder seu investimento, pois, é certo o adimplemento da obrigação em razão da possibilidade de busca e apreensão (SCHONBLUM, 2015).

A relação entre a compra e venda de bens de alto valor é, conforme apresentado, simbiótica com a alienação fiduciária, que por sua vez, só é possível em razão de sua natureza contratual, baseada no princípio de que os pactos devem ser cumpridos, o que resulta em segurança para as transações financeiras.

Assim como visto na primeira seção, os princípios devem nortear as relações jurídicas, mas, são passíveis de relativização, então tem-se a possibilidade de ser a busca e apreensão, previsão legal expressa do princípio do *Pacta sunt servanda*, relativizada quando gera ônus excessivo ao adquirente.

Embora tentadora, a ideia de evitar uma injustiça quanto ao adquirente, obviamente vulnerável nessa relação de consumo, todos os benefícios gerados pelo sistema da alienação se pautam na segurança dada no contrato as instituições financeira, que permitem um operação de risco e alto valor, logo a ponderação do tema deve retirar o arcabouço de antagonismo entre a sociedade e as instituições bancárias, entendendo que a existência desta última é de fundamental importância para a manutenção dos meios produtivos no capitalismo atual.

4. EFICIÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS DE EXECUÇÕES NÃO SUSPENSAS

4.1 Parâmetros de eficiência na recuperação judicial e o efeito nos contratos existentes

Na língua portuguesa, a palavra eficiência remete à ideia de produção de um efeito esperado, assim, quando se discute se um instrumento legal é ou não eficiente, é necessário destacar o que se esperava dele antes de sua criação e qual o resultado alcançado. A nova lei de recuperação e falência, criada em 2005, conforme apontado na primeira seção, tem como objetivo retirar definitivamente a punição dos objetivos do direito falimentar e possibilitar a manutenção da atividade empresarial, criando um instituto mais viável que a concordata.

Na primeira finalidade, são notórios os avanços, visto a total extinção dos meios punitivos e criação de divisão real entre a personalidade do empresário e de sua empresa. Entretanto, no tocante à inovação legislativa da recuperação, somente efeitos prévios podem ser sentidos, uma vez que, a própria lei estabelece um tempo extenso para que a reestruturação comercial ocorra, quando no seu artigo 54 ressalta somente prazo para que verbas salariais sejam pagas, permitindo ao formulador do plano de recuperação estipular prazo para pagamento de demais categorias de credores.

Assim, é notoriamente difícil aferir a eficiência da lei 11.101/05 com base na plena recuperação de empresas, o que torna necessária a avaliação empírica de dados. Esta análise foi realizada pelo Observatório da PUC-SP em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria, onde destacou-se que 10 anos é o tempo médio para a duração do plano de recuperação judicial e que somente 6,1% dos empresários tiveram a falência decretada antes da realização da primeira Assembleia Geral de credores, ou seja, é nítido, a confiança na recuperação, o que aponta para um instituto que vem tomando solidez (WAISBERG, 2015). Os antigos fornecedores têm menos receio de negociar com o recuperando e os credores estão mais dispostos a autocomposição, pois, vêem o processo como um meio eficaz de receber seus créditos.

No entanto, os dados não são suficientes garantia para que o credor fiduciário libere o recuperando de suas obrigações em razão das dificuldades que atravessa. Os demais credores não previstos do parágrafo 3º da lei 11.101/05 estão vinculados

obrigatoriamente à recuperação e ao negociar já conheciam os termos, não sendo sua inclusão no plano uma quebra contratual, contudo, não se aplica esta presunção ao caso das propriedades fiduciárias pois essas têm na sua essência contratual, conforme apontado na seção anterior, a garantia de adimplemento através da possibilidade de execução do bem móvel ou imóvel alienado.

4.2 Posicionamento dos tribunais superiores: súmula 480 do STJ e seus reflexos

No juízo da recuperação judicial, uma das características mais importantes é a celeridade processual, para que a empresa em dificuldade possa manter suas atividades e se reestruturar sem impactar ainda mais negativamente a economia do que já o fez em sua crise, se distanciando assim do moroso processo falimentar, que em médio ocorre em um lapso temporal de 10 anos. A constante demanda nos tribunais superiores a respeito de uma matéria legalmente estabelecida, como é caso discutido neste artigo que se debruça sobre o artigo 49, parágrafo 3º, da lei 11.101/05, resulta em caráter protelatório dos processos, tornando necessário, vez após vez, que o tribunal ratifique a sua posição apenas transcrevendo o texto da lei gerando custos desnecessários.

A respeito das decisões recursais que têm abrangido o tema, tem-se uma base sólida para a formação de um precedente, uma vez que o próprio STJ fundamenta desta maneira suas decisões, conforme aponta o relatório do Ministro Marco Aurélio Bellizze (AgInt no AREsp nº 884.153, 2017)

Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005

Utilizando-se desta redação, a Ministra Maria Isabel Gallotti destacou, em seu voto no mesmo processo, que nem mesmo é cabível ao juízo falimentar, neste caso da recuperação judicial, ter competência sobre as buscas e apreensões advindas da alienação fiduciária em consonância com a súmula 480 do próprio STJ

EMENTA: O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

Fica estabelecido então que a jurisprudência pátria tem, na sua corrente majoritária, optado por manter a defesa da lei em detrimento aos efeitos práticos que podem advir deste posicionamento, assim, separa de maneira efetiva o que pode ou não adentrar no juízo universal da falência, limitando os efeitos do período de respiro quando são suspensas as execuções.

Em termos simples, a opção judiciária é apoiar o legislador, que fez a escolha de não tornar inseguras transações bancárias e administrar os efeitos de uma possível convolação em falência. Demonstra essa, ser uma escolha economicamente saudável e juridicamente cabível, não é mais papel do magistrado controlar materialmente essa fase procedimental da recuperação, cabe a este controlar os possíveis vícios formais sem dirigismo, pois este deve ser ofertado aos demais órgãos instituídos no processo, como a assembleia geral de credores, o comitê ou até mesmo o Ministério Público com suas possíveis intervenções.

5. CONCLUSÃO

Resta evidente, mediante colocações feitas neste artigo, que a recuperação judicial tem o objetivo principal de manter a atividade empresária para beneficiar o mercado, entretanto, não é este um fato isolado, diversos fatores podem influenciar na aplicação deste norteador jurídico, uma vez que, como uma patologia, o prolongamento de uma empresa fadada ao fracasso resulta em prejuízos para credores, devedores e até mesmo a macroeconomia nacional.

Assim, compreende-se que a convolação em falência é na verdade uma possibilidade dúbia, que pode ser desnecessária em primeiro plano, porém quando alcançado os requisitos legais deve ser prontamente enfrentada e posta como real, pois viabiliza o bem estar econômico do mercado. Por isso, nota-se que os princípios podem ser relativizados em detrimento de outros, o que produz, no caso em discussão, um espaço para ponderação sobre o que seria mais relevante socialmente.

Neste aspecto, é clara a relevância da teoria geral dos contratos para compreensão da questão, pois, é a partir desta que entende-se a segurança dos pactos como parte essencial para a formação de um acordo, em especial, quando se ratifica esse compromisso numa garantia fiduciária. Assumir que, esta possa ser prontamente rompida, quando a legislação se ocupa em eliminar a possibilidade, seria o mesmo que criar o perigoso precedente de que os contratos podem ter seus efeitos evitados com base na necessidade unilateral posterior.

Refletindo sobre o tema, conclui-se que os pactos conservados pela autonomia privada são a saída para manutenção da segurança jurídica e a continuidade das relações interpessoais que ditam os ritmos dos mercados. Não há empresa sem mercado e não há mercado sem instituições bancárias que fomentem seu desenvolvimento. Privar os bancos de seus direitos legalmente estabelecidos, os estimularia a aumentar as taxas de juros em razão dos riscos elevados das operações, o que afetaria diretamente empresas saudáveis, decrescendo a economia e contrariando o objetivo da recuperação judicial.

Não parece, a luz do examinado, viável relativizar, o princípio contratual da preservação do acordo firmado anteriormente em detrimento à manutenção de uma atividade afetada por uma patologia, pois esta estaria gerando efeitos negativos aquelas que permanecem beneficiando o mercado com sua saúde, também, não é

esse o entendimento atual dos tribunais superiores, que se atém corretamente a lei e evitam invasões ao poder legislativo, que fez uma opção consciente.

Há então, a necessidade de melhor eficiência da lei 11.101/05 no sentido de colocar o plano judicial de maneira a não necessitar dos ativos vinculados às alienações. Cabe aos magistrados, em sua análise formal ao conceder o plano recuperacional, averiguar as possibilidades de execução, ora, se é o bem propriedade fiduciária logicamente sofrerá execução e, portanto, sendo essencial para sobrevivência da empresa, essa não tem mais chances de reestruturação, cabível, assim, uma sentença declaratória de falência.

Embora extrema, a decretação de falência nestes casos finda por dar celeridade ao processo, gerando segurança ao mercado e apontando para seriedade do instituto de recuperação judicial, evitando o seu caráter meramente protelatório da decretação de falência, o que permite o fluxo comercial e manutenção das demais atividades empresárias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. Saraiva, 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 480**. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. In: Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos bancários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Supremo Tribunal de Justiça, 4 Turma. **Agravo interno no agravo em recurso especial nº 1119131- RJ**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Rio de Janeiro, 10 de Abril 2018, DJe 18 de Abril de 2018.

WAISBERG,Ivo. **Recuperação Judicial nas Varas da Capital**. Disponível em: <file:///C:/Users/Professor/Desktop/PERQUISAIMPÍRICA.pdf.>. Acesso em 30/05/2019