

Cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial

Eduardo Araujo Bruzzi Vianna

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Pós-Graduado em Direito Societário e

Mercado de Capitais pela FGV/RJ

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar se o crédito fiduciário decorrente de contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios deve se submeter aos efeitos da recuperação judicial. Primeiramente, define-se o conceito do instituto da cessão fiduciária de crédito e seus principais requisitos e características. Em seguida, é estudada a controvérsia quanto à possibilidade de submissão de tais créditos à recuperação judicial e ao seu respectivo plano, mediante o cotejo entre o disposto na lei e a interpretação doutrinária e jurisprudencial. Por fim, é analisada a questão envolvendo a liberação da “trava bancária” pelo Poder Judiciário, de forma a viabilizar o Plano de Recuperação Judicial, e sua implicação prática à luz dos princípios da preservação da empresa, do ato jurídico perfeito e da proteção ao Sistema Financeiro Nacional.

Palavras-chave: Direito empresarial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária. Direitos creditórios.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to assess if credit rights deriving from fiduciary assignment agreements are subject to the legal effects of judicial reorganization. Firstly, it shall be presented the concept of the fiduciary assignment agreement, alongside with its requirements and characteristics. It will be followed by the legal analysis of the controversy on whether such credits rights are indeed subject to judicial reorganization and its respective plan, where it will be provided a three-folded view, i.e., law, doctrine and jurisprudence. At last, this piece shall tackle the release of the “bank lock” by the Judiciary as a way of making the Judicial Reorganization Plan viable and its pragmatic effects under the lenses of the principles of company preservation, the perfect juridical act and the National Financial System protection.

Keywords: Business law. Judicial reorganization. Fiduciary assignment. Credit rights.

Introdução

A cessão fiduciária de direitos creditórios, atualmente, é uma das garantias mais utilizadas no bojo de financiamentos empresariais. Tal fato decorre diretamente do regramento legal que o referido instituto recebeu do legislador, o que acaba por fazer com que os juros praticados em tais financiamentos sejam um dos mais interessantes do mercado, tendo em vista o baixo risco de crédito em relação a outras modalidades de financiamento e a expectativa de retorno de capital pelas instituições financeiras.

No entanto, a manutenção desse cenário depende diretamente da interpretação que se dá a determinados dispositivos legais. No presente estudo, será analisado especificamente o artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, de forma a definir se a garantia pactuada através de cessão fiduciária de direitos creditórios se submete ou não aos efeitos da recuperação judicial.

Para isso, o presente trabalho, inicialmente, apresentará os delineamentos conceituais, bem como as principais características e requisitos da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Em seguida, o presente estudo se debruçará sobre o artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, analisando detalhadamente o seu âmbito de aplicação e as demais consequências legais daí advindas, esclarecendo a controvérsia ligada à possibilidade ou não de o crédito fiduciário se submeter aos efeitos da recuperação judicial.

Por fim, será estudado o tema de maior repercussão prática envolvendo sociedades empresárias em recuperação judicial e seus credores fiduciários: a legalidade da liberação (total ou parcial) da “trava bancária” para fins de implementação do Plano de Recuperação Judicial. A questão será analisada sob a ótica do conflito de princípios envolvidos, ou seja, mediante o cotejo entre o princípio da preservação da empresa e os princípios do ato jurídico perfeito, da legalidade e da proteção ao Sistema Financeiro Nacional.

1 Cessão fiduciária de direitos creditórios

1.1 Conceito e natureza jurídica

A primeira questão a ser examinada se refere à natureza jurídica da cessão fiduciária de crédito, uma vez que, a partir desta definição, será possível concluir pelo seu enquadramento ou não na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

O referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

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. (Grifos nossos).

É preciso, portanto, analisar se a cessão fiduciária de crédito confere ao cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**, para fins de exclusão do respectivo crédito da recuperação judicial.

Faz-se necessário, ainda, verificar se o direito de crédito (ou o título de crédito) se enquadra no conceito legal de **bem móvel**. Para isso, primeiramente, há que se conceituar o instituto da cessão fiduciária de crédito e definir suas principais características.

A cessão fiduciária de crédito é espécie do gênero **negócio fiduciário**. Conforme definição de Chalhub (2009, p. 32, grifos do autor):

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo 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 direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

A realização de um negócio fiduciário faz surgir a figura da propriedade fiduciária, instituto que se encontra disciplinado, de forma geral, no Código Civil (artigos 1.361 a 1.368-A), bem como em leis específicas aplicáveis sobre determinados ramos de negócio (como, por exemplo, na Lei nº 4.728/65 e na Lei nº 9.514/97).

A propriedade fiduciária surge quando, por meio de determinado contrato, é estabelecida alienação fiduciária e/ou cessão fiduciária sobre determinado bem, em que o credor-fiduciário adquire a propriedade (resolúvel) desse bem como garantia, até

que se implemente o integral adimplemento da obrigação garantida.

Nas precisas palavras de Farias e Rosenvald (2009, p. 380), o objetivo da propriedade fiduciária consiste em

[...] garantir uma obrigação assumida pelo alienante, em prol do adquirente. O credor fiduciário converte-se automaticamente em proprietário, tendo no valor do bem dado em garantia o eventual numerário para satisfazer-se na hipótese de inadimplemento do débito pelo devedor fiduciante.

Na propriedade fiduciária, o titular de um bem transmite a propriedade ao credor sob condição resolutiva com o objetivo de prestar uma garantia. Com o adimplemento da obrigação, resolve-se a propriedade do credor, passando o devedor a gozar novamente da plena propriedade sobre o referido bem.

No caso específico da cessão fiduciária de crédito, a referida modalidade de negócio fiduciário é formalizada no bojo de contratos de empréstimo com cláusula específica estabelecendo como garantia da operação a cessão fiduciária de direitos de crédito, títulos de crédito e/ou recebíveis do mutuário. O devedor-fiduciante transmite ao credor-fiduciário (instituição financeira) um direito (crédito) em garantia do referido empréstimo.

A cessão fiduciária de crédito encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro na Lei nº 4.728/65 (artigo 66-B, §§ 3º e 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004) e na Lei nº 9.514/97 (artigos 18 a 20).

Os referidos dispositivos legais possuem a seguinte redação:

Lei nº 4.728/65

[...]

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

[...]

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de lei-

lão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Lei nº 9.514/97

[...]

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

I - o total da dívida ou sua estimativa;

II - o local, a data e a forma de pagamento;

III - a taxa de juros;

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representati-

vos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

A Lei nº 10.931/2004, ao incluir o artigo 66-B na Lei nº 4.728/65, criou o instituto da cessão fiduciária de título de crédito no âmbito do mercado financeiro e de capitais. A partir daí, passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro mais uma espécie de negócio fiduciário.

No que tange ao novo panorama legal, em decorrência do advento da Lei nº 10.931/2004, são precisas as lições de Fernandes (2010, p. 194-195):

Com isso, o sistema legal brasileiro passou a contar com duas espécies do gênero 'negócio fiduciário': 1) a alienação fiduciária de coisa, que pode ser móvel ou imóvel, e 2) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito.

Assim, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contempla as seguintes modalidades, sob a rubrica de propriedade fiduciária:

1) alienação fiduciária: a) de bens móveis infungíveis (Código Civil); **b) bens móveis fungíveis (Lei de Mercado de Capitais)**; c) de bens imóveis, bens enfitêuticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e propriedade superficiária (Lei nº 9.514, de 1997); d) de ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (Lei nº 6.404, de 1976); e) de aeronaves e embarcações (Decreto-lei nº 413, de 1969, Lei nº 7.565, de 1986, e Lei nº 7.652, de 1988);

2) titularidade fiduciária: **a) cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (Lei de Mercado de Capitais)**; b) regime fiduciário sobre créditos ou recebíveis imobiliários (Lei nº 9.514, de 1997); c) cessão fiduciária de crédito para fomento da construção civil (Lei nº 4.864, de 1965, e Decreto-lei nº 70, de 1966); d) cessão fiduciária de recebíveis pra financiamentos concedidos às concessionárias de serviço (Leis nº 8.987, de 1995, e 11.079, de 2004).

É inquestionável, portanto, que alienação fiduciária e a cessão fiduciária são modalidades de negócio fiduciário de constituição de propriedade fiduciária, preferindo-se, por técnica jurídica, quando se tratar de cessão fiduciária de direitos, falar-se em titularidade de direitos, deixando-se o termo propriedade para quando a garantia incidir sobre bens móveis ou imóveis. (Grifos nossos).

No contrato de cessão fiduciária de crédito, conforme o disposto no artigo 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/65, a posse direta e indireta do bem objeto da **propriedade fiduciária** ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

Inclusive, o credor, nos termos dos incisos do artigo 19 da Lei nº 9.514/97 (aplicável à cessão fiduciária de crédito por força do disposto no artigo 66-B, § 4º, da Lei nº 4.728/65), poderá, entre outros direitos, conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, **inclusive o próprio cedente**; usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; e **receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente**.

Não restam dúvidas, portanto, que a cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito dá origem à propriedade fiduciária, conferindo ao credor-cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**.

Esse tem sido o entendimento manifestado pelas 3ª e 4ª Turmas, que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, seção especializada e competente para apreciar as matérias concernentes ao Direito Privado.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator no julgamento do Recurso Especial nº 1.202.918/SP, assim se manifestou em seu voto ao apreciar o tema:

[...] Conclui-se, assim, que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, afiguram-se como (ou possuem a natureza jurídica de) propriedade fiduciária. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.202.918/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013).

A Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora no julgamento do Recurso Especial nº 1.370.540/RJ, em sede de decisão monocrática, também tratou expressamente da questão ao afirmar: “Esta Corte, todavia, tem entendido que a cessão fiduciária de créditos tem a mesma natureza jurídica da propriedade fiduciária [...]” (STJ, REsp 1.370.540/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 24/06/2013).

Uma vez estabelecido que o credor-cessionário, no contrato de cessão fiduciária de crédito, assume a posição jurídica de proprietário fiduciário, resta analisar, ainda, se o crédito (ou título de crédito) objeto da avença possui natureza jurídica de **bem móvel**, para fins de enquadramento na norma legal do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, de forma a permitir a exclusão do respectivo crédito do âmbito da recuperação judicial.

A propriedade fiduciária pode ter como objeto bens corpóreos (móveis ou imóveis) e incorpóreos, incluindo-se aí os direitos sobre bens móveis e os títulos de crédito (CHALHUB, 2012, p. 228).

O artigo 83, inciso III, do Código Civil considera como bens móveis os **direitos pessoais de caráter patrimonial** e respectivas ações.

Não há dúvidas, portanto, de que o direito de crédito ou o título de crédito possuem natureza jurídica de **bem móvel**. No cenário jurídico brasileiro, esse é o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

Na doutrina, é sempre bom lembrar as eternas lições do professor Caio Mário da Silva Pereira, que, em sua notória obra *Instituições de Direito Civil*, aborda a questão com a costumeira maestria:

No comércio social, os indivíduos travam relações que produzem efeitos econômicos, ora adquirindo a faculdade de exigir uma prestação, ora assumindo, a seu turno, o compromisso de prestar. Qualquer destas operações, de uma ou de outra categoria, tem o que se pode chamar reflexo patrimonial, por implicar uma determinada projeção de natureza econômica: quando uma pessoa entra em comércio com outra e realiza um negócio, gera-se um fenômeno econômico ou de natureza patrimonial, mesmo que não se saiba de antemão se o resultado será positivo ou negativo.

[...]

Como observação genérica, pode-se dizer que a classificação dos bens em móveis e imóveis tem sentido universal na acepção de que absorve todo objeto de qualquer relação jurídica. Todos os bens têm lugar nela, porque, ou são móveis, ou são imóveis (PEREIRA, 1999, p. 246 e 260).

Nessa linha de raciocínio, não há espaço para dúvidas quanto à natureza jurídica do direito de crédito e/ou título de crédito objeto de cessão fiduciária, uma vez que, inequivocamente, se trata de bem móvel, representado por um direito pessoal de caráter patrimonial.

Vale a pena destacar, ainda, as precisas palavras de Chalhub (2012, p. 234) ao analisar o presente tema em obra específica sobre negócio fiduciário:

[...] os direitos e títulos de crédito são classificados como bens móveis para os efeitos legais, nos termos do inciso III do art. 83 do Código Civil (art. 48 do Código Civil de 1916), e, assim sendo, os créditos objeto de cessão fiduciária qualificam-se como bens objeto da propriedade fiduciária a que se refere o § 3º do art. 49 e, portanto, estão excluídos do plano de recuperação.

Em sede jurisprudencial, o Tribunal de Justiça de São Paulo sedimentou seu posicionamento por meio da **Súmula nº 59**, cujo teor é o seguinte: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se filia a esse entendimento. De forma a ilustrar o que ora se afirma, é válida a leitura de trecho do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, diante de sua precisão ao tratar especificamente desse ponto:

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

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis - não haveria, data venia, por que especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” (CC, arts. 79 a 81).

[...]

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

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

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens

corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos. (STJ, Quarta Turma, REsp 1.263.500/ES, Rel. Min. Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013).

Constata-se, dessa forma, que a cessão fiduciária de crédito confere ao cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**, sendo certo que o direito de crédito (ou o título de crédito) se enquadra no conceito legal de **bem móvel**, em perfeita harmonia com os ditames legais previstos no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

1.2 Requisito formal indispensável para sua constituição

O artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 (incluído pela Lei nº 10.931/2004), ao tratar da cessão fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, estabeleceu os requisitos para sua constituição da seguinte forma:

O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, **além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. (Grifos nossos).

Tal dispositivo deve ser harmonizado com o disposto no artigo 1.368-A do Código Civil:

As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, **somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial** (grifos nossos).

O Código Civil, por sua vez, em seu artigo 1.361, § 1º, ao tratar do instituto da propriedade fiduciária sobre coisa móvel infungível, assim determina:

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 [...]** (grifos nossos).

Por força da aplicação sistemática dos dispositivos legais acima mencionados, conclui-se que, para o aperfeiçoamento da proprie-

dade fiduciária, além dos requisitos ordinários atinentes à formação do negócio jurídico, bem como dos elementos específicos elencados no artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, é necessário levar a registro o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor.

O registro do contrato, nessa situação, gera **efeito constitutivo da propriedade fiduciária**. Nesse ponto, também, doutrina e jurisprudência compartilham do mesmo entendimento.

Em recente obra, os professores Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli abordaram o tema de forma extremamente objetiva e esclarecedora, conforme se observa no trecho abaixo destacado:

A propriedade fiduciária é constituída com o registro do contrato, nos termos do art. 1.361, 1º, CC. **Logo, se o contrato não foi registrado, não há constituição de propriedade fiduciária e, portanto, o crédito sujeita-se à recuperação judicial**. Ademais, se o contrato é registrado após o deferimento do processamento da recuperação judicial, o crédito permanece sujeito à recuperação judicial (AYOUB; CAVALLI, 2013, p. 77, grifos nossos).

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, conforme se observa no trecho do voto do Desembargador Nagib Slaibi proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 00047523-23.2011.8.19.0000, abaixo colacionado:

No que diz respeito à natureza da cessão fiduciária de créditos, conforme orientação jurisprudencial há entendimento de que o disposto no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 deve ser aplicado em conjunto com o disposto no artigo 1.361, § 1º, do Código Civil, no sentido de que a cessão fiduciária pode ter por objeto direitos de créditos, títulos de créditos recebíveis, que têm natureza jurídica de bens móveis (artigo 83, III, Código Civil), sendo necessário o registro do contrato no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para a constituição da garantia real.

[...]

O registro do contrato de cessão fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos, que antes visava dar publicidade ao ato a terceiros, hoje passou a ser requisito para a formalização do negócio.

[...]

Daí porque, sem o registro, ineficaz a alienação fiduciária dos créditos representados pelos títulos, afastando a incidência do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. (TJ/RJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0047523-23.2011.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi, DJe 12/12/2011).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, também possui diversos precedentes que respaldam o posicionamento anteriormente aludido:

Este E. Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que **o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 deve ter aplicação conjunta com a determinação do art. 1.361, § 1º, do CC, de modo que a constituição da garantia é regularmente efetivada apenas com o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos, já que os direitos de crédito possuem natureza legal de bens móveis** (TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 0012540-32.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Enio Zuliani, DJE 18/06/2013, p. 1.053, grifos nossos).

Orienta a súmula nº 60 deste e. TJSP: *a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor*. A edição da súmula nº 60 é consequência de inúmeros julgados que reconhecem a exclusão da recuperação judicial dos créditos garantidos por contrato de cessão de crédito (“trava bancária”), com amparo no art. 49 § 3º da Lei 11.101/05, mas **desde que regularmente registrados no Registro Público**. (TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 0115218-28.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Teixeira Leite, DJE 11/07/2013, p. 88, grifos do autor).

Conforme se observa nos julgados supracitados, o Tribunal de Justiça de São Paulo sedimentou seu posicionamento com a edição da **Súmula nº 60**, ao afirmar que “a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor”.

Constata-se, portanto, que há a necessidade de o registro do contrato ser realizado anteriormente ao deferimento do processamento da recuperação judicial, de forma a permitir a aplicação da norma excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Trata-se, obviamente, de um requisito que, apesar de ser meramente formal, é extremamente importante, em decorrência da repercussão extrema que traz para o enquadramento do crédito no bojo do processo de recuperação judicial, uma vez que, caso o referido registro não seja levado a efeito, é muito provável que, além de o crédito se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o mesmo seja enquadrado como crédito quirografário.

2 Submissão à recuperação judicial

2.1 Aplicação e abrangência do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005

Com a devida conceituação do instituto, a sua delimitação e a análise de seus requisitos, torna-se possível abordar a questão quanto ao enquadramento ou não na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 em relação aos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito.

Conforme já mencionado na seção 1 do presente artigo, o referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

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. (Grifos nossos).

Conforme restou explicitado nos tópicos anteriores, o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou de títulos de crédito garante ao credor-cessionário a posição jurídica de proprietário fiduciário. Além disso, é indubitável que o direito creditório e/ou o título de crédito possuem natureza jurídica de bem móvel.

Com fundamento nessa base conceitual e teórica, é possível concluir que o crédito objeto de cessão fiduciária **não se submete aos efeitos da recuperação judicial**, desde que o referido contrato tenha sido regularmente registrado em data anterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial.

Esse é o atual entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, seção especializada e competente para apreciar as matérias concernentes ao Direito Privado, composta pelas 3ª e 4ª Turmas, conforme se observa nos dois *leading cases* abaixo colacionados:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. “TRAVA BANCÁRIA”.

1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, **não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.**

2. Recurso especial não provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.202.918/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013, grifos nossos).

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 provido. (STJ, REsp 1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

Diante desse posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, seus Ministros já vêm julgando casos similares de forma monocrática, com base no art. 557 do CPC, conforme se observa nos trechos de decisões abaixo reproduzidas:

Esta Corte, todavia, tem entendido que a cessão fiduciária de créditos tem a mesma natureza jurídica da propriedade fiduciária, a afastar tais créditos da recuperação judicial, de modo que aí não devem ser incluídos. (REsp 1.370.540/RJ, Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 24/06/2013).

Com efeito, o Acórdão recorrido está em desconformidade com a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, que se firmou no sentido de que o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária. (REsp 1.369.958/MG, Min. Sidnei Beneti, DJe 08/10/2013).

No Tribunal de Justiça de São Paulo, o cenário se assemelha ao existente no Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa nos julgados abaixo selecionados:

Recuperação Judicial – Despacho judicial que, além de deferir processamento da recuperação judicial da empresa Supermercado Gimenes S/A, deferiu também tutelas de urgência requeridas pela recuperanda, ou seja, deferiu, em caráter excepcional, o pedido cautelar de “liberação das travas bancárias” instituídas através de contratos celebrados entre o autor e as instituições financeiras mencionadas nos autos – Inadmissibilidade – Cédulas de crédito bancário garantidas por Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Direitos sobre Conta Vinculada e Outras Avenças – Visanet, por Instrumento Particular de Contrato de Cessão Fiduciária de Créditos e Outras Avenças – Redecard e, finalmente, por Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Quotas de Fundos de Investimentos e Outras Avenças – 20% (vinte por cento) – Os direitos de créditos são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 – Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato – Aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 – Possibilidade de alienação fiduciária de bens futuros – Agravo de instrumento provido. (TJ/SP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Agravo de Instrumento n. 627.659-4/3-00, Rel. Des. Fed. Romeo Ricupero, DJE 08/09/2009, p. 1.170).

Esta Câmara tem pacífico e reiterado entendimento que reconhece ter a cessão fiduciária de crédito ou de títulos de crédito a mesma natureza jurídica de alienação fiduciária de bem móvel, mercê do que vem decidindo que está ela excluída dos efeitos da recuperação judicial, a teor do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. (TJ/SP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento n. 0294738-16.2011.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Pereira Calças, DJE 05/07/2012, p. 772).

Entretanto, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a questão não se encontra pacificada, tendo em vista o posicionamento de alguns julgadores no sentido de que a cessão fiduciária de crédito teria natureza de verdadeiro **penhor de crédito**, motivo pelo qual seria inaplicável o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Tal corrente jurisprudencial defende a aplicação do § 5º do art. 49 da referida lei, fazendo com que os créditos objeto de contrato de cessão fiduciária se submetam aos efeitos da recuperação judicial da forma como estipulada no referido dispositivo legal.

O § 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 possui a seguinte redação:

Art. 49.

[...]

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações finan-

ceiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ganhou destaque o acórdão da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000. Sua ementa ficou assim redigida:

Direito Empresarial. Recuperação Judicial de empresa. **Credor que se apresenta como proprietário fiduciário mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação.** Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato. Recurso a que se nega provimento. (TJ/RJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, DJe 30/03/2009, grifos nossos).

O posicionamento ali ilustrado, acompanhado posteriormente em diversos outros julgados (como, por exemplo, nos Agravos de Instrumento n. 0060653-46.2012.8.19.0000 e 0042658-20.2012.8.19.0000), defende que o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 não seria aplicável pelo simples motivo de que o contrato de cessão fiduciária de recebíveis (direitos creditórios) teria natureza jurídica de penhor de crédito, uma vez que a garantia seria essencialmente pignoratícia.

Ademais, afirma-se que a propriedade fiduciária tratada no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 seria, tão somente, aquela prevista no art. 1.361 do Código Civil, ou seja, de coisa móvel infungível, e não a das leis especiais, como é o caso da Lei nº 4.728/65 e da Lei nº 9.514/97, uma vez que a mencionada norma da Lei nº 11.101/2005 seria uma exceção à regra geral prevista no *caput* do art. 49, fato que demandaria interpretação restritiva.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já tiveram a oportunidade de se manifestar de forma contrária a esse entendimento, afirmando que a cessão fiduciária de direitos creditórios não possui natureza de penhor de crédito, mas sim verdadeira propriedade fiduciária, nos termos do art. 1.368-A do Código Civil, motivo pelo qual seria per-

feitamente aplicável a regra excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

A Desembargadora Luisa Cristina Bottrel Souza, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0000109-97.2009.8.19.0000, foi precisa em seu voto ao tratar da questão, conforme se observa no trecho abaixo destacado:

Propriedade fiduciária é o gênero, podendo recair sobre coisa móvel ou imóvel, sobre coisa fungível ou infungível, sobre bens corpóreos ou incorpóreos. O artigo 1361 do CC refere-se a uma das espécies de propriedade fiduciária, que recai sobre coisa móvel infungível. Mas a admite o ordenamento pátrio sobre coisa móvel fungível, sobre coisa móvel, sobre crédito. Daí porque é possível dizer que do gênero – propriedade fiduciária – são espécies, a alienação fiduciária e a cessão fiduciária. Sendo a cessão fiduciária espécie da propriedade fiduciária que recai sobre bem móvel, o crédito se vê transferido à titularidade do credor, passa a integrar o patrimônio do cessionário, razão pela qual se vê excluído da recuperação judicial, por expressa determinação legal. (TJ/RJ, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0000109-97.2009.8.19.0000, Rel. Des. Luisa Cristina Bottrel Souza, DJe 16/07/2009).

Tal posicionamento, além de ter sido aplicado em outros casos similares no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (conforme se observa nos Agravos de Instrumento nº 2009.002.21927 e nº 2009.002.34272), restou respaldado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, *leading case* mencionado anteriormente, a Ministra Maria Isabel Gallotti, ao tratar da questão, fez ponderações extremamente pertinentes em seu voto, conforme se constata neste trecho destacado:

Anoto, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acórdãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito. Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se compreende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, data máxima vênua, com o texto legal, não seria proveitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destituído do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada. (STJ, REsp

1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013).

Constata-se, assim, que o crédito garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios não se sujeita à recuperação judicial, por força do disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Por conta disso, há um forte incentivo para que essa modalidade de garantia seja utilizada pelo mercado, sendo fato notório que a constituição de penhor sobre títulos de crédito cedeu lugar à cessão fiduciária como forma de garantia das operações de mútuo bancário, tratando-se, portanto, de institutos diversos, com efeitos jurídicos distintos (AYOUB; CAVALLI, 2013, p. 79).

Com base no exposto, não se vislumbra a existência de argumento jurídico forte o suficiente para impedir a aplicação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 nos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito, uma vez que, conforme a dicção legal, o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis não se submete aos efeitos da recuperação judicial.

2.2 Princípio da preservação da empresa viável e a “trava bancária”

Na verdade, toda a polêmica envolvendo a aplicação ou não da regra excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 aos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito se justifica pelo fato de que as sociedades empresárias recuperandas, que figuram como devedores nesse tipo de contrato, têm o interesse urgente de liberar o seu fluxo de caixa da trava de domicílio bancário, mais comumente denominada apenas de “trava bancária”.

O objetivo final é permitir a utilização do referido fluxo de caixa para a consecução do Plano de Recuperação Judicial, sob o argumento de que a manutenção da “trava bancária” engessaria o desempenho da atividade empresarial e dificultaria o soerguimento da empresa.

Inicialmente, cumpre definir o conceito de “trava bancária”. Tal expressão é utilizada para designar a operação negocial realizada no bojo da cessão fiduciária de direitos creditórios. Na verdade, o que se observa é a estipulação contratual da trava de domicílio bancário, de forma que os referidos direitos creditórios (ou recebíveis) sejam depositados em conta bancária da instituição financeira que figura como credora-cessionária, conta vinculada ao referido contrato, na qual esta efetuará a satisfação do seu crédito, não se submetendo aos efeitos da recuperação judicial.

Nos processos de recuperação judicial, o afastamento ou a mitigação da norma prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 são comumente solicitados pelo devedor, acompanhados de pedido de liberação total e/ou parcial da “trava bancária” como solução viabilizadora do plano de recuperação judicial, com a finalidade de evitar a imediata utilização dos recursos pelo credor-cessionário para a satisfação do seu crédito.

Nesse ponto, é possível observar o choque entre interesses diversos envolvendo, de um lado, a preservação da empresa viável e, de outro, a proteção do ato jurídico perfeito e do sistema financeiro como um todo.

O artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, ao inaugurar o capítulo referente à Recuperação Judicial, definiu, de forma clara, a finalidade primordial do instituto, qual seja, viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a **preservação da empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Aqui, vale lembrar as precisas lições de Campinho (2006, p. 120), ao se referir ao princípio da preservação da empresa:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o ‘ativo social’ por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral.

Dentro desse conceito de se procurar a preservação da empresa, é importante salientar que, na verdade, o que a Lei nº 11.101/2005 busca é conferir meios capazes de permitir o soerguimento da empresa viável.

A **viabilidade** da recuperação da empresa deve sempre ser identificada, não devendo o instituto da recuperação judicial ser utilizado em benefício de sociedades empresárias que, pela dimensão de sua situação de crise, não tenham possibilidade real de se reerguerem e sanarem seus problemas.

Nessa linha de raciocínio, Campinho (2006, p. 121) faz uma abordagem muito lúcida quanto aos objetivos e princípios trazidos pela Lei nº 11.101/2005:

A recuperação vai sempre supor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira. Haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado. Nessa ordem de fatores é que na prática, acreditamos, ter-se-á mais processos de falência do que de recuperação; mas a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei nº 11.101/2005.

Justamente com base nessa interpretação favorável à manutenção da empresa viável, fundada nos objetivos traçados pela Lei nº 11.101/2005, é que se observam algumas decisões judiciais onde há o deferimento do pedido de liberação parcial ou total da “trava bancária”.

O Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, apesar de seu voto ter restado vencido, fez considerações relevantes no exame da presente questão, defendendo a possibilidade de, no caso concreto, se flexibilizar a “trava bancária” em benefício do princípio da preservação da empresa, conforme se observa no trecho abaixo:

Com efeito, a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial.

Assim, reconheço 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, a partir da seguinte solução:

(i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano;

(ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não – no todo ou em parte – ao funcionamento da empresa;

(iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

[...] é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância. (Luis Felipe Salomão, voto vencido no Recurso Especial nº 1.263.500/ES, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui diversos julgados no sentido da liberação parcial da “trava bancária” sempre que esta se colocar no caminho da implementação do Plano de Recuperação Judicial.

A título de exemplo, vale a pena trazer à baila trecho do voto do Desembargador Alexandre Freitas Câmara proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000:

É isto porque a Lei nº 11.101/2005 consagra o princípio da recuperação da empresa, como se pode ver da literalidade de seu art. 47. Para que se preserve a empresa (o que, no caso em exame, significa preservar não só os empreendimentos mas, também, pelo menos oitenta e cinco empregos diretos), é perfeitamente possível que o juízo reveja os termos de uma relação contratual (como a existente entre as partes), de forma a adaptá-la às necessidades da empresa em recuperação.

Ademais, a decisão agravada mostra-se em total consonância com o princípio da função social do contrato, expressamente previsto no Código Civil de 2002.

É, pois, juridicamente adequada a decisão que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis da empresa decorrentes de vendas feitas com cartão de crédito, liberando tais verbas da “trava bancária. (TJ/RJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, DJe 30/03/2009).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, apesar do entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, antes aludido, parece se inclinar no sentido de que o contrato de cessão fiduciária e a ga-

rantia ali estipulada, consistente em verdadeiro ato jurídico perfeito, devem ser respeitados, não sendo possível a liberação da “trava bancária”, por consistir, na prática, em fragilização da garantia fiduciária e descumprimento à regra legal prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

De fato, o cerne da questão não reside apenas na necessidade de se respeitar o ato jurídico perfeito, consubstanciado na garantia contratualmente estabelecida entre as partes, mas também na importante visão econômica do Direito, consistente na manutenção do bom funcionamento do sistema financeiro como um todo, uma vez que a não submissão do crédito garantido por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial, conforme previsão legal, é fator essencial para a estipulação da taxa de juros e para a análise de risco de crédito, repercutindo diretamente na oferta de crédito e no *spread* bancário, influenciando diretamente no desenvolvimento da atividade empresarial no país.

Essa abordagem mais ampla foi percebida pelo Superior Tribunal de Justiça. Conforme já afirmado aqui, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nº 1.202.918/SP e nº 1.263.500/ES, julgados pela 3ª e 4ª Turmas, respectivamente, ilustram o posicionamento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Ministros-relatores Ricardo Villas Bôas Cueva e Maria Isabel Gallotti, em seus respectivos votos, foram extremamente claros e precisos, abordando esse ponto de vista, conforme se observa nos trechos abaixo colacionados:

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

[...] entendo que seria grande a subjetividade na análise judicial preconizada acerca de ser aquela quantia em dinheiro necessária ou não ao processo de recuperação judicial. Recursos financeiros são sempre necessários, sobretudo para empresas em dificuldades, em processo de recuperação. Tenho que essa ressalva praticamente descaracterizaria esse tipo de garantia que se pretende bastante forte, de fato, mas que foi pactuada den-

tro dos termos autorizados em lei, deixando ao alvedrio do Juiz dizer, em cada caso, se o dinheiro será ou não necessário à recuperação da empresa, sendo que, a meu ver, dificilmente se poderá afirmar que não seja necessário à recuperação da empresa contar com mais recursos financeiros.

[...] Penso que isso daria uma grande subjetividade, incerteza, a essa garantia que a lei quis objetiva. (REsp 1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa. (REsp 1.202.918/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013).

Por todo o exposto, é possível concluir que, ponderando os interesses jurídicos em conflito, deve prevalecer não apenas o respeito ao ato jurídico perfeito e à legalidade da norma prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, como também a proteção do sistema financeiro, que, de acordo com o art. 192 da Constituição Federal, deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade”.

Não podem tais interesses ser fragilizados com base no princípio da preservação da empresa, diante do risco sistêmico envolvido nesse tipo de flexibilização de regras legais, sendo certo que o mercado financeiro e de capitais presume a validade e eficácia do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 ao desenvolver sua atividade na oferta de crédito.

Conclusão

O art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, ao regular o procedimento da recuperação judicial, excluiu do seu âmbito os créditos garantidos por propriedade fiduciária, assegurando ao credor fiduciário a continuidade da percepção do produto da cobrança até o limite do seu crédito.

Os direitos creditórios são considerados bens móveis por definição legal, na esteira do disposto no art. 83, inciso III, do Có-

digo Civil, e, portanto, estão abrangidos pelo art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Ademais, é inaplicável a regra do art. 49, § 5º, da Lei nº 11.101/2005 porque essa se refere exclusivamente aos créditos garantidos por penhor, no qual o devedor empenha o crédito, mas conserva a propriedade. Assim, encontrando-se no patrimônio do devedor, os créditos pignoratícios se submetem ao processo de recuperação judicial.

A exclusão dos créditos fiduciários dos efeitos da recuperação judicial se baseia no fato de que tais créditos não integram o patrimônio do devedor fiduciante, mas sim o patrimônio do credor fiduciário, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.514/97.

Ao afastar o crédito do proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial e determinar que seja observada a legislação respectiva, o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 refere-se aos §§ 3º e 4º do art. 66-B da Lei nº 4.728/65 e aos arts. 17 a 20 da Lei nº 9.514/97, e é em articulação com esses dispositivos que deve ser interpretada a regra de exclusão do crédito fiduciário (CHALHUB, 2012, p. 237-238).

Por conta disso, o instituto da cessão fiduciária de crédito, trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 10.931/2004, vem sendo amplamente utilizado pelo Sistema Financeiro na concessão de crédito ao setor empresarial, tendo em vista que a proteção da garantia fiduciária facilita a recuperação do crédito em favor do credor e, exatamente por conta disso, opera com taxas de juros mais atrativas do que outras modalidades de financiamento.

Essa realidade de mercado, conforme restou demonstrado nos tópicos deste artigo, não passou despercebida pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo diversos precedentes no sentido de que o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou de títulos de crédito (regularmente registrada) não se submete à recuperação judicial.

A discussão acerca do enquadramento da cessão fiduciária de crédito na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 não se mostra com perfil meramente jurídico e/ou acadêmico, acarretando, por certo, consequências diretas no sistema financeiro como um todo e atingindo a economia real, motivo pelo qual é necessário, com a maior celeridade possível, que o Poder Judiciário pacifique a questão, garantindo à atividade empresarial a tão preciosa **segurança jurídica**.

Para isso, mostra-se necessário pacificar de forma definitiva a questão e dirimir a controvérsia por meio da sistemática do recurso repetitivo, previsto no artigo 543-C do CPC, evitando-se, assim, que os credores fiduciários tenham que percorrer todo o moroso trâmite

recursal para obter pronunciamento favorável pelo Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que o Tribunal local tenha entendimento diverso daquele fixado pelo referido Tribunal Superior.

Referências

- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2. tiragem.
- FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito: a Posição do Credor Fiduciário na Recuperação Judicial da Empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. I.