

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA

BACHARELADO EM DIREITO

CESSÃO FIDUCIÁRIA

UM ÓBICE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

BRUNA MARIA SOBRAL

**CARUARU
2016**

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

CESSÃO FIDUCIÁRIA
UM ÓBICE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

BRUNA MARIA SOBRAL

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial, para obtenção do grau de bacharelada em Direito, sob orientação do Professor Jan Grunberg.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___.

Presidente: Prof. Jan Grunberg

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria forças para essa longa jornada, e a minha mãe, Maria Arruda, meu maior exemplo de força, dedicação e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por se fazer presente em minha vida e estar sempre ao meu lado, me iluminando e me mostrando os caminhos a serem seguidos, me atribuindo força e saúde para superar os obstáculos e alcançar meus objetivos.

Ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, pelo curso oferecido e pelo o ótimo corpo docente que me acompanhou e ajudou em minha formação.

Ao meu orientador Jan Grunberg, pelo apoio, pelo incentivo, e até pelas cobranças, que na verdade, são elas que nos fazem crescer dentro do trabalho realizado.

A minha mãe, Maria Arruda Silva Sobral, e ao meu pai, José Carlos Sobral, por nunca terem deixado de acreditar, investir e apoiar os meus sonhos.

As minhas avós, Ivani Bezerra e Ivonete Maria, por me passarem os verdadeiros valores da vida.

Ao meu irmão, José Lucas Arruda Sobral, por ser sempre companheiro e aguentar meu estresse em meio a correria.

Ao meu namorado, Emerson Deyvison Gomes dos Santos Silva, por entender a minha ausência durante a realização desse trabalho, assim como pelo tempo e paciência doada.

Ao meu amigo, Lucas de Oliveira Cardoso, meu companheiroi desde o tempo do colegial, por todas as dores e alegrias compartilhadas.

De forma geral, a todos os que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a cessão fiduciária de créditos ou títulos de créditos, popularmente conhecida como trava bancária, no que se refere à recuperação judicial das empresas que se encontram em crise econômico-financeira, tendo em vista a contradição do artigo 49, § 3º, da Lei de Recuperação e Falência, em relação ao artigo 47 e aos princípios norteadores da mesma lei. O conteúdo possui dois sujeitos, as empresas em recuperação judicial e as instituições financeiras, dessa forma, tem-se dois interesses, a empresa busca pelo sucesso do seu reerguimento, havendo, assim, a sua preservação e a continuação da sua função social, enquanto que os bancos buscam lucrar com a alta taxa dos spreads bancários e receber os créditos cedidos fiduciariamente por meio da garantia a eles conferida pelas empresas. No trabalho, será mostrado que a não sujeição dos créditos fiduciários à recuperação judicial é um óbice a recuperação das empresas. Além do mais, faz-se um estudo de direito comparado e jurisprudencial. Trata-se de um tema polêmico que a muito tempo é discutido, pois é causador de diversas posições jurisprudenciais, o que conseqüentemente gera uma insegurança jurídica, e mesmo já obtendo decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito, nada se pacificou, tendo em vista que há Tribunais de Justiça que proferem decisões diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação judicial; Spread bancário; Cessão fiduciária; Trava bancária; Relativização.

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo discutir la cesión de créditos o títulos, popularmente conocido como bloqueo de banco, con respecto a la recuperación judicial de las empresas que están en crisis financiera y económica, a la vista de la contradicción del artículo 49, § 3 de la ley de recuperación y Concursal, en relación con su artículo 47 y los principios rectores de esa ley. El contenido tiene dos sujetos, empresas en quiebra y las que establecen financieros, por lo tanto, tenemos dos intereses, la empresa busca el éxito lo que su edificante, teniendo así su conservación y su continuo función social, mientras que los bancos buscan sacar provecho de la elevada tasa de los interés bancarios y recibir los créditos asignados en la confianza al asegurar que les confiere empresas. En el trabajo, se demostrará que la inmunidad de los fiduciarios créditos para la protección de la quiebra es un obstáculo para la recuperación de empresas. Por otra parte, se trataba de un estudio de derecho comparado y jurisprudencia. Este es un tema controvertido que desde hace mucho tiempo se discute, es que causa varias posiciones jurisprudenciales, que a su vez crea inseguridad jurídica, e incluso ya conseguir decisión del Tribunal Superior de Justicia en relación con, nada se pacífica, con miras lo que es tribunales de justicia que hablan diferentes decisiones.

PALAVRAS-CLAVE: Recuperación judicial; Spread bancario; Confiar en los negocios; Cerradura de banco; Relativicen.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – 1. ORIGEM DA EMPRESA	11
1.1 Da concordata à recuperação judicial	15
1.2 Princípios norteadores da recuperação judicial.....	16
1.2.1 Princípio da função social.....	16
1.2.2 Princípio da preservação da empresa	17
1.2.3 Princípio da viabilidade da empresa	18
1.3 Do Sistema Financeiro Nacional	20
1.3.1 Estrutura do Sistema Financeiro Nacional	21
1.3.2 Avanços do Sistema Financeiro Nacional a partir do Plano Real	23
1.3.3 Spread bancário.....	26
1.4 Do negócio fiduciário	29
1.4.1 Espécies do negócio fiduciário.....	31
1.4.2 Venda com escopo de garantia	31
1.4.3 Propriedade fiduciária	32
1.4.4 Alienação fiduciária de bens móveis.....	33
1.4.5 Alienação fiduciária de bens imóveis	35
1.4.6 Alienação fiduciária de ações, partes beneficiárias e bônus de subscrição..	36
1.4.7 Cessão fiduciária de crédito.....	36
CAPÍTULO II – 2. DA CESSÃO FIDUCIÁRIA	38
2.1 Distinção entre cessão fiduciária de crédito e alienação fiduciária em garantia..	39
2.2 Da cessão fiduciária de títulos de crédito	41
2.2.1 Dos títulos de crédito como bens móveis.....	44
2.3 Da ligação entre a recuperação judicial e os créditos cedidos fiduciariamente...	45
2.4 Os créditos fiduciários e a recuperação judicial	46
2.5 Óbices a reestruturação da empresa em crise	51
CAPÍTULO III – 3. DO DIREITO COMPARADO E DA JURISPRUDÊNCIA	55
3.1 O fideicomisso latino-americano	55
3.2 O fideicomisso no México.....	56

3.3 O fideicomisso na Argentina.....	58
3.4 Posições jurisprudenciais	59
3.5 Relativização da trava bancária	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIA	77

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito sofre constantemente inúmeras alterações advindas das evoluções pessoais, econômicas, tecnológicas, e não seria diferente com o ramo do Direito Empresarial.

Disciplinando as relações empresariais, ligado ao crescimento econômico do país, este ramo tende a sofrer mudanças que objetivam melhorias à saúde econômica brasileira.

Nesse aspecto, a Lei de Falências e Recuperação de Empresas é considerada uma das mais importantes alterações introduzidas neste ramo do Direito Pátrio, pois trouxe consigo uma nova realidade, compondo mecanismos que permitem a empresa sair de uma crise econômico-financeira, ajustando com seus credores formas alternativas de pagamento dos créditos, evitando-se, assim, o fechamento da empresa e a sua falência.

Ao dispor dos mecanismos a serem utilizados para ofertar a reestruturação da empresa, o legislador se baseou em três princípios que norteiam esta lei, quais são, o princípio da preservação da empresa, o princípio da função social e o princípio da viabilidade da empresa.

Nesse cenário, instaurou-se no ordenamento jurídico uma controvérsia acerca da cessão fiduciária, pois os créditos cedidos fiduciariamente pelas instituições financeiras não estão sujeitos à recuperação judicial.

É nesse sentido que surge algumas indagações como, por exemplo, quais seriam os limites de incidência da norma considerando o princípio da preservação da empresa? Será que é justo dar preferência à instituição financeira como credora e deixar todos os outros credores sob o plano de recuperação? E ao dificultar a preservação e abrir caminho para a falência, não estariam colocando em risco o próprio princípio norteador da lei?

Ora, a não sujeição desses créditos significa um óbice à recuperação judicial, pondo abaixo toda a essência da Lei de Recuperação de Empresas, corrompendo a base do pensamento legislativo e pondo em risco a sua eficácia.

A presente monografia tem como objetivo específico estudar a não sujeição dos créditos cedidos fiduciariamente como um óbice à recuperação judicial, um tipo

de gargalo que há muito tempo vem dificultando, e até mesmo impedindo o sucesso da recuperação judicial, por meio de uma pesquisa jurídico doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo será abordado o surgimento da empresa, em seguida será feita uma introdução ao instituto da recuperação judicial, expondo os seus princípios norteadores e, logo após, se dissertará sobre a importância e os avanços do sistema financeiro nacional, bem como, sobre as espécies dos negócios fiduciários. No segundo capítulo será estudado, primeiramente, o instituto da cessão fiduciária, fazendo-se uma distinção entre a cessão e a alienação fiduciária. Dando continuidade, será levantando um ponto que tratará dos títulos de crédito e a sua classificação como bens móveis, assim como também será feita uma análise sobre a relação da trava bancária e a recuperação judicial, envolvendo esse que resulta em óbices na recuperação da empresa em crise. No terceiro capítulo será feito um estudo de direito comparado com o objetivo de explorar o funcionamento da recuperação judicial em face dos créditos fiduciários fora do Brasil, e logo depois será feito um levantamento jurisprudencial com decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de Pernambuco, de Minas Gerais e de São Paulo.

Por fim, o trabalho será concluído com a apresentação da tímida prática da relativização da trava bancária, a qual os tribunais andam fazendo uso, ponderando-se os interesses e as necessidades das empresas recuperandas e das instituições financeiras.

Buscando-se analisar a temática proposta, este trabalho será feito através da técnica bibliográfica e com pesquisas em diversas doutrinas, consultas a legislação, sites de confiança e jurisprudência, utilizando-se, portanto, dos métodos dialético e indutivo, para que se possa alcançar todos os objetivos pretendidos.

CAPÍTULO I – ORIGEM DA EMPRESA

Antes do Código Civil de 2002, as relações comerciais do Brasil eram regidas por uma teoria originária da França denominada de Atos do Comércio, tendo o país a vigência de um Código Comercial Brasileiro, editado em 1850. Nessa época, ainda no século XIX, havia uma divisão no Direito Privado entre Direito Civil e Direito Comercial.

Gerações foram criadas assim: embora nas varas cíveis do Fórum, juízes cíveis julgassem causas comerciais e cíveis, e embora a maioria dos advogados trabalhassem constantemente tanto com o Código Comercial, quanto com o Código Civil, pensávamos que eram áreas incompatíveis¹.

Essa dicotomia no Direito Privado existiu por muito tempo, porque o Brasil seguia a tradição dos Códigos Franceses outorgados por Napoleão, os famosos Códigos Napoleônicos. Contudo, apesar da grande influência da legislação francesa sob vários países, aqui no Brasil, ainda no século XIX, alguns juristas passaram a perceber que essa distinção feita entre os dois Direitos, Comercial e Civil, era desnecessária, pois são negócios jurídicos de mesma natureza, ambos são leis civis.

Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), importante jurista brasileiro e responsável pela extraordinária Consolidação das Leis Civis Brasileiras², foi o primeiro em todo o mundo a criticar a dicotomia entre Direito Civil e Direito Comercial, inaugurando a defesa da unificação do Direito Privado, antecipando-se até mesmo dos italianos³.

Hoje minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem, no todo das leis desta classe, algum ramo que exija um Código de Comércio. O Governo só pretende de mim a redação de um projeto de Código Civil; e eu não posso dar esse Código ainda mesmo compreendendo o que se chama direito comercial, sem começar por outro código que domine a legislação inteira [...] Não há tipo para essa arbitrária separação de lei, a que deu-se o nome de direito comercial ou código comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados o benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais; isto é, tanto pode ter por fim o lucro pecuniário, como satisfação da existência⁴.

¹ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

² **Augusto Teixeira de Freitas**. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Augusto_Teixeira_de_Freitas> Acesso em: 3 de março de 2016.

³ DUARTE, Ronnie Press. **Teoria da empresa à luz do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2004, p. 81.

⁴ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21 e 22.

Teixeira de Freitas tentou implantar a unificação através do seu projeto de Código Civil, mas este não foi aceito pelo Império. Além dessa, houveram várias outras tentativas de unificação das leis civis, porém, nenhum projeto se converteu em lei⁵.

Diante do fracasso brasileiro, no que diz respeito a positivação de um Direito Privado unificado, a Itália acabou por positivá-la em primeiro lugar, instituindo um novo Código Civil Italiano, dando origem a Teoria da Empresa.

O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do Codice Civile, que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista). Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o “ato de comércio”, e passa a ser a “empresa”⁶.

No Brasil, a substituição da Teoria dos Atos do Comércio pela Teoria da Empresa se deu apenas em 2002 com o advento do Código Civil Brasileiro de Miguel Reale⁷.

A adoção da Teoria da Empresa pelo Código Civil de 2002, deixando de lado, conseqüentemente, os Atos do Comércio, foi bastante significativa, pois fez o Brasil evoluir nas suas relações mercantis.

A problemática dos Atos do Comércio configurava-se na forma de diferenciar as sociedades civis das comerciais, pois o Código Comercial não definia quem seria comerciante e nem o que seria comércio. O único critério adotado para fazer tal distinção era analisar a natureza da atividade desenvolvida pelo empreendedor, que podia ser ato jurídico civil ou ato jurídico comercial. Uma sociedade agrícola, por exemplo, não era considerada uma sociedade comercial mesmo sendo organizada com produção e circulação de bens ou serviços, porque a agricultura era vista como uma atividade civil. Desse modo, todas as atividades mais simples, se assim pode-se qualificar, eram tidas como civis e não como atos do comércio, resultando na não possibilidade de os empreendedores civis gozar das prerrogativas que aqueles que eram considerados comerciantes gozavam.

Por sua vez, eram considerados atos do comércio os seguros, as empresas de depósitos, comércio marítimo, os fretamentos, as operações de câmbio, o trabalho

⁵ Idem.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

⁷ REALE, Miguel. **O novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>>. Acesso em 3 de março de 2016.

das instituições financeiras, entre outros. Mais tarde, a construção civil e as sociedades anônimas também foram inseridas nesse rol⁸.

Mas a cisão verificada na prática jurídica era imensa: uma sacoleira que revendesse no varejo, de porta em porta, roupas que comprasse no atacado, era considerada comerciante, ao passo que uma grande empresa de corretagem de imóveis não o era, excetuada a hipótese de se tratar de uma sociedade anônima⁹.

A Teoria da Empresa muda totalmente esse quadro, pois passa a considerar efetivamente o sujeito da atividade mercantil e, para identificá-lo, é observada a forma de organização dos fatores de produção para o exercício da atividade econômica junto com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços, objetivando o lucro¹⁰. Portanto, uma atividade será considerada empresarial se constituir elementos de empresa.

Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo Único: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa¹¹.

Prosseguindo, é importante que seja feito um esclarecimento sobre as diferenças entre a figura da empresa, do estabelecimento, e do empresário ou sociedade empresária. No dia a dia essas figuras são muito confundidas e a distinção é relevante até para que se possa entender o Direito Empresarial, pois, o que se compreende por empresa? O que é empresário? O que constitui uma sociedade empresária? Qual a ideia de estabelecimento? Todas essas questões surgiram após o acolhimento da teoria da empresa e faz-se necessário entendê-las.

O estabelecimento empresarial não pode ser confundido com a sociedade empresária, que é sujeito de direito, nem com a empresa, que é atividade econômica. Estabelecimento nada mais é que a base material da empresa. É um conjunto de bens reunidos pelo empresário para explorar a sua atividade econômica. É o local preenchido com máquinas, mercadorias em estoque, veículos, estantes, balcões e diversos

⁸ BRASIL. Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a ordem do Juízo no Processo Criminal.** Artigo 19. Rio de Janeiro.

⁹ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

¹⁰ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial.** 8º ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.

¹¹ BRASIL. **Código Civil.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

outros itens necessários para a realização da atividade empresarial. Trata-se de elemento essencial, pois não é possível a exploração desse tipo de atividade sem a organização de um estabelecimento¹².

Quem entra à noite nas instalações de uma fábrica que não está funcionando vê o estabelecimento, não vê a empresa. Durante o dia, o conjunto do estabelecimento e das atividades ali desempenhadas (aspecto dinâmico) dá expressão à empresa¹³.

Entende-se por empresa a atividade exercida por pessoas e procedimentos no estabelecimento comercial. Essa atividade deve ser econômica e organizada, tendo como finalidade a obtenção de lucros. Primeiramente, a atividade deve ser econômica no sentido de que é capaz de gerar lucros, ou seja, há uma criação de riquezas. Logo, aquele profissional que exerce atividade não econômica, não produzirá riquezas, e, portanto, não será considerado empresário. Quanto a organização, esta é feita pelo empresário e envolve quatro fatores de produção, quais são, o capital, a mão-de-obra, os insumos e a tecnologia¹⁴.

Verificado que empresa é a atividade exercida, percebe-se que erroneamente o empresário diz ter uma empresa, quando na verdade o que ele tem é um estabelecimento empresarial. É muito comum ouvir também a equivocada expressão “minha empresa faliu”, por certo, quem faliu foi a pessoa do empresário e não a empresa.

Por sua vez, empresário é aquele que profissionalmente exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços¹⁵. Qualquer pessoa pode ser empresária, desde que tenha capacidade civil e não possua nenhum impedimento, como por exemplo o falido não reabilitado, o funcionário público, entre outros. É aquele que está à frente e que deu origem a atividade exercida com habitualidade, podendo ser pessoa física ou pessoa jurídica. Na primeira hipótese tem-se o empresário individual, mas, na segunda hipótese, o empresário é a própria sociedade, e não o sócio, pois este não tem o título da empresa, e sim de suas quotas ou ações. Portanto, neste último caso, o sócio não é empresário e está sujeito a normas distintas.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

¹³ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer destinado ao Instituto Brasileiro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil**. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/parecerfabio.htm>> Acesso em: 8 de março de 2016.

¹⁵ BRASIL. **Código Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, artigo 966.

Finalizada a etapa que estuda a importância do Código Civil de 2002 com a introdução da Teoria da Empresa e feita uma análise comparativa da figura da empresa, do estabelecimento e do empresário ou sócio empresário, mas continuando ainda no contexto histórico do Direito Empresarial, o próximo passo é apresentar a evolução da Lei de Falência e Concordata para a atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

1.1 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Nos últimos meses da Ditadura Militar, regime político liderado por Getúlio Vargas, foi promulgado no Brasil o Decreto-lei 7.661/1945, tratando-se da Lei de Falência e concordata daquela época¹⁶.

A falência e a concordata, esta última sendo um acordo feito entre o comerciante insolvente e a maioria ou totalidade de seus credores para que não seja decretada a sua falência, da forma que foram trazidas pelo Decreto-lei mencionado, não davam ao antigo comerciante, hoje caracterizado como empresário ou sociedade empresária, estando em situação de crise, a possibilidade de se recuperar. Essa lei era tida como mero instrumento de liquidação da sociedade empresária, significando dizer que a unidade produtiva, se preciso fosse, seria extinta para que pudesse ocorrer a satisfação dos créditos¹⁷.

Nesse momento, segundo Fábio Konder Comparato, havia no sistema legal brasileiro um “dualismo pendular”, pois esse processo de falência tinha como objetivo proteger os interesses dos credores e os interesses dos devedores, alternadamente, sendo muito difícil que pudesse proteger a ambos simultaneamente¹⁸.

Foi verificado que esse sistema não protegia os credores da empresa concordatária ou falida, assim como não conseguia preservar a atividade empresária, apresentando-se um sistema ineficaz. Diante do não atendimento aos verdadeiros interesses que devem ser preservados no procedimento de recuperação e falência, surgiu a

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**. Rio de Janeiro.

¹⁷ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentada artigo por artigo**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 51 e 52.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. APUD, ABRAÃO, Nelson. **O novo direito falimentar**. São Paulo: Ed. RT, 1985, p. 166.

preocupação de realizar mudanças na legislação falimentar, tornando-a um instrumento de manutenção, indicando mecanismos de sobrevivência para a empresa, garantindo, dessa forma, o interesse social e o interesse dos próprios credores da empresa. Em 1993, surge o Projeto de Lei 4.376, que tramitou durante 12 anos, sendo finalmente promulgada a Lei nº 11.101, em 9 de fevereiro de 2005¹⁹.

Dito isto, dando continuidade ao trabalho, neste momento será explorado os princípios que embasam o regime de falência e recuperação de empresas.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Princípios são juízos abstratos de valor que orientam a interpretação e a aplicação do bom direito no sistema jurídico²⁰.

A recuperação judicial possui princípios basilares, que servem como norte para a interpretação dos artigos da Lei 11.101/05.

Sendo assim, será feita a abordagem dos três princípios essenciais ao instituto da recuperação judicial de forma separada, porém, diante da análise individual será possível notar que os três estão intensamente ligados, onde um depende da existência do outro.

1.2.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social da empresa é derivado do princípio constitucional da função social da propriedade, positivado no artigo 5º, inciso XXIII, e no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal.

A propriedade deve atender à sua função social²¹.

Quando a constituição fala de propriedade, ela está tratando de bens corpóreos ou incorpóreos que podem instituir objeto do direito, desde que redutíveis a dinheiro.

A propriedade é direito real que consiste nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto²².

¹⁹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Brasília.

²⁰ ALMEIDA, Cláudia Mara de. **A distinção entre normas e princípios.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno9>. Acesso em: 8 de março de 2016.

²¹ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado. 1988.

²² GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 21 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012, p. 108.

Existe uma diferença entre a propriedade primitiva e a propriedade moderna. Antes o mero possuidor fazia o que bem quisesse com o bem que possuía, hoje a sua propriedade não é mais tão soberana, e muito mais do que servir ao seu dono, a propriedade deve servir a toda comunidade. A constituição federal tutela apenas as propriedades que cumprem a sua função social²³.

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e aos respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita²⁴.

O interesse coletivo deve estar acima do individual, mesmo que a atividade econômica seja privada e, conseqüentemente, regida pelo regime jurídico privado.

Quando uma empresa atua de forma a gerar empregos para a população e riquezas para o Estado, de forma que não prejudique o meio ambiente, adotando práticas empresariais sustentáveis e respeitando os direitos dos consumidores, está contribuindo para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país.

A empresa que funciona de acordo com esses objetivos e se desenvolve com estrita obediência às leis está cumprindo com a sua função social e deve ser protegida devido ao seu importantíssimo papel para com a sociedade.

Valoriza-se a empresa como célula econômica da sociedade organizada em Estado, sendo um vetor para o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, permitindo a promoção do bem de todos (artigo 3º da Constituição da República). A empresa é também um vetor eficaz para a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I a III, da Constituição), bastando observar os benefícios materiais e imateriais que resultam de suas atividades²⁵.

Proteger a empresa não significa proteger exclusivamente o empresário ou sociedade empresária, até porque como já foi visto, são figuras distintas, a proteção trazida se dá a comunidade e ao Estado que se beneficiam com a atuação deles.

1.2.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

²³ MELO, José Mário Delaiti de. **A função social da propriedade**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660&revista_caderno=7> Acesso em: 12 de março de 2016.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 8º ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 76.

²⁵ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

Este princípio advém do analisado anteriormente. É preciso preservar a empresa para que esta possa cumprir a sua função social. Sendo assim, há interesse público nessa preservação.

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos²⁶.

Preservar a empresa, significa manter a atividade empresarial, ou seja, dar continuidade a produção de riquezas através da circulação de bens ou prestação de serviços.

Quando tal atividade não é preservada prejudica não só o empresário ou a sociedade empresária, mas também os fornecedores, trabalhadores, consumidores, isto é, toda sociedade.

O princípio da preservação da empresa não está positivado, ele é ultimado pela jurisprudência e doutrina quando estudadas as normas relacionadas a resolução da sociedade em relação a um sócio, desconsideração da personalidade jurídica e recuperação judicial²⁷.

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 econômica²⁸.

Conclui-se que o objetivo principal da recuperação judicial da empresa é manter a unidade produtora, e tal unidade só será mantida se a sua atividade for preservada.

A preservação possui relevante interesse social e deve ocorrer em nome da coletividade, uma vez que gera impostos, conserva empregos, obtém lucros e favorece a economia do país.

1.2.3 PRINCÍPIO DA VIABILIDADE DA EMPRESA

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 8º ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 79.

²⁷ Idem

²⁸ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Brasília.

Não são todas as empresas que passam por crise econômico-financeira que conseguem se beneficiar do instituto da recuperação judicial.

Ao se encontrar em crise, a empresa passará por uma análise judicial que verificará a sua viabilidade à recuperação, em sendo viável, lhe será atribuída a recuperação judicial, que permitirá a manutenção da fonte produtora, do emprego aos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a sua preservação e a sua função social.

Uma análise a viabilidade é feita porque o processo de recuperação judicial é oneroso, ou seja, gera gastos como custas processuais, honorários profissionais, além do custo social²⁹.

Fala-se de custo social, porque é a sociedade que suporta as despesas inerentes ao processo de recuperação. É preciso observar se a empresa cumpre as suas funções sociais e se merece ser preservada, para só assim a sociedade se sentir recompensada de tais gastos³⁰.

Além da análise desses dois princípios, é necessário também fazer uma verificação nos produtos ou serviços oferecidos pela empresa, detectando a sua relevância para a população, pois tratando-se de produto não mais útil à sociedade, tal empresa não terá mercado, e se não há mercado o que se tem é apenas prejuízo, portanto, não deverá ser recuperada³¹.

Ao tratar do princípio da função social, foi visto que essa função não é só a de gerar empregos ou a de pagar tributos, mas também a de colaborar com a preservação do meio ambiente. Se uma empresa, ao realizar a sua atividade, joga dejetos químicos em um rio o poluindo, prejudicando as pessoas que dele dependiam, apesar de estar oferecendo empregos, está descumprindo uma de suas funções sociais, não merecendo ser preservada, sendo classificada como inviável à recuperação judicial.

Portanto, após o estudo desses princípios norteadores, ficou claro que a empresa não deve ser salva a qualquer custo, antes de iniciar o processo de recuperação é preciso olhar para a sociedade e analisar se a recuperação será um bem para todos

²⁹ MEDEIROS, Felipe Dias. **Princípios Norteadores da Recuperação Judicial: importância desta análise no Brasil**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2115/2212>>. Acesso em: 30 de março de 2016.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

ou não. Todavia, se a empresa cumpre regularmente com todas as suas funções sociais, será caracterizada como viável à recuperação e de tudo deverá ser feito para a sua preservação, fazendo-se jus aos princípios basilares da Lei 11.101/2005.

Feita a análise sobre os conteúdos de Direito Empresarial necessários para a realização desse estudo, agora será averiguado o modo de funcionamento das instituições financeiras, fazendo-se um levantamento sobre o Sistema Financeiro Nacional e os spreads bancários, visto que, as empresas mantêm uma constante relação com os bancos.

1.3 DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (SFN)

Regulado pela Lei nº 4.595/64 que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, e pela Lei nº 4.728/65 que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, o SFN é um conjunto de instituições financeiras que possuem como objetivo fazer o intermédio entre o superavitário e o deficitário³².

O Sistema Financeiro tem o importante papel de fazer a intermediação de recursos entre os agentes econômicos superavitários e os deficitários de recursos, tendo como resultado um crescimento da atividade produtiva. Sua estabilidade é fundamental para a própria segurança das relações entre os agentes econômicos. Isso fica evidente quando se observa que esses agentes relacionam-se entre si em suas operações de compra, venda e troca de mercadorias e serviços de modo que, a cada fato econômico, seja ele de simples circulação, de transformação ou de consumo, corresponde ao menos uma operação de natureza monetária realizada junto a um intermediário financeiro, em regra um banco comercial que recebe um depósito, paga um cheque, desconta um título ou antecipa a realização de um crédito futuro³³.

Configuram-se como agentes econômicos as famílias que tomam decisões sobre o consumo de bens e serviços e de poupança; as empresas que tomam decisões sobre investimento, produção e oferta de trabalho; o Estado que toma decisões de consumo, investimento e de política econômica. Logo, agentes econômicos são os indivíduos que atuam no sistema econômico³⁴.

³² FURLANI, José Reynaldo de Almeida. **Como funciona o sistema financeiro nacional**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/Como%20Funciona%20o%20Sistema%20Financeiro%20Nacional%20%5BModo%20de%20Compatibilidade%5D.pdf>> Acesso em: 24 de março de 2016.

³³ Banco Central do Brasil. **Evolução do sistema financeiro nacional**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/texto.asp?idpai=revsfn199812>>. Acesso em: 24 de março de 2016.

³⁴ Associação Portuguesa de Bancos. **Os agentes econômicos**. Disponível em: <http://www.apb.pt/sistema_financeiro/os_agentes_economicos>. Acesso em: 26 de março de 2016.

Com o crescimento da atividade mercantil, as transações que inicialmente eram simples passaram a se tornar complexas, por esse motivo, criam-se instituições financeiras para facilitar a relação dos agentes econômicos superavitários com os deficitários.

Superavitário é o agente que recebe mais do que gasta e procura uma instituição financeira para aplicar o seu dinheiro, por outro lado, o deficitário é aquele que gasta mais do que recebe e procura a instituição financeira para conseguir crédito³⁵.

Quanto as instituições financeiras, a lei que aborda os crimes contra o sistema financeiro nacional define bem ao dizer que:

Art. 1º: Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual³⁶.

Portanto, instituições financeiras são órgãos que compõem o SFN, que possuem como objetivo primordial ou secundário a coleta de dinheiro, a intermediação, a aplicação do recurso coletado e a custódia deste.

As instituições financeiras podem ser públicas ou privadas e, em regra, apenas pessoas jurídicas podem configurá-las, porém, se pessoa física exercer qualquer um dos elementos inerentes a uma instituição financeira, a ela será equiparada.

A exemplo de instituições financeiras públicas tem-se o Banco do Brasil, a Caixa Econômica, Banco Central, Banco do Nordeste, já no setor privado encontra-se o ITAÚ, HSBC, Bradesco, Santander, entre outros.

1.3.1 ESTRUTURA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

³⁵ ANDRADE, Lidianne. **Conhecimentos bancários: o que é um agente superavitário**. Disponível em: <<https://conhecimentosbancarios.wordpress.com/2013/05/21/o-que-e-um-agente-superavitario/>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

³⁶ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho e 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Brasília.

O mercado financeiro é composto por quatro tipos de mercados, quais são, mercado monetário, mercado de crédito, mercado de capitais e mercado cambial³⁷.

O mercado monetário permite a compra e venda da moeda. As instituições financeiras trabalham como intermediários e emprestam recursos aos deficitários em troca de uma taxa de juros. Essas negociações são de curto prazo e não ultrapassam o total de 12 meses. É um mercado importante porque é responsável pela formação das taxas de juros e porque participa do controle relacionado ao volume de papel moeda em circulação, ou seja, quanto de dinheiro está transitando livremente na economia. Esse processo de controle trata-se da liquidez exercida pelo Banco Central³⁸.

No mercado de crédito as instituições financeiras prestam serviço como intermediadoras de recursos de curto e médio prazo para deficitários que precisam de recurso para consumo ou capital de giro, tendo o Banco Central do Brasil a responsabilidade de controlar, normatizar e fiscalizar esse mercado³⁹.

O mercado de capitais realiza operações de compra e venda de títulos de valores mobiliários. Esses recursos são de médio e longo prazo e é controlado, normatizado e fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários⁴⁰.

Por fim, é no mercado cambial que são negociadas as trocas de moedas estrangeiras por reais. O responsável pela administração, fiscalização e controle das operações de câmbio e da taxa de câmbio é o Banco Central do Brasil⁴¹.

Além dos 4 tipos de mercados, o sistema financeiro nacional é composto por dois subsistemas, um de supervisão e outro operativo.

A função do Sistema Financeiro Nacional-SFN é a de ser um conjunto de órgãos que regulamenta, fiscaliza e executa as operações necessárias à circulação da moeda e do crédito na economia. É composto por diversas instituições. Se o dividirmos, teremos dois subsistemas. O primeiro é o normativo, formado por instituições que estabelecem as regras e diretrizes de funcionamento, além de definir os parâmetros para a intermediação financeira e fiscalizar a atuação das instituições operativas. Tem em sua composição: o Con-

³⁷ FURLANI, José Reynaldo de Almeida. **Como funciona o sistema financeiro nacional**. Junho de 2013. BC Universidade. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/Palestra_SFNI_04062013_Furlani.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2016.

³⁸ SABINO, Eder. **Mercado monetário**. Publicado em 2 de março de 2014. Disponível em: <<https://centraldefavoritos.wordpress.com/2014/03/02/mercado-monetario/>> Acesso em: 27 de março de 2016.

³⁹ **Entendendo o mercado de valores mobiliários**. Disponível em: <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/primeiros_passos/Entendendo_mercado_valores.html>. Acesso em: 27 de março de 2016.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

selho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (Bacen), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e as Instituições Especiais (Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal)⁴².

Deste modo, o subsistema normativo ou de supervisão é capaz de regular e fiscalizar o SFN.

Por outro lado, diferente do subsistema normativo, o subsistema operativo é composto por instituições que atuam operando a transferência de recursos, ou seja, realizando uma intermediação financeira entre os fornecedores de fundos e os tomadores de recursos. Essas instituições devem atuar de acordo com as regras estabelecidas pelo subsistema normativo, sob pena de multa pecuniária ou suspensão de seu funcionamento⁴³.

Participam do subsistema operativo as Instituições Financeiras Bancárias (Caixas Econômicas, Bancos Comerciais, Cooperativas de Crédito, Bancos Múltiplos com carteira comercial), não Bancárias (Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento, Bancos de Câmbio, Sociedades de Arrendamento Mercantil, Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, entre outros), o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (Caixas Econômicas, Sociedades de Crédito Imobiliário, Bancos Múltiplos com carteira de crédito imobiliário, Associações de Poupança e Empréstimo), Instituições Financeiras de Natureza Especial (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco da Amazônia, Banco do Nordeste do Brasil, entre outros), Sistema de Distribuição de Títulos e Valores Mobiliários (Sociedades Corretoras de Câmbio, Sociedades Corretoras de Valores Mobiliários, Sociedades Distribuidoras de Valores Mobiliários, Agentes Autônomos de Investimento), Câmaras e Prestadoras de Serviço de Registro, de Liquidação e de Compensação (Bolsas de Valores, de Mercadorias e de Futuros, Sistema Especial de Liquidação e Custódia, Entidades de Mercado de Balcão Organizado) e Administradores de Recursos de Terceiros (Fundos Mútuos de Investimento, Clubes de Investimento, Administradores de Consórcios, Planos individuais de Aposentadoria e Pensão)⁴⁴.

1.3.2 AVANÇOS DO SFN A PARTIR DO PLANO REAL

⁴² **Sistema financeiro nacional.** Disponível em: <https://febraban.org.br/febraban.asp?id_pagina=31>. Acesso em: 27 de março de 2016.

⁴³ Idem.

⁴⁴ FURLANI, José Reynaldo de Almeida. **Como funciona o sistema financeiro nacional.** Junho de 2013. BC Universidade. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/Palestra_SF_N_04062013_Furlani.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2016.

Antes do Plano Real, na primeira metade dos anos 90, a inflação estava altíssima no Brasil, chegando a ultrapassar dos 80% ao mês e a economia encontrava-se debilitada, estagnada há uma década. Em seu governo, Collor lançou dois planos, Collor I e Collor II, e conseguiu fazer com que a inflação baixasse por certos momentos, porém, esta voltava a subir, o que resultou no seu fracasso⁴⁵.

Ao assumir a presidência, Itamar Franco iniciou o processo de reformas objetivando estabilidade, criando a Unidade Real de Valor (URV)⁴⁶.

Após o Plano Real, o setor financeiro, sobretudo o sistema bancário, obteve mudanças significativas em sua estrutura, comportamentos e resultados⁴⁷.

As mudanças se deram devido ao programa de estabilização que reduziu drasticamente a taxa de inflação. Tal redução foi ótima para o povo, porém péssima para os bancos, porque quando a inflação está alta os investidores preferem deixar o dinheiro aplicado nas instituições financeiras e era com esse dinheiro aplicado e parado em conta corrente que os bancos lucravam⁴⁸.

Com a redução da receita de floating, denominação que se dá aos rendimentos dos recursos mantidos pelos clientes em depósitos a vistas, os bancos promoveram alterações nos ativos bancários e também procuraram incrementar as rendas provenientes da prestação de serviços⁴⁹.

Agora, serão abordados os cinco componentes mais importantes nesse processo de mudança.

O primeiro trata-se do ajustamento via intervenções do Banco Central. A queda da taxa de inflação fez com que as instituições financeiras promovessem aumentos nos seus empréstimos, encarecendo-os. A necessidade de tornar a política monetária bastante restritiva, ou seja, reduzir o crescimento da quantidade de moeda, provocou o aumento da inadimplência dos devedores e, conseqüentemente, dificuldades de liquidez no mercado interbancário. Por causa dessa dificuldade de liquidez, o Banco Central extinguiu inúmeras instituições financeiras. Entretanto, buscando sair dessa

⁴⁵ Revista tecnologia de crédito. **Cenário econômico, crédito e crescimento no Brasil**. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revistas/2008/67/revista_0360.htm>. Acesso em: 28 de março de 2016.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

inicial crise bancária foi criado o Programa de Restruturação e Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER), que traz medidas de financiamento do Banco Central, permitindo a transferência das operações bancárias de instituições financeiras com dificuldade para outras que se encontram economicamente saudáveis. O PROER também traz um aumento de normas que capacitam a intervenção do Banco Central no sistema bancário com a intenção de proteger os interesses dos depositantes e poupadores⁵⁰.

O segundo componente é a consolidação voluntária do setor bancário privado. Tal consolidação diminuiu o número de firmas bancárias por meio de fusão, aquisição ou associações entre empresas, sendo inúmeros bancos médios absorvidos por instituições de maior porte, diminuindo a concorrência e aumentando o grau de concentração da atividade bancária, procurando explorar e ganhar em cima da atividade de intermediação bancária⁵¹.

A abertura controlada ao capital externo é outro componente importante, pois este aumentou o número de instituições financeiras estrangeiras no mercado brasileiro. Ao adquirir bancos de investimentos nacionais, as instituições internacionais com a devida autorização, passaram a constituir novas instituições sob controle externo. Essa abertura trouxe melhorias ao SFN, pois os bancos estrangeiros passaram a adquirir instituições desestabilizadas, revertendo esse quadro, fortalecendo o sistema de intermediação o tornando mais resistente aos choques externos e internos que afetam a economia brasileira⁵².

Como quarto componente tem-se o ajustamento dos bancos oficiais, que se deu com a implantação do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES). Através desse programa a União concede financiamentos de longo prazo a estados que queiram privatizar, transformar em agências de fomento ou liquidar seus respectivos bancos comerciais estaduais. Essa redução do setor bancário público fortalece o sistema bancário e aperfeiçoa as políticas macroeconômicas, porque elimina uma fonte importante de financiamento de gasto

⁵⁰ Revista tecnologia de crédito. **As recentes mudanças no sistema financeiro nacional**. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revistas/1998/08/revista_0048.htm>. Acesso em: 29 de março de 2016.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

público e de descontrole monetário, uma vez que os bancos comerciais controlados pelos estados são fontes de financiamento para os respectivos governos⁵³.

Por fim, o quinto componente aborda as mudanças na regulamentação e supervisão bancária, mudanças que vieram para reduzir os riscos e aumentar a confiabilidade no sistema bancário, a começar pela adoção dos princípios gerais de supervisão bancária provenientes do Comitê de Basileia, que são acordos firmados entre vários Bancos Centrais de todo o mundo para prevenir os riscos de crédito criando exigências mínimas de reserva de capital. Houve também a criação do Fundo Garantidor de Créditos, o estabelecimento de regras mais rígidas para abertura de agências ou subsidiárias de banco no exterior e a formação de uma central de risco com objetivo de aperfeiçoar a gestão de créditos nos bancos⁵⁴.

Como já foi dito anteriormente, a economia do país andava fragilizada e era preciso que alguma medida fosse tomada para reverter a situação. Pois bem, eis que surge a implantação do Plano Real, acarretando inúmeras mudanças no SFN que acabaram por fortalecer o sistema bancário. Entretanto, acreditava-se em um aumento de competição entre os bancos que viesse reduzir os custos cobrados pelas intermediações bancárias e pelos serviços oferecidos, o que beneficiaria os seus clientes, mas atualmente o que se vê é baixa concorrência e elevadas taxas de juros.

1.3.3 SPREAD BANCÁRIO

Como intermediário, o banco pretende lucrar e o seu lucro se dá por meio do chamado *spread bancário*.

Spread bancário é a diferença entre o que os bancos pagam na captação de recursos e o que eles cobram ao conceder um empréstimo para uma pessoa física ou jurídica. No valor do *spread* bancário estão embutidos também impostos como o IOF e o CPMF⁵⁵.

Para entender o Spread Bancário é preciso compreender que dinheiro é a mercadoria do mercado financeiro. O negócio do banco é comprar e vender dinheiro. Ciente disso, é fácil apreender que o Spread Bancário é a diferença entre os juros que o banco paga ao captar o dinheiro e o juros que ele cobra ao emprestá-lo.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ **Significado de spread bancário.** Disponível em: <<http://www.significados.com.br/spread-bancario/>> Acesso em: 24 de março de 2016.

Ao comprar dinheiro o banco está captando recursos do mercado financeiro, e ao captá-los, pagará juros aos seus credores. Quando for vender o seu dinheiro para seus clientes por meio de empréstimos, a instituição financeira cobrará juros maiores que aqueles que pagou aos seus credores. A diferença entre esses juros é o que se denomina de Spread Bancário⁵⁶. Exemplificando com um caso hipotético, se o banco compra dinheiro com juros de 5% e vende ao cliente com juros de 30%, o spread dessa operação bancária é de 25%.

O spread não representa unicamente o lucro do banco, pois nele estão inclusos alguns custos como impostos, folha de pagamento, e o lucro será aquilo que sobrar depois de pagos os custos⁵⁷.

A composição dos spreads se dá por cinco itens, são eles, inadimplência, compulsório, impostos diretos, margem líquida e custo administrativo. Quando os bancos calculam o valor do seu spread, eles atribuem a esse valor a porcentagem que cada um desses itens vale⁵⁸.

A inadimplência significa que o banco corre o risco do seu cliente não vir a pagar o empréstimo realizado, é uma estimativa de perda por parte da instituição financeira, por isso, é cobrado uma porcentagem referente a esse risco ao agente deficitário, que o pagará mesmo que não se configure como inadimplente⁵⁹.

O compulsório trata-se dos gastos envolvidos no direcionamento obrigatório de recursos pelos bancos. Um exemplo para que se torne mais fácil a compreensão é a exigência que o Banco Central faz às instituições bancárias, de que elas façam depósitos compulsórios de mais de 40% de suas captações de recursos à vista⁶⁰.

Os impostos diretos são a soma das despesas do banco junto ao imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro líquido⁶¹.

⁵⁶ CONGO, Mariana. **A anatomia do spread bancário**. 12 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/a-anatomia-do-spread-bancario,economia,208604>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Artigos do spreadnet. **Saiba como é composto o spread bancário**. 24 de julho de 2015. Disponível em: <<https://spreadnet.com.br/blog/saiba-como-e-composto-o-spread-bancario/>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

A margem líquida é de fato o lucro dos bancos. E, por fim, o custo administrativo são os gastos em geral que os bancos têm, como por exemplo, o pagamento de salários, manutenção das agências, gastos com publicidade e propaganda, investimento em tecnologia, entre outros⁶².

O Brasil é um país que possui um elevadíssimo spread bancário. Recentemente o Banco Mundial realizou o ranking de spread bancário, onde 114 países participaram, e o Brasil ficou em terceiro lugar com o spread no valor de 22% ao ano, atrás de Madagascar com spread à 47,6% e Malawi com spread à 31,1%⁶³.

Os países que possuem uma economia similar a do Brasil encontram-se em posições muito diferentes, como por exemplo a Rússia que está na 68ª posição, com spread de 5,1%, a África do Sul na 95ª posição, com spread de 3,3%, e a China na 100ª posição, com spread de 2,9%⁶⁴.

Uma das explicações para o elevado spread no Brasil é que o setor bancário no país é oligopolizado, isto é, há poucos ofertantes e muitos demandantes. Os bancos se aproveitam da pouca concorrência entre eles e mantêm os juros elevados para que assim possam lucrar mais⁶⁵.

A taxa Selic, que é a taxa básica de juros na economia brasileira, usada nos empréstimos feitos entre os bancos e nas aplicações feitas por estas instituições em títulos públicos federais, também contribui para o aumento do spread, porque serve como piso para os juros bancários impedindo que se empreste a juros mais baixos⁶⁶.

Desde a entrada do Plano Real, a política monetária brasileira se apoia em taxas de juros altas, já que a inflação não é mais tão alta como antes do plano, por isso tem-se um spread elevado. Esse modelo econômico prejudica, principalmente, as pequenas e médias empresas, uma vez que estas dependem de empréstimos para manterem o seu capital de giro. Ao adquirirem o empréstimo com spread alto, as empresas passam por inúmeros problemas de gestão como a insuficiência de capital de giro, porque, mesmo conseguindo o empréstimo, se a taxa de juros é alta, o problema

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ **Spread bancário: entenda o que é.** Disponível em: <<http://www.mundodosbancos.com/spread-bancario/>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

da falta de recursos continuará existindo: haverá dificuldade para honrar os pagamentos, o que acarreta funcionários insatisfeitos, e a oferta será reduzida, assim como a qualidade dos produtos e serviços, o que causa perda de cliente e fornecedores.

Consciente da ligação e do funcionamento da relação dos bancos com as empresas, logo mais será visto do que se trata os negócios fiduciários e quais as suas espécies.

1.4 DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Iniciando com uma análise etimológica, o termo fiduciário vem da palavra *fidúcia* que tem a sua origem na expressão latina *fides*, que, por sua vez, significa confiança⁶⁷.

A confiança se dá na relação entre o fiduciante e o fiduciário, onde o primeiro é seguro de que o segundo age de boa fé e, sendo assim, cumprirá com a obrigação pactuada.

Criadas no Brasil por meio da Lei nº 4.728/65, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais, a alienação e a cessão fiduciária possuem como objetivo principal facilitar a concessão de crédito direto ao consumidor e, ao mesmo tempo, proteger os direitos do credor.

Após 50 anos de existência no Brasil, o negócio fiduciário atualmente é um dos mais importantes direitos reais de garantia, concorrendo com o penhor e a hipoteca, todos presentes em nosso ordenamento jurídico, sendo vastamente utilizado em operações financeiras locais e internacionais⁶⁸.

O negócio fiduciário é direito real, porque trata de direito patrimonial, que, por sua vez, se estabelece devido as coisas que são apropriáveis pelo homem⁶⁹.

⁶⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz. **Fidúcia: origem, estrutura e tutela no Direito Romano**. Revista justiça e história, Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v10n19n20/FIDUCIA.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

⁶⁸ CANTIDIANO, Luiz Leonardo; MUNIZ, Igor. **Temas de direito bancário e do mercado de capitais**. Rio de Janeiro. Renovar, 2014, p. 472.

⁶⁹ DIAS, Caroline. **Resumo: Direitos Reais**. Disponível em: <<http://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434560/resumo-direitos-reais>>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

As coisas apropriáveis são aquelas que podem ser objeto de propriedade, sendo o direito de propriedade o direito real mais completo. Quanto aos bens incorpóreos, por exceção, também podem estar sujeitos ao direito real, como por exemplo o usufruto de títulos de crédito⁷⁰.

O negócio jurídico inominado pela qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário⁷¹.

Diante da explanação do doutrinador acima, entende-se que o negócio fiduciário é um negócio jurídico em forma de contrato pelo qual o devedor, chamado de fiduciante, transfere a propriedade resolúvel ou a titularidade de um determinado bem ou direito ao credor, chamado de fiduciário. Quando a transmissão é concretizada, o credor fiduciário passa a ser o proprietário ou titular do direito transmitido, até que ocorra o evento futuro e incerto, qual seja, o adimplemento integral das prestações acordadas no empréstimo, que é a obrigação principal.

Fala-se em obrigação principal, pois o “negócio fiduciário” gera duas obrigações, caracterizando-se como uma garantia bilateral, uma vez que o devedor fiduciante assume a obrigação de transmitir o bem ou direito ao credor fiduciário, e este, tem a obrigação de dar ao bem ou direito a destinação inicialmente acordada no respectivo contrato⁷².

Além de bilateral, Pontes de Miranda classifica o negócio fiduciário como oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não solene⁷³.

Será oneroso sempre que houver uma contraprestação imposta ao credor fiduciário ou quando este, em contrapartida, obtém o direito de uma prestação do fiduciante. Ao contrário, será gratuito, quando não houver contraprestação para nenhuma das partes⁷⁴.

Quando no negócio fiduciário houver a transmissão da propriedade, gerando efeitos de administração patrimonial, esse será principal, porém, quando a transmis-

⁷⁰ Idem.

⁷¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 386.

⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte geral**. Campinas. Bookseller, 2000, p. 148.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

são da propriedade possuir como objetivo uma garantia, como por exemplo, os contratos de empréstimos, este contrato será o principal, e o contrato da cessão/alienação fiduciária será acessório⁷⁵.

Finalmente, será classificado como solene, o negócio fiduciário que necessita de uma forma prescrita em lei, respeitando todas as formalidades impostas para a efetiva transmissão do bem ou direito. Diversamente, será não solene, quando não houver requisitos formais a serem seguidos e respeitados, realizando-se a transmissão pela simples tradição⁷⁶.

1.4.1 ESPÉCIES DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio de leis esparsas, tipificou algumas modalidades de negócios fiduciários como a venda com escopo de garantia; propriedade fiduciária; alienação fiduciária de bens móveis e imóveis; alienação fiduciária de ações, partes beneficiárias e bônus de subscrição; a cessão fiduciária de títulos de crédito, dentre outras modalidades.

Agora, será feita uma abordagem sobre as principais espécies do negócio fiduciário citadas acima, com o intuito de verificar o dispositivo legal que faz menção a cada uma e absorver as suas diferenças.

1.4.2 VENDA COM ESCOPO DE GARANTIA

A venda com escopo de garantia foi a primeira forma do negócio fiduciário e consiste na transmissão da propriedade de um bem, que pode ser móvel ou imóvel, ao credor, e este recebe tal direito para assegurar o seu crédito, caso o devedor não cumpra a sua obrigação de fazer⁷⁷.

Esse modo de venda dá ao credor uma segurança creditícia que irá satisfazê-lo se houver falta de pagamento por parte do devedor. Porém, apesar de se tornar proprietário do bem, o credor só pode usá-lo para seu fim único de garantia, isto é, caso a dívida não seja paga, poderá vender o bem e pegar a parte que lhe cabe,

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**, trad. A Bossa, 1939, p. 80 e 81.

devolvendo ao devedor a quantia que sobrou, se esta existir, mas, se houver o pagamento, o credor deverá devolver o bem ao devedor⁷⁸.

A venda com escopo de garantia jamais deverá ser confundida com a dação em pagamento, pois tratam-se de institutos diferentes. A dação em pagamento ocorre quando o credor aceita que o devedor ponha fim à relação de obrigação existente entre eles pela substituição do objeto da prestação, isto é, o devedor paga a sua dívida com algo que não estava originalmente na dívida, havendo uma transmissão definitiva do bem, enquanto que na venda com escopo de garantia não há uma transmissão da propriedade de forma definitiva para o fiduciário⁷⁹.

1.4.3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O Código Civil regula a propriedade fiduciária quando trata do Direito das Coisas, especificamente do artigo 1.361 ao 1368-A.

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º 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, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária⁸⁰.

Destarte, o Código Civil discorre apenas sobre a propriedade de bens móveis, estando as demais espécies de propriedade ou titularidade fiduciária reguladas por leis especiais, aplicando-se a elas as disposições do Código Civil somente naquilo que não lhe for contrário.

A paralela adoção pelo Código Civil da propriedade fiduciária de caráter paritário geral não afetou nem revogou tacitamente a normatividade própria vigente da garantia fiduciária do âmbito do mercado financeiro e de capitais estabelecida em legislação especial, até porque nos termos do art. 2º da LICC, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga e nem modifica a lei anterior. Com a entrada em vigor dos artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil, ficaram instituídos dois sistemas fiduciários paralelos, autônomos, mas harmônicos de garantia dominial mobiliária ...⁸¹.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ CHALHUB, Melhim. **Negócio fiduciário**. 4º ed. São Paulo. Renovar, 2009, p. 50.

⁸⁰ Código Civil 2002.

⁸¹ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Alienação fiduciária e o fim da prisão civil**. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007, p. 16.

1.4.4 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

Originalmente, a alienação fiduciária de bens móveis foi regulada pelo artigo 66 da Lei de Mercado de Capitais⁸², que previa que nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel o credor tinha o domínio da coisa alienada até a liquidação da dívida garantida, dito isto, fica claro que inicialmente a alienação fiduciária só podia ter como objeto bens móveis.

Embora esse instituto tenha sido criado para funcionar sem problemas, na prática houve dificuldades no tocante a execução da garantia representada pela propriedade fiduciária, pois, apesar de o bem ser alienado fiduciariamente, ele permanecia na posse do devedor, o qual podia recusar-se a restituí-lo. Por conseguinte, dúvidas começaram a surgir a respeito do meio judicial adequado para obrigar o devedor a restituir o bem e assim pudesse ser vendido pelo credor, nos casos de vencida a dívida e não paga⁸³.

Parte dos estudiosos e doutrinadores defendiam que o meio judicial correto a ser usado no problema em tela seria uma ação de reintegração de posse, por outro lado, uma outra corrente defendia que a ação adequada seria a de imissão de posse, e ainda havia alguns que defendiam ser a ação de depósito a mais apropriada⁸⁴.

Além desse problema levantado, existiam vários outros que acarretaram uma divergência jurisprudencial e, para que a alienação fiduciária não chegasse ao fim, foi preciso a elaboração de um Decreto-lei que viesse solucionar todas as lacunas.

Deste modo, em 1º de outubro de 1969, a redação do artigo 66 da Lei nº 4.728 foi alterada pelo Decreto-lei 911⁸⁵, que objetivou introduzir modificações tanto no campo material, quanto no campo processual.

Desta forma, o caput do artigo 66 passou a descrever a alienação fiduciária em garantia como aquela que transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário

⁸² BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.** Brasília.

⁸³ CANTIDIANO, Luiz Leonardo e MUNIZ, Igor. **Temas de direito bancário e do mercado de capitais.** Rio de Janeiro. Renovar, 2014, p. 474.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília.

com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.⁸⁶

Sendo assim, todas as dúvidas quanto ao desdobramento da posse foram eliminadas ao se declarar que o credor se torna possuidor indireto do bem alienado fiduciariamente, ficando o devedor como possuidor direto.

Ainda sobre o Decreto-lei 911/69, o seu §1º estabelece que 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 deverá conter o total da dívida ou sua estimativa; o local e a data do pagamento; a taxa de juros, as comissões cuja cobrança fosse permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis; e a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

O § 2º do mesmo artigo discorre que, se na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

O § 3º do mencionado artigo 66 explana que, se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

O § 4º dispõe que no caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

Por fim, os §§ 5º e 6º, explanam respectivamente, que se o preço da venda mencionado no artigo anterior não for suficiente para cobrir o crédito e as despesas do proprietário fiduciário, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado, sendo nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no seu vencimento.

⁸⁶ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

Apesar dos mencionados avanços, ainda houveram inúmeras discussões acerca do objeto da alienação fiduciária que até então, pela lei, só podia ser coisa móvel e infungível, mas muito se discutia sobre a possibilidade da alienação de bens fungíveis.

Nesse sentido, em 2 de agosto de 2004, entrou em vigor a Lei 10.931⁸⁷ que derogou os artigos 66 e 66-A da Lei de Mercado de Capitais e nela introduziu o artigo 66-B, deixando claro que o objeto da alienação fiduciária em garantia compreendia também bens móveis infungíveis, além de regular o contrato de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais e estender a abrangência da alienação fiduciária para garantia de créditos fiscais e previdenciários⁸⁸.

1.4.5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

A alienação fiduciária de bens imóveis está regulada na lei que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, editada em 20 de novembro de 1997, e funciona do mesmo modo da alienação fiduciária de bens móveis, existindo apenas uma diferença subjetiva e outra objetiva.

Alienação fiduciária de bem imóvel é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, transfere a propriedade resolúvel desse imóvel, ao credor, ou fiduciário, com escopo de garantia. Os elementos subjetivos da alienação fiduciária são, em princípio, os mesmos da alienação de bem móvel, diferido, tão somente, em que, na alienação de bem imóvel, pode esta ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam o SFI. No tocante ao elemento objetivo, o objeto da aquisição deve ser imóvel, concluído ou em construção. Admite-se, contudo, que a contratação tenha por objeto coisa futura e, neste caso, todas as garantias devem ser dadas aos adquirentes de boa-fé⁸⁹.

A grande vantagem deste tipo de garantia, em comparação a hipoteca, é a agilidade na execução do bem, pois todo o procedimento se desenrola perante o Cartório Imobiliário, sendo desnecessária a ida ao Judiciário. De fato, será o agente

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de crédito bancário, altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965 e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.** Brasília.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Móvel e Imóvel.** In: Revista da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado, ano 1, nº 1 – 2002, p. 79, APUD, TEIXEIRA, Fernanda dos Santos.

notarial quem notificará o devedor, constituindo-o em mora, e, persistindo a inadimplência, consolidará a propriedade do bem em prol do credor⁹⁰.

1.4.6 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE AÇÕES, PARTES BENEFICIÁRIAS E BÔNUS DE SUBSCRIÇÃO.

A regulamentação da alienação fiduciária de ações, partes beneficiárias e bônus de subscrição é encontrada na Lei das Sociedades por Ações, especificamente em seus artigos 40, 100 e 113⁹¹.

O acionista transfere a titularidade de suas ações para um terceiro, estipulando a finalidade das transferências e as condições do exercício dessa titularidade. Extinta a finalidade da transferência, deverá o terceiro restituir ao acionista as ações que foram objeto da transferência. O direito de voto do acionista-fiduciante fica preservado, mas deve observar as restrições impostas no contrato de alienação fiduciária de ações⁹².

1.4.7 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO

A cessão fiduciária de direitos creditórios incorre no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (LSFI) e no âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais.

Na esfera do Sistema Financeiro Imobiliário, encontra-se regulada nos artigos 17 a 20 da LSFI⁹³, enquanto que sob o campo do Mercado Financeiro e de Capitais, a sua regulamentação se dá pelo artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, §§ 3º e 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004⁹⁴, sendo-lhe aplicada ainda os artigos 18 e 19 da LSFI e os artigos 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 do CC.

O cedente-fiduciante cede títulos de crédito ou direito de créditos de que é titular ao cessionário-fiduciário, para a garantia de uma obrigação assumida pelo cedente-fiduciante em face do cessionário-fiduciário. Por meio

⁹⁰ DIAS, Fernando. **Breve consideração acerca da alienação fiduciária de bens imóveis no mercado recessivo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137483,101048-Breve+consideracao+acerca+da+alienacao+fiduciaria+de+bens+imoveis+no>>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília.**

⁹² TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

⁹³ BRASIL. Lei nº 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**. Brasília.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de crédito bancário, altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965 e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências**. Brasília.

da cessão o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode ficar com o produto, apenas retendo-se até que o devedor-cedente pague sua dívida⁹⁵.

Quando o cedente cumpre a obrigação que assumiu em face do cessionário, este deve retransmitir o crédito cedido, entretanto, se o cedente não cumprir a obrigação principal e os créditos já se encontrem vencidos, poderá o cessionário utilizar os créditos cedidos para liquidar a dívida, ocorrendo a extinção da obrigação. Porém, se os créditos cedidos ainda não se encontrarem vencidos, o credor-cessionário poderá aliená-los, ficando com o produto da alienação, devendo devolver ao cedente-fiduciante o saldo remanescente, se este houver.

Adiante, no capítulo II, será feito um estudo mais detalhado sobre a cessão fiduciária de crédito e de títulos de crédito, e logo em seguida, ainda no mesmo capítulo será aberta a problematização da cessão fiduciária como um óbice a recuperação das empresas.

⁹⁵ CHALHUB, Melhim Namem. APUD, TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Negócio fiduciário**. 4^o ed. p. 51.

CAPÍTULO II – DA CESSÃO FIDUCIÁRIA

Iniciando fazendo um breve comentário sobre o contexto histórico da cessão, esta nasceu no direito romano quando a sociedade de Roma percebeu a necessidade da circulação de riquezas, sendo a garantia real instrumento ágil e seguro para a captação do crédito, portanto, os primeiros negócios jurídicos, sob prima de garantia, remontam a antiga Roma⁹⁶.

Mais tarde, influenciado pelo Direito Romano, a Germânia também passou a fazer uso da fidúcia. Inicialmente, o Direito Germânico usava o penhor como garantia, ou seja, o penhor fazia o papel que a fidúcia desempenhava para o povo romano. É interessante destacar que apesar do Direito Germânico aderir a fidúcia, o seu modo de uso se deu de forma diferente da encontrada em Roma, pois enquanto nesta o fiduciário recebia um ilimitado poder sobre a coisa, naquela o fiduciário é limitado pela propriedade resolúvel, sendo considerada ineficaz eventual alienação por parte do fiduciário. Conquanto, ambos os institutos possuem como traço característico a garantia dada pela efetiva transmissão da propriedade⁹⁷.

Quanto a fidúcia no Direito Inglês, originalmente a transferência da propriedade em garantia era feita por meio de um instituto denominado *mortgage*⁹⁸. Diferente do penhor que era exercido no Direito Germânico, a propriedade transferida no Direito Inglês não era resolúvel, mas sim plena e ilimitada, se assemelhando com a fidúcia do Direito Romano. Contudo, sendo o Direito matéria de constante evolução, o instituto *mortgage* sofreu alterações, passando a se aproximar do penhor germânico, devido a possibilidade adquirida de, por exemplo, o devedor ter direito a restituição da coisa se, dentro de um prazo razoável, pagasse a dívida mais juros e reparação pela mora a que deu causa, assim como o credor diante da inércia de seu exercício poderia perder inevitavelmente a propriedade, percebendo-se dessa forma uma mitigação na propriedade plena e ilimitada⁹⁹.

⁹⁶ ROMITI, Angela Patrício. **Propriedade fiduciária no novo código civil**. Revista Direito em (dis)curso, Londrina, v. 4, n. 1, p. 74-83, jan./jul.2011

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ **Palavra inglesa cujo significado é financiamento, hipoteca**. LOGMAN, dicionário escolar. Inglês-português/Português-Inglês, 2004

⁹⁹ ROMITI, Angela Patrício. **Propriedade fiduciária no novo código civil**. Revista Direito em (dis)curso, Londrina, v. 4, n. 1, p. 74-83, jan./jul.2011

Como já foi mencionado no capítulo anterior, a fidúcia trata-se de um contrato entre o fiduciante e o fiduciário, cujo elemento inerente é a confiança, trazendo esta consigo a boa-fé como bem salienta Moreira Alves ao dizer que uma vez transmitida a propriedade, resta ao fiduciante, tão somente, acreditar na confiança e boa-fé do fiduciário¹⁰⁰.

O direito primitivo romano não admitia terceiros nessa relação contratual, pois caracterizavam o vínculo obrigacional como pessoal, só admitindo a transmissão dessa obrigação para um terceiro na situação de *mortis causa*. Além de não admitir terceiros na relação contratual, os romanos restringiram o conceito de propriedade às coisas corpóreas, havendo então a impossibilidade da transmissão do crédito, entretanto, a doutrina jusnaturalista apresentou uma concepção diferente, reconhecendo que a cessão de crédito, à semelhança da propriedade sobre coisas corpóreas, é um elemento do patrimônio do credor, que pode ser transmitido como qualquer outro componente patrimonial, assim sendo, a doutrina jusnaturalista aceitou a propriedade sobre bens incorpóreos, notadamente créditos e direitos, aproximando à cessão da entrega das coisas corpóreas¹⁰¹.

Logo, atualmente a transmissão das obrigações pode se apresentar de forma ativa ou passiva, sendo respectivamente cessão de crédito ou cessão de débito entre *inter vivos*¹⁰² ou por *mortis causa*¹⁰³, podendo ainda se caracterizar a título universal ou singular, ocorrendo o primeiro quando a transmissão abrange todos os bens ou uma fração da totalidade dos bens do cedente, e o segundo quando a transmissão só se refere a um crédito específico¹⁰⁴.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

¹⁰⁰ ALVES, José Carlos. APUD, ROMITI, Angela Patricio. **Direito Romano**. 5º ed. Rio de Janeiro. Forense, 1995, V, III.

¹⁰¹ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

¹⁰² Expressão latina que significa: entre vivos.

¹⁰³ Expressão latina que significa: a causa da morte.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

Tendo em vista que o objeto de estudo do presente trabalho é a cessão fiduciária de crédito, faz-se necessário apresentar as diferenças entre a cessão e a alienação fiduciária por se tratarem de institutos semelhantes capazes de causar desordem e incompreensão no momento do estudo.

Para alguns doutrinadores e para parte da jurisprudência, a cessão fiduciária de crédito é tida como espécie do gênero alienação, assim sendo, quando a alienação fiduciária em garantia tiver como objeto direito de crédito passa a ser denominada de cessão fiduciária, lembrando que tal denominação foi feita pelo legislador por meio da Lei de Mercado de Capitais, artigo 66-B¹⁰⁵.

Mesmo que muitos a tratem como espécie do gênero alienação fiduciária, é possível encontrar diferenças em ambas. A título de exemplo, a alienação fiduciária possui três sujeitos, quais são, o comprador, o vendedor e o financiador. Na cessão fiduciária existem apenas dois sujeitos, a instituição financeira e o empresário. Esclarecendo, na alienação o comprador compra o bem do imóvel e depois aliena fiduciariamente para o financiador, enquanto que na cessão ocorre a transferência de direito, ou seja, transferência de crédito, ao próprio financiador¹⁰⁶.

Quanto ao objeto, a própria lei dispõe que a alienação fiduciária tem por objeto bens móveis, imóveis, infungíveis ou fungíveis, enquanto que a cessão fiduciária tem por objeto bens móveis e títulos de crédito¹⁰⁷.

Por fim, outra diferença é encontrada no tocante a satisfação do credor em caso de inadimplemento. Segundo o Decreto-lei nº 911/1969¹⁰⁸, quando se tratar de alienação de bens imóveis e móveis infungíveis, o devedor terá a posse direta do bem alienado fiduciariamente e, existindo o inadimplemento, o credor deverá pleitear uma ação de busca e apreensão para a satisfação do seu crédito, porém, se a alienação tratar de bens móveis fungíveis, o credor terá a posse direta e indireta do bem alienado, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais e, em assim sendo, o credor poderá vender a terceiros o objeto da alienação fiduciária,

¹⁰⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de empresa**. 4º ed. São Paulo. Renovar, 2009, p. 391.

¹⁰⁶ RESTIFFE, Neto Paulo. **Garantia Fiduciária: direito e ações**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975, p. 42.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei de mercado de capitais, de 14 de julho de 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento**. Brasília.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. **Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências**. Brasília.

satisfazendo-se com seu crédito e devolvendo o saldo remanescente ao devedor, se este houver.

Diferente da alienação, para que ocorra a satisfação dos créditos cedidos fiduciariamente em caso de inadimplemento, não é preciso provocar o judiciário, tendo em vista que o credor-fiduciário possui a posse direta e indireta dos créditos cedidos, sendo o responsável por receber diretamente do devedor os valores relativos a tais créditos. Em ocorrendo o inadimplemento ou mora da obrigação garantida, o credor-fiduciante poderá vender a terceiros o bem objeto de propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, aplicando o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da garantia, devolvendo ao devedor o saldo positivo restante, se este houver, além de apresentar um demonstrativo da operação feita¹⁰⁹. E, em se tratando de títulos de crédito, se o devedor não pagar a dívida no prazo e não purgar a mora, tal inadimplemento constituirá causa de vencimento antecipado da dívida que se aplica subsidiariamente à cessão fiduciária de crédito de acordo com o parágrafo 4º do artigo 66-B da lei de Mercado de Capitais¹¹⁰. A causa de vencimento antecipado ocorre quando a promessa realizada no título de crédito não irá se efetuar da forma que foi prometida, assim sendo, o credor-fiduciário poderá de imediato exigir o crédito antecipadamente, utilizando-se dos créditos depositados na conta vinculada do devedor-fiduciante para amortizar os valores inadimplidos, devendo restituir ao devedor-fiduciante o saldo remanescente se este existir¹¹¹.

Em suma, a diferença entre a cessão e a alienação fiduciária, reside, basicamente, no objeto do negócio: enquanto que na alienação o objeto é um bem corpóreo, tangível, na cessão o objeto é um bem incorpóreo, seja ela consubstanciada em mero direito creditório ou mediante um título de crédito¹¹².

2.2 DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO

¹⁰⁹ BRASIL. Lei de mercado de capitais, de 14 de julho de 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento**. Brasília.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Títulos de Crédito. Vol.2. 4ªed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 146.

¹¹² MAYER, Raquel Cristine. **A recuperação judicial e a trava bancária: análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de recuperação**. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2015. 65 f. Monografia. Curso de Direito.

Com o passar do tempo e na medida que as relações comerciais foram crescendo, percebeu-se que as operações realizadas no âmbito do comércio precisavam se tornar mais amplas e rápidas, eis que surge o crédito.

O crédito sempre foi considerado fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial visto que o empresário pode utilizar-se de um bem que não lhe pertence, especialmente recursos financeiros, aplicando-o em seu ofício, obtendo a viabilidade de uma determinada atividade econômica, cujo capital o empresário não detinha¹¹³.

Mais uma vez importa dizer que um dos pressupostos fundamentais do crédito é a confiança que o credor deve ter no devedor e nos instrumentos jurídicos que lhe asseguram sobre o recebimento futuro.

Essa confiança se associa necessariamente a um intervalo de tempo entre duas prestações. Na troca imediata de valores, não há necessidade de confiança e, por isso, não se cogita de crédito na relação. O tempo entre as prestações, é essencial para o desenvolvimento da economia, permitindo a mais rápida circulação de riquezas e, por isso, um maior número de negócios se realiza¹¹⁴.

Na busca por um instituto jurídico apto a garantir os direitos do credor diante da eventualidade do não pagamento pelo devedor, surge o título de crédito, muito bem recepcionado pelo meio empresarial devido a sua facilidade de circulação, além de ser ágil e razoavelmente seguro¹¹⁵.

O conceito mais clássico dos títulos de crédito é trazido por Cesare Vivante, ao dizer que o título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo, nele mencionado¹¹⁶. Esse mesmo conceito é basicamente repetido pela legislação brasileira, dado que o artigo 887 do Código Civil dispõe que o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produzirá efeitos se preencher os requisitos da lei¹¹⁷.

Visto que o título de crédito se trata de um documento que permite o exercício de um direito, nota-se que ele tem como objetivo permitir a transferência do direito nele representado, além de provar a existência da obrigação pactuada.

¹¹³ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9º ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2015, p. 383.

¹¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Títulos de Crédito. Vol.2. 4ªed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 3.

¹¹⁵ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9º ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2015, p. 384.

¹¹⁶ VIVANTE, Cesare. APUD. TOMAZETTE, Marlon. **Trattato di diritto commerciale**. 5º ed. Milano: Casa Editrice Doutor Francesco Vallardi, 1924, v. 3, p.123,

¹¹⁷ BRASIL. **Código Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, artigo 887.

Os títulos de créditos possuem três princípios inerentes, que são a cartularidade, literalidade e autonomia. Para que se possa exercer o direito que o título de crédito garante, é preciso que este se apresente em forma de cártula, isto é, deve ser redigido em papel como um documento, entretanto, com o avanço da tecnologia alguns desses títulos vêm sendo emitidos de forma eletrônica, causando uma flexibilização no princípio da cartularidade. Um outro princípio é o da literalidade do direito previsto na cártula, significando que o direito e o dever existentes são exatamente aqueles escritos e fixados no documento, nem mais, nem menos. Finalmente, o princípio da autonomia afirma que as obrigações contraídas na cártula são independentes, logo, o vício de uma obrigação não comprometerá as demais, obtendo o possuidor de boa-fé do título direito próprio em relação a obrigação¹¹⁸.

Quanto a classificação dos títulos de crédito, o seu rol é extenso e por isso serão mencionadas apenas aquelas que realmente são importantes para a compreensão do estudo.

Primeiramente, os títulos de créditos podem ser classificados quanto ao seu conteúdo, podendo, portanto, serem próprios, impróprios, de legitimação e de participação. São próprios os títulos de crédito que traduzem uma verdadeira operação de crédito, ou seja, ocorre a circulação de direitos de crédito mediante os negócios realizados com o título, fazendo com que o pagamento não seja à vista, mas sim realizado em um momento futuro. Por outro lado, os títulos impróprios são aqueles que não representam uma operação de crédito, pois não visam à circulação de direitos, isso porque são meros documentos probatórios da sua causa, gerando pagamento à vista. Como exemplos de títulos de créditos próprios tem-se a letra de câmbio e a nota promissória, e de títulos impróprios tem-se o cheque, que apesar de ter data de vencimento futura fixada, pode ser apresentado para pagamento logo após a sua emissão¹¹⁹.

Os títulos de crédito de legitimação apesar de também constituírem, assim como os impróprios, documentos probatórios da sua causa, destes se diferem, porque dão ao seu portador o direito de receber uma prestação de coisas ou de serviços, não

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial**. 3^o ed. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 291 e 292.

¹¹⁹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 2^o ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 73 a 75.

existindo um direito de crédito propriamente dito, como os bilhetes de espetáculos, passagens, entre outros.¹²⁰

Por fim, quanto ao conteúdo, os títulos de crédito ainda podem ser classificados como de participação, nesse caso, os títulos darão aos seus titulares direitos de participação em relação ao quadro associativo de uma empresa¹²¹.

No que concerne a causa de emissão, podem ser classificados como títulos de créditos abstratos e casuais, sendo o primeiro aquele título que decorre de qualquer causa, podendo moldar qualquer obrigação, uma vez que a lei não fixou causas taxativas para a sua emissão, como ocorre com a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque. Enquanto que a segunda modalidade diz respeito a títulos que só podem ser criados em razão de causa determinada por lei, tal como a duplicata que só pode existir em decorrência de compra e venda mercantil ou prestação de serviços¹²².

No que se refere a circulação, os títulos de créditos serão nominativos quando o seu proprietário for aquele cujo o nome se encontra nos registros do emitente, dessa forma, a circulação do título em face do seu emitente é feita por termo de cessão ou de transferência em registro do emitente, assinado pelo proprietário e pelo adquirente. Podem ser também títulos de crédito à ordem, que são aqueles que trazem sempre o nome do beneficiário e podem circular por endosso ou, não à ordem, que se difere do à ordem, porque essa cláusula impede que o título circule por endosso. Enfim, podem ser ao portador, quando não se identifica a pessoa do seu beneficiário e, por isso, aquele que o possuir na data do vencimento será considerado o portador legítimo a receber o pagamento¹²³.

2.2.1 DOS TÍTULOS DE CRÉDITO COMO BENS MÓVEIS

Muito se discutiu, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre a classificação dos títulos de créditos em bens móveis ou bens imóveis, encontrando-se a doutrina totalmente dividida.

A doutrina majoritária entende que os títulos de créditos devem ser classificados como bens móveis.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Títulos de Crédito. Vol.2. 4ªed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 63 a 66.

Orlando Gomes preleciona que entre os bens artificialmente móveis, incluem-se os títulos de crédito, pois são valores mobiliários nos quais o direito que representam está incorporado ao documento que o consubstancia, ou seja, o título¹²⁴.

No mesmo sentido, Marlon Tomazette ensina que o título de crédito é um bem móvel e como tal está sujeito aos princípios gerais que regem os bens móveis. Essa natureza móvel simplifica a circulação dos títulos de crédito, agilizando a transmissão das riquezas, o que é essencial para os títulos de crédito¹²⁵.

Não ficando para trás, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 4ª Turma, no ano de 2013, também caracterizou os títulos de créditos como bens móveis quando julgaram o Recurso Especial nº 1263500, proferindo, por exemplo, a Ministra Maria Isabel Gallotti, em seu voto o seguinte trecho:

Segundo o artigo 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”.

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem “direitos pessoais de caráter patrimonial”, bens móveis, portanto¹²⁶.

Desta feita, fica clara a percepção de que o entendimento dominante é o de que os títulos de créditos configuram bens móveis mesmo não sendo corpóreos.

2.3 DA LIGAÇÃO ENTRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CRÉDITOS CEDI-DOS FIDUCIARIAMENTE

Como já foi mencionado no capítulo anterior, a recuperação judicial caracteriza um mecanismo de recuperação para a empresa que exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos e que se encontra em crise econômico-financeira, oferecendo espécies de plano de recuperação, desde que tal empresa se classifique como uma empresa viável, com o intuito de conservar a sua fonte produtora e resguardar os empregos, ensejando a realização da sua preservação e função social, que, afinal de contas, é mandamento constitucional, além de estimular a atividade econômica.

Sempre é bom ter em mente que os planos de recuperação, quaisquer que sejam as vias de resgate eleitas, devem ser flexíveis. Isto significa que devem

¹²⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11º ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 1975, p. 220.

¹²⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Títulos de Crédito. Vol.2. 4ªed. São Paulo. Atlas, 2013, p.18.

¹²⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Direito Civil. Rel. Des. Maria Isabel Gallotti. Recurso Especial nº 1.263.500, da Segunda Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Brasília. Lex: Jurisprudência do STJ. 12 de março de 2013.

manter compatibilidade com as condições do mercado sem relegar os interesses econômicos que imediatamente incidem sobre a empresa devedora. A busca do equilíbrio entre os interesses dos credores e o atendimento do interesse público e social é que vai revelar o acerto ou desacerto de determinado plano de recuperação¹²⁷.

Assim, verifica-se que os planos de recuperação são elaborados de forma livre, sendo possível qualquer tipo de acordo entre os diversos credores e o devedor, devendo-se seguir apenas as regras gerais que impõem mínimos legais que devem ser respeitados.

Referente aos créditos, a recuperação judicial admite, de maneira geral, que seu deferimento produza efeitos em relação a todos os credores do devedor existentes na data do pedido. Em princípio, portanto, todos os créditos arrolados na recuperação judicial estariam sujeitos as suas disposições, isto é, os credores terão seus créditos sujeitos à verificação na ação judicial¹²⁸.

O artigo 49 da Lei de Recuperação e Falência prevê que estão sujeitos à recuperação todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estabelecendo o legislador, dessa forma, uma regra geral que certifica à recuperação judicial todos os créditos existentes no momento do seu pedido, todavia, essa determinação ampla e genérica não é definitiva, tendo em vista que essa mesma lei exclui da recuperação judicial os créditos cedidos fiduciariamente¹²⁹.

É com a exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente que se inicia uma ligação entre esses créditos e a recuperação judicial, ou melhor, inicia-se, na verdade, uma falta de ligação que em muito prejudica a empresa que tenta se reerguer.

Daqui em diante o trabalho terá como objeto de estudo e discussão essa exclusão dos créditos fiduciários da recuperação judicial, fazendo-se um levantamento sobre o instituto da trava bancária.

2.4 OS CRÉDITOS FIDUCIÁRIOS E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

¹²⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 6^oed. São Paulo. Atlas, 2012, p. 123.

¹²⁸ MAYER, Raquel Cristine. **A recuperação judicial e a trava bancária: análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de recuperação**. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2015. 65 f. Monografia. Curso de Direito.

¹²⁹ BRASIL. Lei 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Brasília.

Como brevemente já foi referido, o artigo 49 da lei 11.101/2005 menciona que no momento em que a petição inicial da recuperação judicial é despachada pelo juiz, os créditos existentes, mesmo que não vencidos, serão objeto de novação legal, ou seja, haverá uma nova obrigação judicial caso a recuperação seja deferida.

Entretanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo mencionado acima, fragmenta o que é tipificado no caput, ao dizer que:

§ 3º: Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevaleceram 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 empresarial¹³⁰.

Por sua vez, o artigo 6º, especificado na citação do parágrafo acima, dispõe que se deferida a recuperação judicial, suspende-se o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face da empresa devedora, declarando ainda, o parágrafo 4º desse mesmo artigo, que o prazo dessa suspensão será de até 180 dias improrrogáveis, contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, acabado o prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independente de pronunciamento judicial¹³¹.

Esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como “lei de recuperação de empresas” e passasse a ser conhecida como “lei de recuperação de crédito bancário”, ou “crédito financeiro”, ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Ou seja, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária, arrendamento ou reserva de domínio estará englobado pela recuperação. Ficará extremamente dificultada qualquer recuperação se os maquinários, veículos ferramentas etc., com as quais a empresa trabalha e dos quais depende para seu funcionamento, forem retirados¹³².

O § 3º do art. 49 c.c. o § 4º do art. 6º estabelece que não poderão ser vendidos ou retirados do estabelecimento do devedor tais bens, durante o prazo de 180 dias. Esse prazo é contado a partir do despacho que defere o processamento da recuperação, tratando-se, porém, de prazo extremamente exíguo, insuficiente para qualquer superação de crise que tenha exigido o pedido de recuperação¹³³.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Idem

¹³² BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Comentada artigo por artigo. 10º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

¹³³ Idem

Realizando uma breve interpretação do parágrafo 3º citado, este traz em seu corpo a expressão “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”. Não há mais dúvida de que os créditos e/ou títulos de créditos são bens móveis, uma vez que já ficou claro que estes configuram tal espécie de bens, e para finalizar tal interpretação, sabe-se que o credor de um título possui a titularidade fiduciária, sendo esta, portanto, uma espécie da propriedade fiduciária, tendo em vista que todo proprietário também é titular de um direito.

Nota-se que o legislador, ao configurar esses dispositivos determinou que os bens especificados não devem ser atingidos pela recuperação judicial, assim, os bens e/ou os créditos cedidos fiduciariamente à empresa não sofrem os efeitos da recuperação judicial, dificultando a recuperação da empresa.

Fazendo um apanhado sobre os bens alienados fiduciariamente, mesmo esses bens não sofrendo os efeitos da recuperação, o credor-fiduciário deve respeitar o prazo de 180 dias para poder realizar a retirada de tais bens, entretanto, sabe-se que seis meses muitas vezes não é suficiente para garantir uma efetiva recuperação empresarial, ficando o empresário ou sócio empresário desamparado, visto que, os objetos que lhe foram alienados fiduciariamente são essenciais para a sua atividade, portanto, mesmo acabado o prazo, não deveriam ser retirados de imediato. Antes da retirada teria que ter uma avaliação sobre as condições da empresa quanto a sua recuperação, certificando-se de que esta tem condições de continuar as suas atividades sem o auxílio de tais bens que são considerados essenciais para a atividade e para o novo desenvolvimento da empresa.

Contudo, no tocante a cessão fiduciária de créditos, se levada em consideração a prática do dia a dia será fácil perceber que não é bem assim que acontece.

A cessão fiduciária de créditos e títulos de créditos é usualmente utilizada pelas instituições financeiras quando do empréstimo de recursos financeiros às empresas. Nessas hipóteses as empresas cedem fiduciariamente aos bancos seus créditos com terceiros, e o banco poderá se apropriar destes recebíveis até satisfeito seu crédito com a empresa.

Assim, nestes casos, poderá a instituição financeira simplesmente travar a operação de recebimento de crédito na conta bancária da empresa, redirecionando a entrada desses créditos automaticamente para a conta da própria instituição. Os recebíveis da empresa não entrarão nem mesmo na conta de seu fluxo de caixa, pois serão diretamente redirecionados para a instituição financeira concedente do crédito¹³⁴.

¹³⁴ MAYER, Raquel Cristine. **A recuperação judicial e a trava bancária: análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de recuperação**. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2015. 65 f. Monografia. Curso de Direito.

Isto é, quando uma empresa, devido crise econômico-financeira, recorre a uma instituição financeira para adquirir um empréstimo, ela cede como garantia para o banco os créditos que possui com seus devedores. No momento em que o empréstimo é realizado, o banco cria uma conta vinculada a conta da empresa e, consequentemente, todo o dinheiro depositado pelos devedores da empresa automaticamente é encaminhado para o banco. Então, percebe-se que nem o prazo de 180 dias estabelecido por lei é respeitado.

Assim sendo, o parágrafo 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, nada mais prevê que a denominada trava bancária, devido a exclusão do procedimento da recuperação judicial dos créditos titulados pelo proprietário fiduciário de bens móveis, mais especificamente, dos direitos creditórios¹³⁵.

Fala-se em *trava* justamente porque os créditos que a empresa em recuperação receberia são direcionados automaticamente para os bancos, sem entrar no seu caixa. Os bancos, então, *travam* a operação, no sentido de que não correm mais o risco da empresa financiada, mas sim dos devedores desta¹³⁶.

O grande problema é que a cessão de créditos de caráter fiduciário aos bancos, compreende, na maioria das vezes, a parte substancial dos recebíveis das empresas em crise. A empresa que se encontra em apuros necessita dos seus recebíveis para poder ter capital de giro e, quem sabe, poder sair da crise que a tem e se recuperar. Então, tendo em vista a luta pela sobrevivência e o empecilho da trava bancária, as empresas têm frequentemente ajuizado ações questionando a legalidade da exclusão desses créditos da recuperação judicial¹³⁷.

Não há dúvidas de que o legislador ao excluir esses créditos deu tratamento privilegiado ao credor-fiduciário, já que seu crédito não é abrangido pelos efeitos da recuperação judicial, permanecendo os direitos de propriedade sobre a coisa¹³⁸.

É certo que neste caso, o credor-fiduciário, especificamente as instituições financeiras, assim como as empresas, também atuam como fomentadoras da atividade empresarial do país, possuindo a faculdade de conceder créditos de acordo com uma avaliação realizada em cima dos riscos e da capacidade de pagamento do solicitante do crédito, tal qual o devedor.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Recuperação judicial e trava bancária**. Revista do direito bancário e do mercado de capitais. São Paulo, p. 14-23, março, 2013.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ PODCAMENI, Giovanna Luz. **A trava bancária na recuperação judicial**. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito. 2010. 59 f. Monografia. Curso de Direito.

Porém, uma questão indiscutível é a aplicação dos altíssimos spreads bancários no momento do empréstimo financeiro.

A justificativa para aqueles que se posicionam favoravelmente à medida das “travas bancárias” encontra coró na necessidade de se conceder uma garantia mais tangível e segura aos financiadores de crédito para o mercado empresarial, principalmente devido ao risco de inadimplência inerente aos contratos de crédito celebrados por essas instituições com vasta gama de sociedades de diferentes setores produtivos¹³⁹.

Acrescido a esse argumento, mister salientar que os defensores das “travas bancárias” advogam ser essa medida a mais eficaz e imprescindível instrumento legal de proteção à concessão da satisfatória garantia ao adimplemento das obrigações financeiras contraídas pela sociedade em crise. Coróando esse posicionamento, os defensores das “travas bancárias” vão além, ressaltando que, somente com uma melhor e mais eficaz garantia de satisfação de seus créditos, por consequência, poder-se-ia ter a diminuição do spread bancário, resultando na diminuição dos riscos inerentes às atividades de financiamento e concessão de créditos promovidos pelas instituições financeiras a seus consumidores no País¹⁴⁰.

Sabe-se que uma porcentagem dos spreads, como já explicado no momento do estudo sobre o sistema financeiro, é relativa ao risco de inadimplemento do devedor, e mesmo já existindo uma porcentagem que garante aos bancos a satisfação dos seus créditos no caso de ocorrer o inadimplemento, o spread bancário brasileiro é um dos mais elevados do mundo, mostrando a realidade que os argumentos daqueles que defendem a trava bancária encontram-se frustrados, pois não há diminuição relevante nos spreads bancários.

Portando, tem-se no quadro as instituições financeiras que cederam créditos fiduciários, excluídas dos efeitos da recuperação judicial, não precisando esperar prazo estabelecido por lei, podendo executar seus créditos de imediato e sem decisão judicial e, mesmo com todas essas vantagens não diminuíram o custo do crédito, instaurando elevadas taxas de juros, quais são os spreads bancários, que, em muito, dificultam a recuperação da empresa em crise.

No mais, um outro ponto relevante a ser discutido é a posição do credor-fiduciário em face dos demais credores.

Ao administrador judicial compete:

... além de outros deveres que a lei lhe impõe, o de elaborar a relação de credores com base nos documentos colhidos nas habilitações de crédito e nos livros do devedor, assim como organizar o quadro-geral de credores, baseado nessa relação e nas decisões proferidas nas impugnações¹⁴¹.

¹³⁹ ALVARENGA, Bernardo Bicalho de. **As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias**. Revista de direito mercantil, .153/154, p. 137.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013, p. 86.

Após os créditos dos credores serem julgados pelo juiz, a tarefa primordial do administrador judicial é consolidar o quadro-geral de credores, incluindo os créditos declarados e não impugnados. Tal quadro é importantíssimo, pois sem ele o processo concursal não segue, ficando estagnado, causando prejuízos aos credores, a ordem pública, a justiça, ocasionando tumulto e congestionamento nos juízos¹⁴².

Ocorre que, o credor-fiduciário não se faz presente no quadro-geral de credores, pois a própria Lei de Recuperação e Falência o exclui, deixando-o em situação mais favorável e injusta diante de todos os outros credores.

Os demais credores devem respeitar o prazo de suspensão estabelecido por lei, de 180 dias, para poder executar os seus créditos, enquanto que a instituição financeira, como credora fiduciária não precisa esperar o fim de nenhum prazo. Mas, não precisar, não significa não dever, pois como credora deveria, sim, esperar ao menos o prazo de 6 meses, já que a empresa se encontra em recuperação judicial devido à crise econômico-financeira e a quantia que lhe é devida é instrumento essencial para a realização da atividade empresarial.

Além do mais, desrespeita também o princípio falimentar denominado de *par conditio creditorum*, que prevê o tratamento isonômico dos credores no momento da satisfação de seus respectivos direitos perante a sociedade falida ou em recuperação judicial. Esse princípio é muito apontado pelos credores que fazem parte do quadro-geral, uma vez que há uma real violação por parte das instituições financeiras, que, como já visto, possui tratamento privilegiado, tendo como resultado inúmeros conflitos jurídicos¹⁴³.

Então, já vistas as relações, ou falta delas, entre os créditos fiduciários e recuperação judicial, será apresentado agora, de forma mais específica e clara, o óbice que a cessão fiduciária configura perante a recuperação judicial.

2.5 ÓBICE À RESTRUTURAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE

O primeiro óbice concretiza-se no momento em que é facultado ao credor fiduciário ingressar com processo de execução paralelo ao processo de recuperação judicial, isto é, cabe exclusivamente à vontade das instituições financeiras o fato delas

¹⁴² Idem.

¹⁴³ ALVARENGA, Bernardo Bicalho de. **As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias**. Revista de direito mercantil, .153/154, p. 137.

não ingressarem com a execução dos seus direitos junto com o processo de recuperação judicial, se igualando ao restante dos credores, devendo agir de acordo com o plano de recuperação da empresa, esperando no mínimo o prazo de 180 dias para executar seus créditos, ou, simplesmente, continuarem com a execução dos créditos que se iniciou antes da recuperação judicial. Normalmente, o que mais acontece é o que está descrito na segunda opção, pois não é interessante para os bancos esperar um prazo de seis meses para a satisfação dos seus créditos¹⁴⁴.

O segundo óbice decorre da não sujeição dos créditos cedidos fiduciariamente à recuperação judicial. Dizer que esses créditos não estão sujeitos a recuperação judicial, significa dizer que o credor fiduciário não está sujeito a plano de recuperação judicial, resultando na impossibilidade de seu direito creditício ser modificado no plano de recuperação, ou seja, o plano de recuperação judicial não poderá impor normas ao credor fiduciário que impactem ou possa alterar sua condição creditícia perante a sociedade devedora. A previsão legal que faz essa exclusão causa consequências econômico-financeiras desastrosas para a sociedade empresária que, na verdade, já vivencia uma crise¹⁴⁵.

Com o exposto, é fácil perceber a quebra de uma efetiva recuperação das sociedades empresárias, infringindo-se todos os princípios norteadores da Lei 11.101/2005.

O artigo 47 dessa mesma lei dispõe:

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 econômica¹⁴⁶.

Esse dispositivo é a verdadeira declaração dos princípios basilares da recuperação judicial, que, em ordem de importância são: o princípio da preservação da empresa, da função social, da proteção aos trabalhadores e o princípio do interesse dos credores.

Manuel Justino Bezerra leciona:

A Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua ple-

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Brasília.

nitudo tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os 'interesses dos credores'¹⁴⁷.

Assim, é notável a preocupação da lei por um mecanismo que viesse privilegiar a manutenção da empresa, preservasse as relações de emprego e que continuasse garantido os benefícios sociais trazidos por ela.

Porém, o mesmo legislador que elaborou o artigo 47, instruiu o artigo 49, § 3º, que em nada corresponde com a Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Tal artigo já descrito, mencionado e discutido, é contraditado por inúmeros outros artigos da mesma lei, tendo em vista que ele exclui uma série de créditos dos efeitos da recuperação judicial, sendo que, esses créditos excluídos, de origem financeira, são as mais importantes e determinantes em qualquer tentativa de recuperação.

Para que haja uma melhor absorção do nível de dificuldade da recuperação de uma empresa diante de uma cessão fiduciária de recebíveis futuros ou, popularmente conhecida como *trava bancária*, será exemplificada tal modalidade de garantia.

Tudo acontece da seguinte forma: a empresa **(A)** está passando por dificuldade financeira e sente a necessidade de fazer um empréstimo, dessa forma, procura o banco **(B)** para obtenção de tal crédito. A instituição financeira **(B)** concede um empréstimo ao empresário **(A)**, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), recebendo como garantia a propriedade dos direitos creditórios que o empresário **(A)** tem perante a administradora de cartão de crédito **(C)**. Sendo assim, o devedor **(C)**, ao invés de pagar a **(A)**, fará o pagamento ao banco **(B)**, fazendo o depósito do dinheiro em conta vinculada, pois, se na data do vencimento da obrigação de **(A)**, este não pagar o que deve a **(B)**, este último pode usar o dinheiro depositado por **(C)** na conta vinculada para saldar o débito.

O contrato de cessão fiduciária de créditos transferiu ao banco **(B)** a propriedade sobre os direitos de crédito que o empresário **(A)** tinha em relação a **(C)**, devido as vendas realizadas por cartão de crédito. Assim, quaisquer depósitos feitos por **(C)** referente as vendas por cartão de crédito da empresa **(A)** são a garantia e a propriedade fiduciária de **(B)**.

Nessa situação, indaga-se, como uma empresa que se encontra em crise financeira, ou seja, falta-lhe ativos para o bom desenvolvimento de sua atividade e para

¹⁴⁷ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Comentada artigo por artigo**. 10º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014, p. 144-145.

o pagamento dos seus credores, irá se reestabelecer se o seu capital de giro é travado pelas instituições financeiras? Como a empresa irá investir na recuperação da sua atividade se, por exemplo, os cem mil reais citados acima forem retirados dentro de um, dois ou três meses? Todo o dinheiro das vendas feitas via cartão de crédito, incluindo o seu lucro, já estão comprometidos diante da execução imediata do credor fiduciário, não podendo o devedor fiduciário contar com o dinheiro que teria em conta.

Enfim, diante de tudo que já foi abordado, não restam dúvidas de que o artigo 49, especialmente o seu § 3º, tem carga negativa frente à recuperação judicial, destruindo as pequenas, médias e até grandes chances das empresas se recuperarem.

Nessa postura difícil e delicada, os empresários recorrem ao judiciário com o intuito de conseguir a liberação da trava bancária, isto é, a liberação do capital contido em conta vinculada, para só assim possibilitar o sucesso da recuperação e a preservação da sociedade empresária.

Esse tema polêmico já causou e continua causando posicionamentos jurídicos divergentes entre os Tribunais de Justiça, havendo tribunais que decidiram a favor da empresa, alegando-se os princípios da preservação da empresa e da função social, enquanto que, por outro lado, alguns tribunais decidiram em prol dos bancos, por acreditarem que esse mecanismo não fere tal preservação.

Trata-se de tema relevante e de interesse dos bancos enquanto fornecedores de crédito, que querem garantias e segurança jurídica quanto ao seu recebimento, em vista que ele é o elemento catalisador do desenvolvimento econômico e social por conta do efeito benéfico para a produção de bens e serviços para a coletividade e, conseqüentemente, da redução do custo do dinheiro. Por outro lado, as empresas que são as tomadoras desse crédito não podem ficar desamparadas, sem fluxo de caixa, principalmente em momento de desequilíbrio econômico-financeiro, sob pena de inviabilizar o seu negócio, agravando o quadro da crise, com possibilidade de falência, o que vai contra o espírito da lei¹⁴⁸.

No próximo capítulo será realizada uma análise sobre como funciona todo esse procedimento de cessão de créditos fiduciários tendo em vista a empresa que se encontra em crise e passa por recuperação judicial, bem como serão expostas e comentadas decisões a favor da liberação da trava bancária, assim como também será apontada a solução para os casos que configurem esse problema.

¹⁴⁸ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Recuperação judicial em casos de cessão fiduciária: a exclusão dos bancos do processo**. Artigo disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100728184712.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

CAPÍTULO III – DO DIREITO COMPARADO E DA JURISPRUDÊNCIA

O capítulo II, que tratou sobre a cessão fiduciária, já utilizou do método de Direito Comparado, analisando esse instituto no Direito Romano, no Direito Germânico e no Direito Inglês, logo, o presente capítulo abordará a cessão fiduciária nos países latino-americanos, especificamente no México e na Argentina e, em seguida se fará menção a decisões jurisprudenciais.

3.1 O FIDEICOMISSO LATINO-AMERICANO

O fideicomisso é conhecido como instituto de direito sucessório.

A etimologia de fideicomisso está associada à expressão romana *fidei tua comitto*, o que bem evidencia o caráter fiduciário da substituição fideicomissária, inserindo-se no ordenamento jurídico como forma excepcional de nomeação de herdeiros ou legatários¹⁴⁹.

Entretanto, alguns países da América Latina adotaram o fideicomisso para outros fins, como o fideicomisso financeiro, visando a concessão de financiamentos e a ampliação do crédito.

... o fideicomisso, instituto do direito romano, que foi adaptado por diversos países da América do Sul para facilitar a obtenção de crédito destinado à execução de projetos de infraestrutura. Na sua origem, o fideicomisso tem natureza de disposição testamentária, ou seja, faz parte do direito sucessório. Mas a possibilidade de transmitir a titularidade de ativos com a constituição de um patrimônio de afetação – uma característica do instituto – chamou a atenção de juristas para adequar as normas referentes ao fideicomisso a fim de viabilizar operações de natureza financeira¹⁵⁰.

A Colômbia, o México, Chile, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Nicarágua, Guatemala, Equador, Honduras, Argentina e Paraguai, foram os países que adotaram o fideicomisso com fim financeiro¹⁵¹.

Desta forma, percebe-se que o Brasil não adotou o fideicomisso financeiro, utilizando esse instituto apenas para fins sucessórios. Mas, como já foi visto, o Brasil possui inúmeras leis esparsas que regulamentam os negócios de natureza fiduciária

¹⁴⁹ ALVARENGA, Robson. **Fideicomisso**. Boletim de direito imobiliário, nº 28, 2007. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/quem-somos.php>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

¹⁵⁰ SENRA, Andressa Biato, et al. **O fideicomisso como facilitador do crédito na América do Sul**. BNDS Setorial, Rio de Janeiro, nº 25, p. 175-214, março, 2007.

¹⁵¹ KIPER, Cláudio Marcelo; e LISOPRAWSKI, Silvio. **Tratado de fideicomisso**. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 175.

semelhantes ao fideicomisso financeiro praticado nos latino-americanos, tais como a alienação fiduciária em garantia, cessão fiduciária de créditos, dentre outras.

De forma simplificada, a estrutura do fideicomisso pode ser definida como aquela em que uma pessoa física ou jurídica transfere temporariamente a propriedade de determinados bens ou direitos para outra pessoa física ou jurídica, até atingir determinado fim ou por um prazo determinado. Cumprida a finalidade ou o decurso do prazo previamente estabelecidos, aquele que detém a propriedade temporária deve transferir os bens a terceiro ou devolvê-los ao proprietário original¹⁵².

Em outras palavras, o fideicomisso financeiro é negócio jurídico que se caracteriza quando o fideicomitente, ou também chamado de fiduciante, transfere a propriedade resolúvel de determinados bens ou direitos ao fiduciário para a realização de um fim determinado, a favor de uma terceira pessoa denominada fideicomissária. A título de uma absorção mais clara, o fideicomitente é aquele que transmite os bens, enquanto que o fiduciário é aquele que cumpre o encargo e, por fim, o fideicomissário ou o beneficiário é aquele que é favorecido com o encargo cumprido.

O objeto sobre o qual pode recair o fideicomisso é amplo, podendo se dá sobre bens de qualquer natureza, presentes ou futuros, afetando todo o patrimônio ou parte dele, e podem atuar como fiduciários as pessoas físicas, jurídicas e de direito público¹⁵³.

O fideicomisso assemelha-se não só com os negócios fiduciários brasileiros, mas também com o trust americano no que diz respeito a transferência da propriedade resolúvel, mas possui como característica fundamental a individualização dos bens ou dos direitos, ocorrendo, dessa forma, o isolamento do patrimônio que não será atingido no caso de falência. Os bens ou direitos devem ser individualizados no momento em que são instituídos e, se caso não seja possível a individualização, devem ser descritos com seus requisitos e características para que seja configurado um patrimônio autônomo, que não se comunica nem com o do fideicomitente nem com o do fiduciário. Tal patrimônio só é afetado no cumprimento de uma destinação específica¹⁵⁴. Importante ressaltar que tal prática não acontece no Brasil.

3.2 O FIDEICOMISSO NO MÉXICO

¹⁵² SENRA, Andressa Biato, et al. **O fideicomisso como facilitador do crédito na américa do sul**. BNDS Setorial, Rio de Janeiro, nº 25, p. 175-214, março, 2007.

¹⁵³ ARGENTINA. Lei 24.441, de 22 de dezembro de 1994. **Financiamiento de la vivienda y la construcción**. Buenos Aires.

¹⁵⁴ SENRA, Andressa Biato, et al. **O fideicomisso como facilitador do crédito na américa do sul**. BNDS Setorial, Rio de Janeiro, nº 25, p. 175-214, março, 2007.

No México, o fideicomisso financeiro surgiu por meio da *Lei General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC), de 27 de agosto de 1932, cuja última reforma ocorreu em 20 de agosto de 2008 e está regulado nos artigos 394 até 407 da Seção Segunda do Capítulo V.

O artigo 381 da lei mencionada acima dispõe que em razão do fideicomisso, o fideicomitente transmite a uma instituição fiduciária a propriedade ou a titularidade de um ou mais bens, ou ainda direitos para ser destinados a fins lícitos e determinados, cabendo à própria instituição fiduciária a realização de tais fins.

As instituições fiduciárias, ou seja, os bancos, poderão ser fideicomissárias, isto é, beneficiária, nos fideicomissos que tenham por fim servir de instrumento de pagamento de obrigações não cumpridas, e para os créditos concedidos pela própria instituição para a realização de atividades empresarias. Nesses casos, as partes deverão acordar sobre os termos e condições para dirimir possíveis conflitos de interesse.

De acordo com o artigo 386 da LGTOC, qualquer bem ou direito poderão ser objetos do fideicomisso, exceto aqueles que a lei estipular como personalíssimos em relação ao seu titular. O mesmo artigo também estabelece que os bens a serem dados em fideicomisso serão considerados afetados ao fim a que se destinam e, consequentemente, somente poderão ser exercidos em relação a eles os direitos e ações vinculados à sua finalidade, exceto as ações expressamente reservadas pelo fideicomitente, as que para ele derivem do próprio fideicomisso ou as ações adquiridas legalmente em relação a tais bens anteriormente à constituição do fideicomisso, pelo fideicomissário ou por terceiro.

Isso quer dizer que, no México, o legislador adotou o instituto do patrimônio de afetação para os bens e direitos que compõem o fideicomisso financeiro. A adoção de um patrimônio de afetação faz com que os bens fideicomitados só sejam afetados para o cumprimento da finalidade para o qual foi constituído o fideicomisso, não se sujeitando aos efeitos da falência nem do devedor e nem do credor¹⁵⁵.

É notório o quanto a legislação do México é precisa ao regulamentar o fideicomisso, não deixando nenhum tipo de dúvida quanto a afetação dos bens ou direitos em garantia e, por isso, as instituições financeiras de muitos países vem adotando

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

essa modalidade de garantia de empréstimo. Em suma, essa garantia permite que todo o procedimento seja convencionado entre as partes, mas já determina que tais bens ou direitos não sofrerão os efeitos da falência de nenhuma das partes, e, assim sendo, entende-se que o mesmo ocorre no momento em que a empresa passa por recuperação, até porque trata-se de uma garantia patrimonial autônoma que só será mexida em caso do não cumprimento da obrigação adquirida por alguma das partes ou, cumpridas as obrigações ou acabado o prazo estabelecido, deverá aquele que detém a propriedade, por exemplo o banco, transferir os bens a terceiro ou ao proprietário original, que seria no caso a empresa.

3.3 O FIDEICOMISSO NA ARGENTINA

Na Argentina, o fideicomisso em sentido geral e financeiro é regulado pela Lei nº 24.441 de 22 de dezembro de 1994, sendo o financeiro citado a partir do artigo 19. O artigo 1º dessa lei se preocupou em definir o fideicomisso argentino e articulou que ele ocorre quando o fiduciante transmite ao fiduciário a propriedade fiduciária de bens, e este último se obriga a utilizá-la em benefício de quem for designada no contrato como beneficiária e a transmiti-lo ao fiduciante, ao beneficiário ou ao fideicomissário após o cumprimento de um prazo ou condição.

Assim, observa-se a existência de três sujeitos, quais são, o fiduciante, que detém a propriedade do bem e o transmite ao fiduciário; o fiduciário, sendo aquele que recebe o bem e o utiliza nos modos que o fiduciante deseja, podendo ser pessoa física ou jurídica, exceto nos casos de fideicomisso financeiro em que somente os bancos podem atuar como o sujeito fiduciário, ou seja, o fiduciário nesse caso é obrigatoriamente pessoa jurídica; o beneficiário ou fideicomissário, que são aqueles em favor de quem o fideicomisso é constituído.

No geral, o contrato fideicomisso transfere ao fiduciário o direito de propriedade sobre bens ou direitos, porém, na Argentina, só há a transferência da propriedade fiduciária quando se tratar de coisas e, se for, por exemplo, um título de crédito, tratando-se então da transmissão um direito, as normas aplicadas serão aquelas que regulam os títulos de crédito. Esse modo de agir é coerente com a teoria geral dos direitos reais, uma vez que esse direito tem por objeto coisas certas, determinadas,

que no momento existam e estejam no mercado, não sendo possível o direito real de coisas incertas ou futuras¹⁵⁶.

Em consonância com o México, os bens fideicomitidos constituem um patrimônio separado do patrimônio do fiduciante e do fiduciário, e também não estão sujeitos a ação singular ou ação coletiva de credores de ambas as partes, pelos mesmos motivos já explanados quando se falou do fideicomisso no México.

Tendo em vista o que foi apresentado, percebe-se a diferença não só do instituto da garantia fiduciária, mas também da segurança jurídica, que diferente dos países citados acima, no Brasil não se encontra.

Não é de agora e nem de hoje que a cessão fiduciária de créditos, no tocante a recuperação judicial gera opiniões controversas, causando polêmica e insegurança no âmbito jurídico. Acreditava-se que quando essa temática chegasse ao Superior Tribunal de Justiça as diversas opiniões seriam pacificadas, mas o que se percebe é uma real divergência jurisprudencial.

3.4 POSIÇÕES JURISPRUDÊNCIAIS

A) Posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965. 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. 2. Recurso especial provido¹⁵⁷.

Ocorreu, que a Indústria de Móveis Movelar LTDA passava por recuperação judicial e a 2ª Vara Civil da Comarca de Linhares-ES determinou a inclusão dos créditos cedidos fiduciariamente à recuperação judicial, ou seja, proferiu a quebra da trava bancária. O valor ao qual juiz se referiu era de R\$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos).

O credor, Banco Bradesco S/A, impugnou tal decisão alegando que os créditos fiduciários não se sujeitam à recuperação judicial de acordo com o §3º do artigo 49 da

¹⁵⁶ KIPER, Cláudio Marcelo; e LISOPRAWSKI, Silvio. **Tratado de fideicomisso**. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 38.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Rel. Des. Maria Isabel Gallotti. Recurso Especial nº 1.263.500, da Segunda Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Brasília. **Diário de justiça**. 12 de abril de 2013.

Lei nº 11.101/2005. Dessa forma, a empresa recuperanda demandou em juízo reque-
rendo a devolução dos valores recebidos pelos credores, entre eles o Banco Bra-
desco, durante a recuperação judicial, e teve seu pedido acolhido pelo juiz de piso.

Por sua vez, o Banco Bradesco interpôs agravo de instrumento defendendo
que os créditos em questão se tratam de créditos fiduciários caracterizados como
bens móveis, devendo, portanto, serem excluídos dos efeitos da recuperação judicial.
Em contrapartida, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo negou provimento ao instru-
mento de agravo argumentando que estão sujeitos à recuperação judicial todos os
créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, além de que, a cessão
fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na Lei de Recuperação Ju-
dicial no tocante ao proprietário fiduciário, pois a lei pretende proteger o credor que
aliena fiduciariamente bem móveis ou imóveis para a empresa que se encontra em
recuperação, situação diferente da que ocorre nos casos em que a empresa cede
fiduciariamente os títulos aos bancos e, por fim, argumentou que o § 3º do artigo 49
da Lei de Recuperação e Falência faz menção aos bens móveis materiais, não se
aplicando aos títulos de crédito que, em geral, são bens móveis imateriais.

Em sequência, o Banco Bradesco impetrou recurso especial basicamente com
os mesmos argumentos já mencionados acima.

No Superior Tribunal de Justiça, a relatora do processo, Ministra Maria Isabel
Gallotti, reconheceu e deu provimento ao recurso excluindo dos efeitos da recupera-
ção os créditos cedidos fiduciariamente, fazendo uso do artigo 49, § 3º da Lei de Re-
cuperação e Falência, decidindo que os direitos creditórios pessoais são bens móveis
incorpóreos e, por isso, o dispositivo se enquadra na devida situação.

Destaca-se as seguintes palavras da Ministra em seu voto:

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito
coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos de-
mais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser
considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação
da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de
retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de
financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do
spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema finan-
ceiro nacional como um todo¹⁵⁸.

Percebe-se que ao proferir seu voto, a Ministra Maria Isabel reconhece que
excluir os créditos cedidos fiduciariamente é dar tratamento extremamente privilegiado
aos bancos e dificultar a recuperação judicial da empresa em crise, no entanto, ela o

¹⁵⁸ Idem.

justifica não só fazendo o uso do dispositivo já citado, mas também com a expectativa de que as taxas de juros abajassem, diminuindo o valor do spread bancário, o que iria favorecer a atividade empresarial, tendo em vista que a empresa precisa ter acesso ao crédito para o seu desenvolvimento. Contudo, já foi analisado que as taxas de juros continuam altas e que o spread bancário brasileiro é o terceiro mais alto do mundo, portanto, com essa decisão, colocou as instituições financeiras acima de todos os outros credores, além de dificultar ou impossibilitar a recuperação da empresa, ferindo todos os princípios norteadores da Lei 11.101/2005, não se efetivando nenhum benefício à empresa recuperanda.

Diante dessa decisão, é como se o interesse privado devesse prevalecer sob o interesse público, ou seja, a vontade dos bancos deve estar acima da vontade do povo, considerando que a recuperação da empresa é de interesse não só dos seus sócios, mas daqueles que a compõe, como os trabalhadores e os consumidores, que necessitam dos seus serviços ou produtos, resultando assim na prática da sua função social.

Nesse recurso, o Ministro Luís Felipe Salomão não concordando com tudo o que foi disposto pela Ministra Relatora Maria Isabel, proferiu um voto-vista afirmando que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem sempre ser muito bem pensadas, levando-se sempre em consideração as reais consequências, para que não se profira decisão que vá de encontro com o propósito da preservação da empresa.

No primeiro momento ele concordou com o voto da referida Ministra, no que diz respeito a exclusão da trava bancária dos efeitos da recuperação, levando em consideração a importância do crédito bancário para as empresas, estando ela em crise ou não, e também concordou com a classificação dos créditos fiduciários como bens móveis. Porém, ele aduz que da mesma forma que foi feita uma interpretação extensa acerca dos bens móveis e imóveis e em relação a propriedade sobre a coisa, deve-se também fazer uma interpretação larga do §3º, artigo 49, da Lei 11.101/2005.

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

do art. 6º desta Lei, **a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.**

O Ministro relata que como os direitos creditórios transferidos por cessão fiduciária inserem-se na parte inicial do dispositivo, tais direitos também devem sofrer as restrições elencadas no final do dispositivo, referente a retirada dos bens que compõem o estabelecimento, sempre que essenciais a sua atividade empresarial, sejam eles bens de capital, ou não.

Destaca-se as seguintes palavras do Ministro Luís Felipe Salomão em seu voto-vista:

Nesse passo, parece mais adequado estabelecer que o alcance da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para os credores fiduciários, que têm seus direitos de propriedade preservados, não se permite, "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". Com essa medida, creio que os diversos interesses que aparentemente conflitam no seio da recuperação ficam preservados.

Ou seja, levando-se em consideração os princípios que regem a Lei de Recuperação da empresa e as exceções previstas no dispositivo em comento, a interpretação e a prática deveria ser a de que embora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, ele não está livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º.

Então se tratando de alienação ou cessão fiduciária é mais justo que ao menos o prazo de 180 dias seja respeitado pelas instituições financeiras, não sendo o credor quem vai dizer se o bem agravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial, mas sim, o juízo condutor do processo de recuperação, sendo indispensável, portanto, a realização do plano de recuperação judicial.

Finalmente, do seu voto conclui-se que a satisfação do próprio crédito fiduciário está limitada pelo imperativo maior da preservação da empresa, de modo que é o Juízo da recuperação quem vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, que são a preservação a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e a satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância. Em suma, o Ministro reconhece que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da recuperação.

Tal voto proferido pelo Ministro é mais ponderado, seu exame ao caso e ao conteúdo é feito de forma mais atenta, tanto em relação as necessidades das empresas recuperandas, efetivando seus princípios, como em relação as instituições financeiras, sendo aquelas e estas, entidades que configuram quadro importante na economia do país.

No fim, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial sem as ressalvas feitas pelo Ministro Luís Felipe Salomão.

O recurso analisado teve decisão proferida no ano de 2013 por meio da 4ª Turma do STJ, estando a 2ª Turma de Direito Privado do STJ em consonância com essa decisão, tendo em vista que já decidiu afirmando que os créditos cedidos fiduciariamente não sofrem os efeitos da recuperação judicial.

RECURSO ESPECIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO EM MÚTUO. BANCÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA (CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DE BENS MÓVEIS). CRÉDITO NÃO SUBMETIDO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ARTIGO 49 DA LRF. ENTENDIMENTO DAS TURMAS QUE COMPÕE A SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO¹⁵⁹.

Portanto, atualmente, a retirada dos créditos fiduciários dos efeitos da recuperação judicial é questão pacificada entre as Turmas do STJ, porém, antes dessa pacificação, desembargadores dos Tribunais de Justiça proferiram decisões a favor das empresas e, recentemente, o Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro proferiu decisão que quebra a trava bancária, não acolhendo a jurisprudência do STJ.

Adiante serão analisadas decisões de alguns Tribunais de Justiça proferidas anteriormente ao ano de 2013, ficando por último a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

B) Posições de alguns Tribunais de Justiça.

O posicionamento do STJ em relação a trava bancária concretizou-se em fevereiro do ano de 2013, entretanto, há desembargadores que discordam de tal posicionamento adotado e decidem de forma contrária, derrubando parcialmente a trava bancária, tendo em vista o sucesso da recuperação da empresa, preservando-a.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Rel. Des. Marco Aurélio Belizze. Recurso Especial nº 1437988, da Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília. **Diário de Justiça de São paulo**, 24 de novembro de 2014.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recentemente decidiu da seguinte forma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRAVA BANCÁRIA. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA RECUPERANDA. DECISÃO LIMINAR QUE LIBEROU 70% DOS CRÉDITOS SUJEITOS À CESSÃO FIDUCIÁRIA¹⁶⁰.

Na jurisprudência citada, a empresa em recuperação judicial ajuizou um pedido liminar que buscava derrubar parcialmente a trava bancária e, por meio de decisão interlocutória, o juiz deferiu o pedido. Obtendo essa decisão, o Banco SAFRA S.A provocou o judiciário, recorrendo por meio de Agravo de Instrumento, fazendo uso dos artigos 49, § 3º, da Lei 11.101/05 e 66-B da Lei de Mercado de Capitais, alegando que os créditos cedidos fiduciariamente estão excluídos da recuperação judicial.

No entanto, o recurso foi conhecido e negado pela 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, por decisão unânime, liberou a trava bancária, permitindo a empresa em recuperação judicial dispor de 70% dos créditos obtidos pelas vendas realizadas, lembrando que, até então, esses créditos estavam bloqueados pelas instituições financeiras credoras.

Em suma, o relator Cezar Augusto Rodrigues Costa, em seu voto, afirma que, em regra, os créditos garantidos por cessão fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, devido a sua natureza de propriedade fiduciária. Todavia, quando a trava bancária é praticada pelos bancos em cima do valor integral dos recebíveis futuros da empresa em recuperação, tal prática resulta em um óbice à recuperação judicial, ocasionando a empresa o risco de dano reverso irreparável ou de difícil reparação. Por isso, Cezar Augusto declara existir a necessidade de equacionar os interesses em conflito, quais são, o direito do credor fiduciário em contraposição ao princípio da preservação da empresa.

Ao formalizar o voto ele aduz que:

Tendo em vista a essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa, correta a decisão de liberação parcial da trava bancária como forma de possibilitar o sucesso da recuperação e a preservação da sociedade empresária. Com efeito, a não liberação parcial da trava bancária poderia acarretar a inviabilidade da recuperação da empresa e, conseqüentemente, a sua falência, o que não seria benéfico, principalmente em tempos de crise¹⁶¹.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Civil. Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa. Recuperação judicial e trava bancária. Agravo de Instrumento nº 0074750-46.2015.8.19.0000. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**, 19 de abril de 2016.

¹⁶¹ **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Oitava Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160427-02.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

Dessa forma, sabendo da importância dos créditos em questão e considerando que esses créditos são fundamentais para a sobrevivência da empresa em recuperação, nada mais justo que quebrar parcialmente a trava bancária, garantido a empresa um capital de giro para investir na sua atividade, o que, conseqüentemente, viabiliza a sua recuperação, resultando na preservação da empresa e da sua função social, sem ignorar os direitos das instituições financeiras que receberão pelos créditos cedidos.

Nessa mesma perspectiva, o Tribunal de Justiça do Estado Pernambuco assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. TERMINATIVA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. LEI Nº 10.931/2004. CRÉDITO SUJEITO AO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, §3º, DA LEI 11.101/2005. RECURSO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME¹⁶².

Neste caso, como agravante tem-se o Atacadão GB Ltda e, como agravados, figuram-se o Banco do Brasil S/A. e Banco Votorantim S/A.

A empresa agravante, passando por recuperação judicial, recorre da decisão proferida em primeiro grau, afirmando que os créditos cedidos fiduciariamente estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

No acórdão, o Relator defendeu que a Lei nº 10.931/04¹⁶³, ao disciplinar a propriedade fiduciária, deu origem a duas espécies do gênero negócios fiduciários, a primeira tratando-se da alienação fiduciária de coisa móvel ou imóvel, na qual o credor tem a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária, e a segunda referindo-se a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, na qual o credor tem a posse direta ou indireta apenas do título representativo do direito ou crédito, havendo o legislador dispensado o tratamento da matéria de forma individualizada de cada espécie.

Continua sua defesa ensinando que a regra de exceção limitadora de direitos prevista no artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/05 deve ser interpretada de forma restritiva, de modo que exclui dos efeitos da recuperação judicial apenas os créditos garantidos

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 4º Câmara Cível, Rel. Des. Eurico de Barros Correia Filho, Agravo de Instrumento nº 0003870-20.2014.8.17.0000. **Diário de Justiça de Pernambuco**, 16 de janeiro de 2015.

por alienação fiduciária de bens corpóreos, que podem ser móveis ou imóveis, não alcançando aqueles garantidos por cessão fiduciária de direitos nem de títulos de crédito decorrentes de alienação fiduciária em garantia.

Assim, enquanto na alienação fiduciária o credor se mantém na condição de proprietário fiduciário do bem (móvel ou imóvel), que é a exigência da lei para excluí-lo dos efeitos da Recuperação Judicial; na cessão fiduciária o credor é cessionário de um crédito, de modo que não se enquadra no requisito exigido para que a Recuperação Judicial não alcance seus créditos¹⁶⁴.

É preciso, como já dito, realizar uma interpretação restritiva do dispositivo legal questionado, qual seja, o art. 49, § 3º, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Isso porque, caso o legislador desejasse que os créditos cedidos fiduciariamente fossem excluídos dos efeitos da Recuperação Judicial, ele teria incluído previsão expressa nesse sentido¹⁶⁵.

Sendo assim, o Relator entende que a cessão fiduciária de recebíveis não está inserida na disposição do artigo 49, § 3º, da Lei de Falência e Recuperação Judicial, tendo em vista que a garantia prestada pela empresa às instituições financeiras constitui a denominada cessão fiduciária de direitos e não a alienação fiduciária de bens, tratando-se de espécies distintas do negócio fiduciário e, por assim serem, não devem ser equiparadas para os fins do artigo mencionado acima, até porque, trata-se de uma norma limitadora de direitos e, desta forma, deve ser interpretada de forma restritiva.

Utilizando-se da interpretação restritiva, os senhores desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, unanimemente, decidiram por dar provimento ao recurso, ou seja, a cessão fiduciária passou a sofrer os efeitos da recuperação judicial e as travas bancárias foram liberadas.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais há pouco tempo se posicionou no sentido de flexibilizar a trava bancária, como se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONTRATO COM CLÁUSULA DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS - APLICAÇÃO DO ART. 49, §3º, DA LEI FEDERAL 11.101/05 - FLEXIBILIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REGISTRO DO CONTRATO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS - REQUISITO FORMAL - EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS¹⁶⁶.

O agravo de instrumento foi interposto por Palmeira Indústria e Comércio de Móveis LTDA com o desejo de que fosse revista a decisão proferida na ação originária da recuperação judicial, que, a seu favor determinou a suspensão das ações contra a

¹⁶⁴ BRITO, Thiago; LEITE, Verônica. **As “travas bancárias” no processo de recuperação judicial.** Artigo disponível em: <<http://melocampos.com.br/artigo/as-travas-bancarias-no-processo-de-recupera-cao-judicial-2/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** 4º Câmara Cível, Rel. Des. Renato Dresch, Agravo de Instrumento nº 1.0699.15.004564-8/001. Minas Gerais, 19 de abril de 2016.

devedora, bem como deferiu parcialmente a tutela de urgência, determinando a liberação do percentual de 30% das garantias bancárias, representadas por garantia fiduciária, de modo que a devedora tenha capital de giro para continuar o negócio. Porém, a agravante alega que os 30% liberados não são suficientes para prover o capital de giro necessário e suficiente para continuar exercendo as suas atividades, e que a exceção no artigo 49, § 3º, não deve ser aplicada aos contratos com cláusula de cessão fiduciária de créditos, mas apenas à alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis.

O recurso foi negado, mas, em seu voto, o Relator mostrou estar em consonância com os princípios norteadores da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, pois, ao começar a justificar o seu voto, aduz que o objetivo dessa lei é possibilitar que a empresa em recuperação possa superar seus problemas econômico-financeiros e que seus contornos legais visam a consagrar princípios constitucionais fundamentais como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além da justiça social, conforme prescrevem os artigos 4º e 170 da Constituição Federal. Ademais, possui como escopo prevenir a continuidade de empregos e fomentar a atividade empresarial.

Prosseguindo com seu voto, o Desembargador Relator discorreu sobre a exceção do § 3º do artigo 49 da lei em discussão e também apontou a atual posição do STJ, todavia, finalizou da seguinte forma:

Ocorre que esse tratamento legislativo favorável dispensado ao credor fiduciário não impede que a norma em comento seja flexibilizada e atenuada sua aplicação, com a limitação da retomada do bem de sua propriedade, em hipóteses nas quais os bens alienados sejam indispensáveis às atividades empresariais¹⁶⁷.

Nesse contexto, entendeu que deve ser mantida a decisão proferida pelo julgador monocrático, pois condiz com a necessidade da manutenção das atividades empresariais da empresa quanto ao cumprimento de suas obrigações, com a observância do princípio da preservação e, ao mesmo tempo, com o exercício dos direitos das instituições financeiras, considerando, ao final, o porte da empresa e o reduzido número de débitos pendentes, chegando a conclusão de que a liberação de 30% das garantias bancárias, representadas por cessão fiduciária, revela-se razoável para a continuidade da atividade empresarial e satisfação dos direitos dos credores.

¹⁶⁷ Idem.

Encerrando a pesquisa jurisprudencial, sente-se a importância de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já que este é o estado que recebe elevado número de recuperações judiciais, por se tratar da região que possui o maior parque fabril do país¹⁶⁸.

Feita a pesquisa, não foi encontrado nenhum julgado que tenha proferido decisão apoiando a liberação da trava bancária nos casos que tratam dos direitos creditórios, ou seja, dos recebíveis da empresa, porém, nos julgados mais recentes foram identificadas decisões que efetuaram a liberação da trava bancária dos créditos decorrentes de alienação fiduciária, isto é, de propriedade fiduciária de bens móveis, considerando, o desembargador, a manutenção da atividade empresarial.

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Devedora em recuperação judicial. Embora o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 exclua dos efeitos de suspensão decorrentes do deferimento do processamento da recuperação judicial, entre outras, as ações nas quais o credor seja titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, o próprio dispositivo faz a ressalva de que bens essenciais à atividade empresarial não podem ser retirados do estabelecimento do devedor. Tratando-se, in caso, de veículos utilizados pela ré em sua atividade de transportadora, revela-se prudente que permaneçam em sua posse durante a recuperação judicial, para lhe assegurar meios de manter o desempenho de suas atividades empresariais e, assim, honrar seus compromissos. Ademais, assumindo a recorrida o encargo de depositária dos bens, como determinado da decisão de primeiro grau, será ela responsável pela sua conservação, respondendo em caso de perda ou deterioração. Recurso improvido¹⁶⁹.

No caso em tela, o Banco J. Safra agravou a decisão proferida em primeiro grau, classificando-a como inócua e que demonstra protecionismo exagerado à agravada, argumentando ainda que decisões como essas tendem a se prolongar indefinidamente no tempo, pela não realização dos atos processuais determinados na Lei 11.101/05, por inúmeras manobras judiciais ou pelo próprio acúmulo de serviço do Poder Judiciário, além de que o crédito cedido fiduciariamente não se submete aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre as coisas e as condições contratuais.

Em resposta, o Relator afirma que realmente o artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/05 exclui dos efeitos da recuperação judicial as ações nas quais o credor é titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, contudo, o mesmo dispositivo faz ressalva aos bens essenciais à atividade empresarial, não podendo estes

¹⁶⁸ BARBOSA, Vanessa. **O ranking do PIB industrial**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/os-estados-com-maior-pib-industrial-do-brasil>>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

¹⁶⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 34º Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Gomes Varjão. Agravo de Instrumento nº 2222925.84-2014.8.26.0000. São Paulo, 27 de maio de 2015.

serem retirados do estabelecimento do devedor. Menciona que, a razão de o legislador ter excepcionado a hipótese pode ser extraída no próprio texto legal em seu artigo 47 que, como já discutido nesse trabalho, faz menção ao objetivo da recuperação judicial, o qual é de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor.

Assim, fica clara a adoção, por parte do Relator, do princípio da função social da empresa para formular e fundamentar o seu voto, pois, a recuperação da empresa em crise não é de interesse único da própria empresa, mas também da sociedade e de seus fornecedores, que terão mais chances de receber seus créditos se a empresa continuar em funcionamento.

Firmando seu voto com base na preservação da empresa, o Desembargador defende:

Nesse contexto, afigura-se prudente que durante a recuperação judicial sejam assegurados à agravada os meios mínimos e essenciais para manter o desempenho de suas atividades empresariais, única forma de honrar seus compromissos, objetivo que dificilmente será alcançado se for privada dos bens objeto da demanda.

A problemática discutida nesses acórdãos atem-se no fato de que a Lei 11.101/05 conferiu ao titular do crédito fiduciário uma prerrogativa especialíssima em relação aos demais credores, conferindo substancial poder em relação a viabilidade ou não da recuperação judicial¹⁷⁰.

Durante a pesquisa da jurisprudência, detectou-se que, infelizmente, os julgados recentes acima analisados não fazem parte da maioria da jurisprudência. A maior parte dos Desembargadores seguem a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça e, muitas vezes, ao fundamentarem seus votos, passam a impressão de que estão sentenciando de forma automática, não existindo uma análise concreta que possa ponderar a necessidade da empresa em recuperação de manter as suas atividades e o direito das instituições financeiras, tornando, tanto a cessão fiduciária quanto a alienação fiduciária em óbices à recuperação judicial.

Nos poucos casos em que há uma ponderação, chegasse a relativização da trava bancária que é uma maneira justa e condizente com os princípios norteadores da Lei de Recuperação e Falência para solucionar esse tipo de demanda, por isso, o próximo e último tópico tratará especificamente dessa prática.

¹⁷⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa**. Revista do advogado, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, p. 42, setembro, 2009.

3.5 RELATIVIZAÇÃO DA TRAVA BANCÁRIA

Na construção da Lei 11.101/05, o legislador pátrio se preocupou com a realização da manutenção da empresa, conferindo efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, presentes no artigo 170 da Constituição Federal, uma vez que valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa atinja a sua função social. Isto posto, é notória a necessidade de se relativizar o instituto da trava bancária, visando que, o fiel cumprimento do artigo 49, § 3º, da lei em estudo, que tem o condão de afastar dos efeitos da recuperação judicial os contratos com cláusula de cessão fiduciária, pode configurar obstáculo intransponível ao restabelecimento da saúde financeira da empresa que se encontra em crise econômico-financeira, tendo em vista que autoriza a continuidade das ações e execuções em desfavor da recuperanda e a consequente retirada de bens essenciais para permanência das atividades da empresa em recuperação judicial, o que compromete o fiel cumprimento do plano de recuperação judicial¹⁷¹.

Não resta dúvida de que a relativização da trava bancária deve ser praticada quando os bens físicos ou os recebíveis dados em garantia fiduciária são caracterizados como essenciais para a continuidade da atividade da empresa, mas, para que o juiz decida corretamente é preciso que ele saiba o caminho a ser seguido para evitar o exercício disfuncional do direito e conseguir identificar a porcentagem de recebíveis em garantia fiduciária que deve ser levantada pela sociedade em recuperação judicial, a fim de que a garantia se mantenha hígida ao mesmo tempo em que a sociedade empresaria permaneça com expectativa de se reestruturar financeiramente. Além disso, o juiz deverá analisar cada caso com objetivo de evitar a ocorrência de abuso de direito, apontando quais os bens constantes do estabelecimento comercial da sociedade podem ser retirados pelo credor fiduciário, privilegiando-se simultaneamente a garantia creditícia e o direito a manutenção e recuperação da empresa¹⁷².

¹⁷¹ AMARAL, Philippe Maciel. **Recuperação judicial x trava bancária**. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/recuperaçao-judicial-x-travas-bancarias-philipe-maciel-do-amaral>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

¹⁷² FLORENTINO, Beatriz Portilho; LIMA, Maria Cristina de Brito; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. **Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso de direito: superando o antagonismo**. Revista Justiça e Cidadania. Edição nº 192. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2016/08/propriedade-fiduciaria-recuperacao-judicial-e-o-abuso-de-direito-superando-o-antagonismo/>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

O ponto de partida do magistrado deve ser com base na boa-fé objetiva que, segundo José de Oliveira Ascensão, implica sempre uma superação do formalismo, pois traz uma justiça substancial, que se sobrepõe à justiça formal resultante da mera observação dos textos ou fórmulas negociais¹⁷³.

Então, a boa-fé objetiva é um princípio geral de valoração de comportamentos, constituindo cláusula geral a fixar um padrão ético de confiança que pode ser aplicada em qualquer ramo do direito, visto que não se reporta a modelos abstratos de conduta, entretanto, são diversos os padrões de aplicação e, em se tratando de contratos empresariais, a boa-fé objetiva não pode ser interpretada da mesma forma que as demais espécies contratuais, até porque, nesse tipo de contrato existe a presunção da “hipersuficiência”, o que significa que tanto a empresa em recuperação quanto a instituição financeira, de forma prudente e sensata, fazem pesquisas e cálculos direcionados a aferir os riscos da celebração do contrato e, lançando mão de sua liberdade econômica, celebram-no¹⁷⁴.

Em se tratando de relações negociais, pode-se afirmar que a boa-fé obriga as partes a comportarem-se de maneira a não prejudicar a contraparte ou, por vezes, a salvaguardar o interesse adverso. Incube ressaltar que a boa-fé age em toda a formação contratual, em seu conteúdo e em sua execução¹⁷⁵.

Isto posto, na hipótese de cessão e alienação fiduciária, a boa-fé objetiva exige dos contratantes cooperação a limitar direitos subjetivos, como o direito creditício em favor de devedor, que é a sociedade empresária em recuperação, com a finalidade de manter uma relação obrigacional equilibrada, já que ambas as partes contraentes, apesar de buscarem o lucro bilateral, possuem pleno conhecimento dos riscos no negócio acordado¹⁷⁶.

Ainda que os contratos empresariais possuam alto grau de autonomia, há situações nas quais se percebem atos abusivos que desrespeitam os limites impostos pela boa-fé. O artigo 187 do Código Civil dispõe que o abuso de direito manifesta-se quando a conduta do agente excede, de forma evidente, os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁷⁷.

¹⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**, volume III. Coimbra, 2002, p. 182.

¹⁷⁴ FLORENTINO, Beatriz Portilho; LIMA, Maria Cristina de Brito; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. **Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso de direito: superando o antagonismo**. Revista Justiça e Cidadania. Edição nº 192. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2016/08/propriedade-fiduciaria-recuperacao-judicial-e-o-abuso-de-direito-superando-o-antagonismo/>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ BRASIL. **Código Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

O excesso necessário a caracterizar o exercício disfuncional de um direito deve ser manifesto, nos termos do dispositivo supracitado. Embora o princípio da boa-fé objetiva restrinja, modernamente, a extensão do princípio da autonomia privada, não seria possível intervir deliberadamente nas relações negociais, regidas por este preceito, controlando o exercício dos direitos. Assim, tão-somente os atos inequivocamente anômalos corresponderiam ao abuso do direito¹⁷⁸.

Simplificando, o abuso do direito irá existir quando, sem que haja dúvidas, identifique-se que uma das partes esteja agindo de maneira irregular.

Nessa linha, em se tratando de cessão fiduciária ou alienação fiduciária, se, por exemplo, uma instituição financeira trava em sua totalidade os recebíveis de uma empresa que são tidos como essenciais para a manutenção da atividade empresarial, esta estará com má conduta, agindo excessivamente, acarretando o abuso de poder. Porém, se a sociedade empresária não comprovar que tais créditos ou tais bens são essenciais para a manutenção da atividade, não implicará em manifesto abuso do direito a retirada dos bens ou a retenção dos direitos creditórios¹⁷⁹.

No mais, o abuso do direito é puramente objetivo, ou seja, independe das intenções do agente ou de qualquer outro elemento subjetivo, sendo assim, consiste na supressão do direito, na cessação do exercício abusivo com a manutenção do direito nos seus limites. Nessa situação não há que se falar em obrigação de indenizar, pois o credor fiduciário não comete ato ilícito quanto retém os recebíveis para si ou retira os bens do estabelecimento do devedor¹⁸⁰.

Com o exposto, chega-se à conclusão de que para solucionar o conflito de interesses em estudo, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade, pois, dessa forma é possível ponderar dois outros princípios envolvidos no problema, quais são, o princípio da redução dos custos do crédito, cujo já foi visto que na prática não funciona, e o direito de crédito do credor com o princípio da preservação da empresa, encontrado implicitamente na Constituição Federal em seu artigo 170.

Humberto Ávila ensina que, para que seja possível a realização da ponderação é necessário que estejam presentes três elementos, quais sejam, um meio, um fim e

¹⁷⁸ FLORENTINO, Beatriz Portilho; LIMA, Maria Cristina de Brito; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. **Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso de direito: superando o antagonismo**. Revista Justiça e Cidadania. Edição nº 192. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2016/08/propriedade-fiduciaria-recuperacao-judicial-e-o-abuso-de-direito-superando-o-antagonismo/>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem.

uma relação de causalidade entre eles. No caso, identifica-se o meio como o afastamento da regra do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, para que se atinja o fim que é a recuperação judicial, existindo assim uma causalidade entre eles¹⁸¹.

Concluindo, a relativização da trava bancária com a liberação parcial ou a continuidade dos bens na posse direta da empresa em recuperação permite que esta continue com suas atividades, possibilitando, mais na frente, que a mesma honre seus compromissos tanto com a instituição financeira quanto com os demais credores.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Melheiros editores, 2015, p. 205.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar que a cessão fiduciária se configura em um óbice à recuperação judicial das empresas, pois, nessa modalidade de empréstimo o que se é dado pelas empresas às instituições financeiras como garantia são os seus recebíveis futuros, ou seja, créditos de futuras vendas que são importantíssimos para a obtenção de um capital de giro no momento em que a sociedade empresária sofre crise econômico-financeira.

Para alcançar o objetivo e oferecer ao leitor a melhor compreensão possível do tema abordado, o ponto de partida se deu com a origem da empresa, desde a vigência do Código Comercial Brasileiro e da adoção dos Atos do Comércio, ambos substituídos no ano de 2002 com o advento do novo Código Civil e a adoção da Teoria da Empresa.

Dando continuidade, foi discutido como eram resolvidos os problemas de crise econômico-financeira por parte das empresas antes da Lei 11.101/05 e, foi visto que durante 60 anos esses problemas eram regidos pela Lei de Falência e Concordata que em nada ajudava as sociedades empresárias, pois era tida como mero instrumento de liquidação, não atribuindo à empresa a chance de se recuperar.

Diferente da Lei de Falência e Concordata, a Lei de Recuperação Judicial e Falência dá a sociedade empresária em crise a oportunidade de se recuperar, tendo em vista a sua importante função dentro da sociedade, por isso, ela é constituída por três princípios norteadores, quais são, o princípio da função social, o princípio da preservação da empresa e o princípio da viabilidade da empresa. Importante dizer que o legislador ao criar e redigir os artigos que compõem a referida lei em estudo, se baseou nesses três princípios, os tornando a verdadeira essência da Lei 11.101/05.

Como a cessão fiduciária trata-se de uma modalidade de empréstimo contraído entre as empresas e as instituições financeiras, é necessário entender o funcionamento dos bancos, por este motivo, foi trazido ao trabalho um estudo sobre o Sistema Financeiro Nacional, que, como foi visto, nada mais é que o conjunto de instituições financeiras que objetivam fazer o intermédio entre o superavitário e o deficitário, ou seja, os bancos dão início e mantêm uma relação entre aquele que tem dinheiro sobrando e o que não tem dinheiro algum.

Contudo, as instituições financeiras jamais iriam trabalhar sem lucrar, então eis que surge o spread bancário. O dinheiro é para o banco uma mercadoria, por isso ele o compra e o vende e, ao vender, cobra do devedor juros altíssimos, os quais são denominados de spread bancário. Parte significativa do spread é tido como lucro para o banco, considerando que o Brasil é detentor de uma das taxas de juros mais alta do mundo.

Entendido o Sistema Financeiro Nacional, discute-se sobre em que consiste os negócios fiduciários, as suas espécies, e a distinção entre cessão fiduciária e alienação fiduciária. Os negócios fiduciários possuem como base a confiança, ou seja, deve-se acreditar que ambas as partes contraentes estão agindo de boa-fé e classifica-se como direito real, porque trata de direito patrimonial.

Quando há um contrato de empréstimo com cláusula de alienação fiduciária, isso significa que a instituição financeira cedeu determinado valor a sociedade empresária que se encontra em crise e, como garantia de pagamento, a empresa ofereceu bens corpóreos móveis ou imóveis que se encontram em seu estabelecimento, porém, passam a ser de propriedade do credor. Já, quando o contrato de empréstimo possui cláusula de cessão fiduciária, quer dizer que o que foi oferecido em garantia pela empresa ao banco foi a posse direta e indireta dos seus créditos, ou seja, os seus recebíveis futuros.

Relacionando essas duas espécies de negócio fiduciário com a Lei de Recuperação Judicial e Falência, no primeiro momento é preciso saber que quando a sociedade empresaria entra em recuperação judicial lhe é conferido um prazo de 180 para cumprir com o plano de recuperação e, durante esse tempo, fica suspenso o curso da prescrição de todas as ações e execuções contra a recuperanda.

Porém, o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/05 estabeleceu óbices a efetiva manutenção da atividade empresarial, pois exclui dos efeitos da recuperação judicial o credor titular da posição de proprietário fiduciário, entre outros. Essa exceção passou a ser conhecida como “trava bancária”, porque os principais credores dessa modalidade de crédito são as instituições financeiras, que por sua vez travam os recebíveis, inviabilizando a recuperação judicial.

No entanto, no final do mesmo dispositivo é estabelecido que durante o prazo de suspensão de 180 dias não se é permitido a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Isto é,

apesar de existir uma exceção que confere posição privilegiada em relação aos demais credores às instituições financeiras, muitas vezes fica evidenciado que tal bem ou crédito dado em garantia é essencial para a manutenção da atividade da sociedade empresária e continuidade da sua função social.

Em assim sendo, é preciso fazer valer os princípios norteadores da Lei de Recuperação Judicial.

A leitura de cada dispositivo deve ser feita tendo como fundamento primordial a recuperação da empresa, logo, ponderando o direito que a empresa tem de se recuperar e o direito que a instituição financeira tem de receber seus créditos, a problemática é resolvida com a relativização da trava bancária, evitando a convolação da recuperação judicial em falência.

A aplicação da lei não deve ser de forma estrita, pois se assim for, acarretará na diminuição da eficácia do instituto da recuperação judicial, uma vez que estará se defendendo a instituição financeira e não a sociedade empresaria, tomada pela lei como entidade social, arrecadadora de tributos, fonte de empregos e serviços.

A jurisprudência exposta no trabalho, demonstrou que os juízes atualmente têm se atentado a fazer uma análise real da situação em que a empresa em recuperação se encontra e têm proferido decisões favoráveis a elas com a liberação de uma porcentagem que define ser como a necessária para a manutenção da atividade empresarial, entretanto, tais decisões são minorias na jurisprudência.

Muitos dizem que esse assunto já está pacificado pelo fato do Superior Tribunal de Justiça já ter se posicionado em relação a ele, mas na verdade a polêmica continua viva, não existindo um consenso entre os juristas, existindo no máximo uma falsa pacificação que perdurará, dado que, como apresentou a parte de Direito Comparado do estudo, o dispositivo não confere segurança jurídica ao fiduciante e nem ao fiduciário.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar**. São Paulo. RT, 1985.

ALMEIDA RABELO VIEGAS, Cláudia Mara de. **A distinção entre normas e princípios**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno9> Acesso em: 8 de março de 2016.

ALVARENGA MENDES, Bernardo Bicalho de. **As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias**. Revista de direito mercantil. 153/154, p. 137. Disponível em: <<http://www.abde.org.br/uploads/0106201214330578Trava%20Banc%C3%A1ria%20TJMG.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

ALVARENGA, Robson. **Fideicomisso**. Boletim de direito imobiliário, nº 28, 2007. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/bdi/14209-fideicomisso.html>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

AMARAL, Philipe Maciel. **Recuperação judicial x trava bancária**. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-x-travas-bancarias-philipe-maciel-do-amaral>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

ANDRADE, Lidianne. **Conhecimentos bancários: o que é um agente superavitário**. Disponível em: <<https://conhecimentosbancarios.wordpress.com/2013/05/21/o-que-e-um-agente-superavitario/>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

ARGENTINA. Lei 24.441, de 22 de dezembro de 1994. **Fideicomisso**.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Recuperação judicial em casos de cessão fiduciária: a exclusão dos bancos do processo**. Artigo disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100728184712.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

ARTIGO do spreadnet. **Saiba como é composto o spread bancário**. 24 de julho de 2015. Disponível em: <<https://spreadnet.com.br/blog/saiba-como-e-composto-o-spread-bancario/>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**, volume III. Coimbra, 2002.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BANCOS. **Os agentes econômicos**. Disponível em: <http://www.apb.pt/sistema_financeiro/os_agentes_economicos>. Acesso em: 26 de março de 2016.

AUGUSTO Teixeira de Freitas. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Augusto_Teixeira_de_Freitas>. Acesso em: 3 de março de 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Melheiros editores, 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Evolução do sistema financeiro nacional**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/texto.asp?idpai=revsfn199812>>. Acesso em: 24 de março de 2016.

BARBOSA, Vanessa. **O ranking do PIB industrial**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/os-estados-com-maior-pib-indutrial-do-brasil>>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9º ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2015.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

BRASIL. Artigo 19 do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial**.

BRASIL. **Código Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 37ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**.

BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. **Lei de mercado de capitais**.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das sociedades por ações**.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho e 1986. **Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional.**

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de recuperação de empresas e falência.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Rel. Des. Maria Isabel Gallotti. Recurso Especial nº 1.263.500, da Segunda Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Brasília. **Jurisprudência do STJ.** 12 de março de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Rel. Des. Marco Aurélio Belizze. Recurso Especial nº 1437988, da Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília. **Diário de Justiça**, 24 de novembro de 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** 4º Câmara Cível, Rel. Des. Renato Dresch, Agravo de Instrumento nº 1.0699.15.004564-8/001. Minas Gerais, 19 de abril de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 4º Câmara Cível, Rel. Des. Eurico de Barros Correia Filho, Agravo de Instrumento nº 0003870-20.2014.8.17.0000. **Diário de Justiça de Pernambuco**, 16 de janeiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Civil. Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa. Recuperação judicial e trava bancária. Agravo de Instrumento nº 0074750-46.2015.8.19.0000. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**, 19 de abril de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** 34º Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Gomes Varjão. Agravo de Instrumento nº 2222925.84-2014.8.26.0000. São Paulo, 27 de maio de 2015.

BRITO, Thiago; LEITE, Verônica. **As “travas bancárias” no processo de recuperação judicial.** Artigo disponível em: <<http://melocampos.com.br/artigo/as-travas-bancarias-no-processo-de-recuperacao-judicial-2/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de empresa.** 4º ed. São Paulo. Renovar, 2009.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo; MUNIZ, Igor. **Temas de direito bancário e do mercado de capitais.** Rio de Janeiro. Renovar, 2014.

CHALHUB, Melhim. **Negócio fiduciário**. 4º ed. São Paulo. Renovar, 009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer destinado ao Instituto Brasileiro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil**. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/parecerfabio.htm>>. Acesso em: 8 de março de 2016.

CONGO, Mariana. **A anatomia do spread bancário**. 12 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/a-anatomia-do-spread-bancario,economia,208604>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

DIAS, Caroline. **Direitos Reais**. 2015. Disponível em: <<http://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434560/resumo-direitos-reais>>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

DIAS, Fernando. **Breve consideração acerca da alienação fiduciária de bens imóveis no mercado recessivo**. 18 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137483,101048-Breve+consideracao+acerca+da+alienacao+fiduciaria+de+bens+imoveis+no>>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial**. 3º ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

DUARTE, Ronnie Press. **Teoria da empresa à luz do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2004.

ENTENDENDO o mercado de valores mobiliários. Disponível em: <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/primeiros_passos/Entendendo_mercado_valores.html>. Acesso em: 27 de março de 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 6ºed. São Paulo. Atlas, 2012.

FEBRABAN. **Sistema financeiro nacional**. Disponível em: <https://febraban.org.br/febraban.asp?id_pagina=31>. Acesso em: 27 de março de 2016.

FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos, trad.** A Bossa, 1939.

FLORENTINO, Beatriz Portilho; LIMA, Maria Cristina de Brito; OLIVEIRA, Felipe Firmida de. **Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso de direito: superando o antagonismo.** Revista Justiça e Cidadania. Edição nº 192. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2016/08/propriedade-fiduciaria-recuperacao-judicial-e-o-abuso-de-direito-superando-o-antagonismo/>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

FURLANI, José Reynaldo Almeida. **Como funciona o sistema financeiro nacional.** Junho de 2013. BC Universidade. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestra_SFN_04062013_Furlani.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro. Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 21º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 11º ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 1975.

KIPER, Cláudio Marcelo; e LISOPRAWSKI, Silvio. **Tratado de fideicomisso.** Buenos Aires: Depalma, 2004.

LOGMAN, dicionário escolar. **Significado da palavra mortgage.** Inglês-português/Português-Inglês, 2004.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAYER, Raquel Cristine. **A recuperação judicial e a trava bancária: análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de recuperação.** Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2015. 65 f. Monografia. Curso de Direito. Disponível em:<<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42411/95.pdf>>.

MEDEIROS, Felipe Dias. **Princípios Norteadores da Recuperação Judicial: importância desta análise no Brasil.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2115/2212>>. Acesso em: 30 de março de 2016.

MELO, José Mário Delaiti de. **A função social da propriedade.** 15 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-funcao-social-da-propriedade,41181.html>>. Acesso em: 12 de março de 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Campinas. Bookseller, 2000.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa**. Revista do advogado, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro, 2009.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

PEREIRA, Fábio Queiroz. **Fidúcia: origem, estrutura e tutela no Direito Romano**. Revista justiça e história, Rio Grande do Sul. Vol. 10, n. 19 e 20, p. 16-29, jun. 2010 Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v10n19n20/FIDUCIA.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

PODCAMENI, Giovanna Luz. **A trava bancária na recuperação judicial**. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito. 2010. 59 f. Monografia. Curso de Direito. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10326/Giovanna%20Luz%20Podcameni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>>. Acesso em: 3 de março de 2016.

RESTIFFE, Neto Paulo. **Garantia Fiduciária: direito e ações**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Alienação fiduciária e o fim da prisão civil**. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007.

REVISTA tecnologia de crédito. **As recentes mudanças no sistema financeiro nacional**. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revistas/1998/08/revista_0048.htm>. Acesso em: 29 de março de 2016.

REVISTA tecnologia de crédito. **Cenário econômico, crédito e crescimento no Brasil**. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revistas/2008/67/revista_0360.htm>. Acesso em: 28 de março de 2016.

ROMITI, Angel Patricio Muller. **Propriedade fiduciária no novo código civil**. Revista Direito em (dis)curso, Londrina, v. 4, n. 1, p. 74-83, jan./jul.2011

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

SABINO CARLOS, Eder. **Mercado monetário**. 2 de março de 2014. Disponível em: <<https://centraldefavoritos.wordpress.com/2014/03/02/mercado-monetario/>>. Acesso em: 27 de março de 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Recuperação judicial e trava bancária**. Revista do direito bancário e do mercado de capitais. São Paulo, p. 14-23, março, 2013.

SENRA, Andressa Biato, et al. **O fideicomisso como facilitador do crédito na América do sul**. BNDS Setorial, Rio de Janeiro, nº 25, p. 175-214, março, 2007. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2507.pdf>.

SIGNIFICADO de spread bancário. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/spread-bancario/>>. Acesso em: 24 de março de 2016.

SPREAD bancário: entenda o que é. Disponível em: <<http://www.mundodosbancos.com/spread-bancario/>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor fiduciante**. 2010. 2011 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-30042013-150141/pt-br.php>>.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial. Títulos de Crédito**. Vol.2. 4ªed. São Paulo. Atlas, 2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160427-02.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

