

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

GILDERLAN SILVA DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO FIDUCIARIA DO RECEBÍVEL FUTURO
FACE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SOUSA - PB
2015

GILDERLAN SILVA DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO FIDUCIARIA DO RECEBÍVEL FUTURO
FACE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais sob a orientação do Professor: MsC. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA – PB
2015

GILDERLAN SILVA DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DO RECEBÍVEL FUTURO
FACE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais sob a orientação do Professor MsC Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Banca Examinadora

Data da Aprovação: 25/11/2015

MsC. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador (a)

Osmando Formiga Ney
Examinador (a) 1:

Robervaldo Queiroga da Silva
Examinador (a) 2:

Dedico a Deus,
à minha mãe Josefa, ao meu pai Francisco,
à minha esposa Stefania e minha filha Giovanna.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de todo o meu coração a Deus Pai que, em meio às diversas falhas deste filho pecador, fez surgir o dom de conservar ao meu redor a presença dos melhores dos seus filhos, que por ocasião de minha existência tive a honra de os conhecer nas pessoas dos meus parentes mais próximos e amigos com os quais cresci e também aqueles que aprendi a amar.

A minha Mãe Sra. Josefa Silva dos Santos, pela a sua força e coragem forjadas pelo tempo em que ainda menina cuidava dos afazeres do campo, pelo seu amor e dedicação que sempre há manteve ao lado dos meus irmãos e de mim, e que ainda carrega em seus olhos cansados, o brilho inexplicavelmente sincero que afaga e acalenta as turbulências do meu coração.

Ao meu Pai Sr. Francisco Gomes dos Santos, por todos esses anos de trabalho árduo, se manteve firme e de pé, sem nos deixar nada faltar, e se já não caminha como antes e apesar da sua expressão fatigada pela vida lhe foi dura e difícil, sua voz ainda ecoa estridente. Te agradeço meu Pai, de todo o coração por me ensinar que nada cuja a aquisição tenha valor é fácil.

A minha esposa Stefania Filgueira Xavier, que na sua serenidade me faz encontrar uma paz que só existe nos limites da sua presença, pelo seu apoio incondicional, sua dedicação absoluta, pela sua paciência absurda, e por todos os momentos em que os meus medos esconderam a minha fé e você me emprestou um pouco da sua e me fez seguir revigorado ao teu lado.

Ao MsC. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, pela sua destreza, hombridade e apoio em assumir a enfadonha tarefa de me orientar nesse trabalho.

A todos os demais professores do curso de Direito, e aos colegas de curso pela incontestável contribuição e experiências inesquecíveis que certamente farão parte das minhas melhores memórias.

A todos muito obrigado.

“Não há nada mais fácil do que enganar o homem de bem.”

Baltasar Gracián.

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a analisar a natureza dos negócios jurídicos estabelecidos sob a forma de cessão fiduciária de recebível futuro, bem como seus mecanismos de garantia e sua incidência nos modelos previstos nos §§ 3º e 5º do art. 49 da lei nº 11.101/2005, LRE. Considerando aspectos histórico-evolutivos, jurisprudenciais e doutrinários. Bem como o contexto social contemporâneo em que surgiram os institutos da: Recuperação Judicial e seu arcabouço principiológico; e o da Cessão Fiduciária de Créditos. Abordando as discussões incidentes sobre o tratamento diferenciado dispensados ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de direitos patrimoniais, o que acabaria por sobrepor tais credores a posições “privilegiadas” em relação aos demais credores. E a possibilidade da desconsideração da natureza fiduciária desses contratos, e nesse contexto, o desdobramento das chamadas Travas Bancárias.

PALAVRAS CHAVE:

Recuperação Judicial. Cessão Fiduciária. Crédito. Título de Crédito. Contrato.

ABSTRACT:

This research aims to analyze the nature of legal transactions set out in the form of assignment of future receivables as well as their guarantee schemes and their impact on the models set out in §§ 3 and 5 of article. 49 of Law No. 11.101 / 2005, LRE. Considering historical and evolutionary aspects, jurisprudence and doctrine. As well as the contemporary social context in which they arose institutes of: Reorganization and his principiológico framework; and the Fiduciary Assignment credits. Addressing incidents discussions about the different treatment given to the creditor holding the position of fiduciary owner of property rights, which would ultimately override such creditors to positions "privileged" compared to other creditors. And the possibility of piercing the fiduciary nature of these contracts, and in this context, the deployment of locks Bank calls.

KEY-WORDS:

Judicial recovery. Fiduciary assignment. Credit. Credit title. Contract agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art - Artigo

CC - Código Civil

CF/88 - Constituição Federal de 1988

LRE - Lei 11.101 de 2005 Lei de Recuperação Judicial de Empresas

STJ - Superior Tribunal de Justiça.

IF - Instituição Financeira

DL - Decreto Lei

LC - Lei Complementar

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	15
2.2	Dos Princípios Informadores da Lei 11.101/2005 (LRE)	19
2.3	Do Processamento	22
3	DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DO RECEBÍVEL FUTURO	25
3.1	Conceito e Noções Gerais.....	26
3.2	Previsão Legal	27
3.3	Diferenciação Com as Demais Garantias	30
4	A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DO RECEBÍVEL FUTURO FACE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL	32
4.1	Créditos Sujeitos aos Efeitos da Recuperação Judicial	33
4.2	Análise da Natureza Jurídica da Cessão Fiduciária de Crédito Face a Recuperação Judicial.....	38
4.3	A Cessão Fiduciária do Recebível Futuro e a Incidência dos Efeitos do Procedimento Recuperatório.	45
5	CONCLUSÃO	49
	REFERENCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Diante de toda a complexidade das interações humanas em uma sociedade predominantemente capitalista, e da busca por saciar as mais diversas demandas e necessidades, o homem se especializou em transformar tudo ao seu redor. Essa capacidade vai além de meras expectativas, convergindo necessidades em produtos, tanto que a tecnologia da informação permitiu o avanço da globalização, dinamizando as relações empresariais em pouco tempo.

Eis, portanto, o mais profundo anseio humano: o tempo, tão latente quanto a busca por meios de antecipá-lo.

Mais evidente ainda se torna esse conceito diante das relações empresariais que fazem uso de multiplicadores econômicos a fim de conhecer projeções contábeis futuras que as permitam fornecer condições favoráveis à inserção de seus produtos ou serviços no mercado, lastreando nessas projeções futuras as condições e prazos para pagamento futuro de seus clientes, fazendo surgir nesse mister uma obrigação abarcada pelo Direito Brasileiro pertinente a tal, denominado Direito das Obrigações ou Direito Obrigacional.

Figurando nesse contexto, as obrigações caracterizam-se tanto pela figura do credor titular de direito de créditos como também do devedor. O empresário, portanto, na condição de titular de crédito, decorrente de suas atividades mercantis, possui nesse título, em face do devedor, uma mera expectativa de recebimento futuro, com isso levanta-se duas possibilidades: tanto pode o empresário suportar o ônus do prazo, ancorando seu capital de giro à sua carteira de recebíveis, como pode transferir esse ônus a terceiros mediante o instituto da cessão de créditos, como é o caso das operações de antecipação de recebíveis.

É por meio desse mecanismo que o empresário adquire a viabilidade para suas transações mercantis, gerando com isso oportunidades vislumbradas pelo sistema bancário que, por sua vez, agrega em seu spread uma modalidade de operação mais flexível, já que a garantia dessas operações se dá mediante a transferência fiduciária da titularidade desses créditos, reduzindo de forma significativa o risco de crédito.

Para tanto é necessário que o cenário nebuloso das atividades econômicas se mantenha em um certo nível de estabilidade para que as obrigações pactuadas sejam efetivamente cumpridas e, assim, o mercado como um todo possa sobrepor os fatores de risco aos quais se submete. Portanto, o ordenamento jurídico há de amparar essas operações trazendo formas desses credores fazerem cumprir seus direitos em face de seus devedores, lastreando assim suas operações no princípio da segurança jurídica.

É importante ressaltar nesse contexto que o crédito não gera riqueza como também não produz, porém, permite a capacidade de substituição de bens presentes por bens futuros e a circulação de riqueza, evitando que grande quantidade de capital permaneça estagnado.

É, de fato, primordial garantir, diante dos princípios que regem a convivência em sociedade, a sobriedade dos negócios jurídicos, sobretudo daqueles em que a prestação adimplente de obrigações lastreia a subsistência do mercado de capitais.

A Lei 11.101/2005 (LRE) que regula a Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do empresário e da sociedade empresária fez surgir no ordenamento jurídico brasileiro profundas mudanças em relação ao sistema anterior. Os maiores avanços estão relacionados entre aquelas regras que visam a Recuperação da empresa e a manutenção da atividade econômica mediante a superação da crise, cunhadas sob o leme do princípio da viabilidade da empresa.

Nesse contexto a empresa como fonte geradora de emprego e renda, por assim cumprir sua função social, em se enquadrando nos requisitos e critérios elencados na LRE, deve submeter-se aos procedimentos da Recuperação e superação da crise, casos em que o inadimplemento do cumprimento das obrigações para com os credores torna insustentável a manutenção da atividade empresária, e ademais, como seu principal efeito, a recuperação judicial propõe a satisfação dos direitos creditórios de modo equitativo e justo.

Sobretudo vale mencionar que nem todos os tipos de credores estão abarcados no procedimento recuperatório, pois a citada lei, parágrafo 3º, exclui dos seus efeitos, dentre outros, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, ou seja, aqueles créditos decorrentes de aporte financeiro que o empresário garantiu através da propriedade fiduciária de

bens, como é o caso dos contratos de antecipação de recebíveis corriqueiramente praticado no mercado, não estariam assim submetidos aos efeitos da Lei de Recuperação Empresarial.

Ante o exposto, o presente trabalho tem por objetivo analisar os institutos da cessão fiduciária do recebível futuro e os procedimentos para levantamento de créditos sujeitos aos efeitos da LRE que, aplicados à Recuperação Judicial, se mostram antagônicos, por um lado pelos interesses da empresa na busca pela manutenção das suas atividades e por outro pelos interesses dos credores titulares de garantia fiduciária desses créditos, dos quais a lei dispensou tratamento diferenciado dos demais credores.

Objetivando analisar a natureza jurídica do contrato de cessão fiduciária de recebível futuro face a recuperação judicial, abordando os avanços históricos em relação à legislação falimentar e sua importância a um nível micro e macroeconômico, expondo também a distinção entre a cessão simples e a fiduciária de créditos, e assim demonstrar a realidade das práticas mercantis no cenário atual com relação à cessão de direitos creditórios e à convergência entre essas práticas e os princípios que regem a LRE.

Interpela-se acerca da natureza jurídica do contrato de cessão fiduciária do recebível futuro se pode ou não ser considerado propriedade fiduciária; em caso afirmativo, seu titular estaria fora da amplitude da incidência dos efeitos da recuperação judicial, podendo, assim, exercer seus direitos creditícios de modo diverso dos demais credores.

A empresa exerce extrema importância para o desenvolvimento econômico, sua iniciativa garante a criação de emprego e renda, bem como contribuições fiscais. Quando há crise no setor empresarial, a economia como um todo percebe seus efeitos.

É fácil perceber tais efeitos em alguns setores empresariais devido à sua importância e volume de capital que movimentam, como é o caso, por exemplo, de fabricantes de automóveis e aeronaves, estaleiros, mineradoras, dentre outras, pois o impacto macroeconômico causado por crise nesses setores afeta toda a economia, fazendo com que o Estado intervenha em alguns casos.

Portanto essa pesquisa possui razões justas porque levanta questões de significativa relevância para o meio jurídico, e as relações empresariais que certamente influenciam os rumos da economia.

2 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As relações jurídicas nos setores empresariais constituem nas mais variadas camadas sociais um dos meios mais eficazes na busca pela geração de emprego e renda, bem como a circulação de riquezas, o que torna impossível promover uma distinção entre o equilíbrio macroeconômico financeiro no seguimento empresarial e a economia de um país como um todo.

Considerando a complexidade e significado da classe empresarial para a sociedade em geral, surgem nesse contexto mecanismos jurídicos igualmente complexos com o objetivo de promover uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro indispensável ao referido setor.

Conceitos e princípios tais como a livre iniciativa, função social e preservação da empresa, embrionários dos institutos e mecanismos positivados em diversos países que hoje fazem parte do rol de meios legais para evitar a falência empresarial, caminham desde muito longe na História e foram, e ainda continuam sendo, aprimorados de forma proporcional ao desenvolvimento social.

2.1 Recuperação de Empresas: Conceito e Historicidade

No Direito Romano a sucessão *mortis causa* trazia a responsabilidade aos herdeiros do *de cuius* pela totalidade das dívidas, mas nem sempre o ativo da herança era suficiente para a satisfação de todos os credores, ficando a memória do *de cuius* assinalada como infâmia, fazendo surgir a necessidade de os credores a fim de, junto com os herdeiros, tentar alcançar uma maneira de melhor atender aos interesses daqueles como também de afastar a infâmia da memória do *de cuius*.

Nesse contexto surgia o *pactum ut minus solvatur*, onde os credores concordavam em ajustar seus créditos aos limites da herança. No entanto, esse pacto ficou obsoleto após a introdução do benefício do inventário por Justiniano

em 531 d.C., mas foi daí que surgiram muitos dos princípios basilares para o nascimento do instituto da Concordata.

Porém, foi nos Estatutos das Cidades Italianas que, de fato, concebeu-se a disciplina jurídica da Concordata, pois concedia-se ao falido que houvesse foragido o direito de retornar e se ajustar com seus credores. Nesse contexto, buscava-se não uma maneira de beneficiar o devedor de boa-fé, mas um meio de reduzir as consequências econômicas provocadas pela insolvência do devedor, e para a conclusão da concordata fazia-se necessário a concordância da maioria dos credores ou dos créditos.¹

No Direito Brasileiro já se ventilava, desde o período colonial, sobre a criação de instrumentos legais pertinentes à sucumbência econômica do devedor. Mas, com a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder, sob os ideais políticos de fortalecimento do estado, surge a necessidade da instituição de uma nova legislação concernente à falência que, a princípio, consistia em ampliar os poderes do Magistrado em detrimento das influências dos credores em benefício do comerciante de boa-fé, como bem aborda SILVEIRA FILHO:

[...] é editado o Decreto lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945, elaborado por grandes Juristas como Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvia Marcondes Machado, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Luis Lopes Coelho. Os principais pontos desta lei consistiram em reforçar os poderes do Magistrado, diminuir a influência dos credores e tornar o instituto da concordata, tanto a suspensiva como a preventiva, como um favor dado pelo Estado ao comerciante em delicada situação econômica. [...]²

Mas essa lei, que havia sido elaborada basicamente em benefício do comerciante, é inspirada nas teorias dos atos de comércio que, à sua época, considerava como comerciante qualquer pessoa capaz que realizasse qualquer ação por motivo comercial, como bem ensina REQUIÃO:

¹ PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.359.

² SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. Visão Histórico-Evolutiva do Direito. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015

[...] valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, [...]³

De fato, essa lei foi perdendo a efetividade conforme foi surgindo a Teoria da Empresa, o que fez surgir a necessidade de uma nova legislação direcionada ao procedimento falimentar, assim ensina COELHO:

A teoria da empresa é, sem dúvida, um novo modelo de disciplina privada da economia, mais adequado à realidade do capitalismo superior. Mas por meio dela não se supera, totalmente, um certo tratamento diferenciado das atividades econômicas. O acento da diferenciação deixa de ser posto no gênero da atividade e passa para a medida de sua importância econômica. Por isso é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil.⁴

Por ocasião dessa nova realidade, em 1983, por nomeação do Ministério da Justiça, um grupo de juristas composto por Rubens Requião, Antonio Luiz de Souza Rocha, Cláudio Ferraz Alvarenga, Antonio Jesus Marçal Romero Bechara, Abert Farjalla Bumachar e Alfredo Chicralla Nader⁵ reuniu-se para reformar a Lei de Falência, dando surgimento à Lei 7.274 de 10 de dezembro de 1984, vindo a modificar grande parte do DL. nº 7661/45.

Em decorrência da conjuntura econômica e política, sobretudo entre os períodos pós-guerra, a economia começava a dar sinais de vigor pela expansão da globalização; as tendências políticas caminhavam para regimes mais participativos; tornou-se notável a dissonância entre as novas realidades e a

³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial Vol. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial Vol 1: Direito de Empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

⁵ SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. Visão Histórico-Evolutiva do Direito. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015

antiga LF (decreto 7661/45), que não mais atendia a essa nova realidade. A partir de então os próximos passos caminharam em direção à elaboração de uma nova legislação falimentar que viesse viabilizar um equilíbrio entre os interesses sociais, dos credores e do empresário insolvente. E em 1990 o Ministério da Justiça dava início à criação de uma comissão voltada a esse objetivo, como bem sintetiza SILVEIRA FILLHO:

Após o aludido anteprojeto ter sido levado à opinião de vários seguimentos da sociedade, por meio de audiências públicas, pareceres, Conferências e audiências, o mesmo, por iniciativa do Poder Executivo, resultou no projeto de Lei nº 4.376/93. Após longo trâmite pelas duas Casas Legislativas, devido a gama de debates e estudos a que foi submetido nas Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a série de emendas a que se submeteu, no dia 09 de fevereiro de 2005, o projeto foi sancionado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, transformando-se na Lei 11.101/05.⁶

A Lei 11. 101 de 9 de fevereiro de 2005, que substituiu a Concordata pelos institutos da Recuperação Judicial, visa estabelecer meios para o devedor sobressair-se à situação de insolvência e superar efetivamente a crise econômico-financeira e da Recuperação Extrajudicial que objetiva principalmente estabelecer um acordo comum entre o devedor e seus credores na busca por evitar a judicialização da Recuperação e/ou Falência⁷.

Diferencia-se do instituto anterior, que apenas era tido como um benefício legal em que o devedor poderia dispor de um maior prazo no vencimento das obrigações ou a remissão parcial no valor de algumas obrigações, a fim de evitar ou até mesmo suspender a Falência, bastando, para isso, que o devedor apenas preenchesse os requisitos legais sem levar em consideração a vontade dos credores.

⁶ SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. Visão Histórico-Evolutiva do Direito. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015

⁷ PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.360.

2.2 Dos Princípios Informadores da Lei 11.101/2005 (LRE)

A empresa, enquanto atividade produtiva em que se estabelece sob as formas legais, deve atender, além das expectativas econômicas dos quadros societários, a exigência constitucional da função social disposta no § 3º art. 170 da CF/88. Ao desenvolver suas atividades, deve promover também o desenvolvimento social por intermédio da criação e manutenção de emprego e geração de renda, atentar para a preservação do meio ambiente, incentivar a cultura e educação, como bem ensina Ulhôa:

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.⁸

Nesse contexto, outro princípio que deve ser observado é o da Preservação da Empresa, cuja importância fez com que o legislador o aplicasse na própria redação da LRE em seu art. 47:

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,

⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.86.

assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.⁹

Percebe-se no referido artigo que o objetivo é de afastar os prejuízos que podem ser causados pela falência do empresário, que, dependendo do porte da empresa, podem tomar proporções imensuráveis para a economia de uma região, afetando a sociedade civil como um todo, como bem aborda NUNES:

Do ponto de vista conceitual, o princípio da preservação da empresa é um princípio geral de direito de aplicação prática que tem por escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante do prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores e à Sociedade Civil. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico geral a ser aplicado pelo Poder Judiciário aos casos concretos para garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.¹⁰

Nota-se que tamanha é a importância do setor empresarial, fazendo com que seja do interesse do Estado intervir para prevenir a sociedade das consequências da Falência não só do ponto de vista econômico, como também pela manutenção das boas práticas comerciais cunhadas no Princípio da Segurança Jurídica, como bem aborda THEODORO JUNIOR:

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de 'valores supremos dá uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social'¹¹

⁹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação de empresas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

¹⁰ NONES, Nelson. Sobre o Princípio da Preservação da Empresa. Disponível em: <
<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/841/661>> Acesso em: 31 Out. 2015

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97

É importante mencionar, apesar da importância da preservação da fonte geradora de emprego, que o processo de Recuperação é oneroso, gera custos processuais e sociais, portanto deve ser levada em consideração a efetiva aplicação do Princípio da Viabilidade da Empresa. Tão importante quanto a busca por alternativas que evitem a falência é analisar se, de fato, existe a possibilidade de recuperação. Esse princípio está intrinsecamente relacionado com os princípios da função social e da preservação da empresa, pois é insustentável movimentar o Estado onerando o Judiciário em um processo que não traria benefício à sociedade, fazendo-se necessário analisar se a empresa cumpre a função social e compensaria à sociedade suportar os custos de sua recuperação, como bem aborda CARVALHO:

A LRE tem-se por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Portanto o objetivo da LRE é recuperar a empresa que esteja em crise econômico-financeira, para isso, mister analisar a viabilidade da empresa para suportar a recuperação judicial. Situando-se em relevo a importância da atividade econômica organizada no cerne de uma sociedade pluralista e de livre iniciativa, pode-se vislumbrar o desserviço prestado pela empresa assolada pela insuficiência de meios de pagamento e pela destruição. Daí infere-se que há um ponto divisório na LRE, de análise obrigatória, buscando-se remédios para os problemas derivados da insolvência empresarial, surgindo-se como critério a viabilidade da empresa em superar a crise.¹²

Portanto é de suma importância analisar essa viabilidade econômico-financeira a fim de se buscar pressupostos que justifiquem a instauração do procedimento recuperatório. Nesse sentido é possível vincular o entendimento ao princípio da Inerência do Risco a Qualquer Atividade Empresarial, pois o risco

¹² CARVALHO, Albadilo Silva. Recuperação Judicial da Empresa com Fundamento no Princípio da Viabilidade Econômico-Financeira. Disponível em: < <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/silvac01.pdf> >. Acesso em 01 de nov. de 2015

pertence à qualidade da própria natureza das atividades de ordem econômica em geral, como bem aborda COELHO:

A coletividade suporta os “custos” indiretamente, porque os empresários, em geral, para se preservarem das consequências da recuperação judicial de alguns de seus devedores, com o tempo, passam a acrescer aos preços de seus produtos ou serviços uma taxa de risco associada a esta eventualidade. Ora, só tem sentido racional, econômico, moral e jurídico impor aos credores, num primeiro momento, e à coletividade, em seguida, tais “custos”, na medida em que, sendo o risco inerente a qualquer empreendimento, não se pode imputar exclusivamente ao empresário a responsabilidade pelas crises da empresa. O princípio da inerência do risco é legal, especial e implícito.¹³

Portanto, segundo esse princípio, pode-se atrelar diretamente ao instituto da Recuperação Judicial os custos implícitos indiretamente, representados pela obscuridade em que consiste transferência de capitais por intermédio dos mecanismos de crédito que vincula credores e devedores em uma relação jurídica lastreada em confiança, interesse e risco.

2.3 Do Processamento

A Recuperação Judicial permite a reorganização da empresa que se encontra em situação de insolvência, mas, para tanto, se faz necessário que sua reabilitação seja factível possível. Assim o referido instituto busca promover uma aproximação entre o devedor e seus credores, cuja participação é fundamental para a aprovação do plano de recuperação elaborado, pois a LRE, em seus art. 26, 27 e 35, dispõe a criação de órgãos compostos exclusivamente por credores: a exemplo do comitê de credores ou a assembleia geral de credores.

O pedido de recuperação pode ser impetrado pelo devedor que exerça regularmente suas atividades econômicas há mais de 2 (dois) anos (art. 48 da

¹³ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.115.

LRE), estendendo em seu parágrafo único também ao cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

No que se refere ao pedido e seu processamento, a LRE dispõe em seu art. 51 um rol exemplificativo dos requisitos a serem adotadas juntamente com a petição inicial que será instruída com documentos descritos conforme a transcrição abaixo,

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.¹⁴

Ressalta-se que o plano de recuperação deve ser circunstanciado como também fundamentado, incluindo a data aproximada para o cumprimento da recuperação, diante de uma situação onde o Estado venha a intervir a fim de promover uma possibilidade de salvar a empresa em crise, não em benefício do quadro societário. Além do objetivo de afastar as consequências da Falência, é preciso considerar a composição de credores que necessitam satisfazer seus direitos de créditos. Cumpre-nos comentar em especial sobre, a exposição das causas que levam à crise é outra exigência legal que deve ser apresentada junto com o pedido inicial. Esse requisito, em que pese sua natureza subjetiva, consiste em um instrumento de fundamental importância, pois nele ficará evidenciada a boa-fé do devedor, requisito fundamental para o exercício do bom direito.

Nota-se que é necessário o cumprimento não só de pressupostos subjetivos, como também de requisitos não menos importantes, como os demonstrativos contábeis dos últimos três exercícios fiscais, o que permitirá não só conhecer a situação econômico-financeira como também regular a situação fiscal do empresário que, de outro modo, não terá direito à recuperação.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação de empresas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

3 DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DO RECEBÍVEL FUTURO

É improvável à subsistência, em uma sociedade predominantemente capitalista, qualquer exploração econômica baseada na obtenção de lucro que não se utilize dos meios de crédito. O capital, por si só, não gera riqueza e não produz, todavia a sua circulação sim, como também promove a geração de emprego e o desenvolvimento social.

É necessário, portanto, que o capital não fique estagnado pelo contrário, é fundamental dinamizar cada vez mais esse processo, e a forma mais eficaz para atingir esse objetivo é por intermédio das explorações das atividades econômicas.

Contudo, essas entidades que se organizam e se estabelecem na forma de empresas ao promover a circulação de recursos econômicos, acabam retendo, nesse processo, uma parte desse capital como forma de lucro. O crédito surge nesse contexto a fim de que empresas consigam a circulação de grandes quantidades de capital, fragmentando-o, trazendo para o presente meras expectativas futuras, possibilitando, assim, uma aceleração do crescimento de suas operações.

No entanto o crédito não pode se confundir com o capital propriamente dito porque consiste em uma mera hipótese, uma expectativa da existência do capital no futuro e, com isso, a sua utilização no mercado de capitais só é viável graças a um mecanismo de sustentação no qual se convencionou chamar de garantia. Portanto, é necessário mais que uma possibilidade, é preciso meios de assegurar que na incerteza dos eventos futuros o pacto firmado entre credor e devedor se concretize de fato, o que nem sempre ocorre, pois onde há crédito sempre haverá risco mutável em uma relação inversamente proporcional à liquidez da operação.

3.1 Conceito e Noções Gerais

A cessão de créditos é um instituto bem consolidado e sua presença no mundo dos negócios jurídicos constitui matéria comum, principalmente em setores relacionados ao Sistema Financeiro Nacional como é o caso das Instituições Bancárias que, corriqueiramente, negociam entre si contratos de curto a longo prazos nas mais variadas modalidades de crédito.

O referido instituto constitui matéria de Direito Civil Obrigacional pertinente à Transmissão das Obrigações, previsto do art. 286 ao 298 do Código Civil. No entanto a Cessão de Crédito não se confunde com Cessão de Dívida, aquela dispensa anuência do devedor, bastando apenas notificá-lo, e nesta necessita anuência do credor, como preleciona Gonçalves:

Esse requisito a distingue, de modo significativo, da cessão de crédito, em que a anuência do devedor é dispensável. Seja quem for o credor, o montante da dívida continua inalterado, sendo-lhe facultado opor ao cessionário, no momento da notificação, as exceções que podia opor ao cedente. Na assunção de dívida, todavia, a pessoa do devedor é de suma importância para o credor, não só em relação às suas qualidades e exaço no cumprimento dos deveres, como também no que diz respeito à idoneidade patrimonial, podendo não lhe convir a substituição de devedor solvente por outra pessoa com menos possibilidade de cumprir a prestação.¹⁵

Nota-se que a dispensa da anuência do devedor não afeta nem o crédito, quanto menos as garantias pactuadas na relação jurídica originária, o que faz com que essas operações ocorram a todo tempo.

Contudo, o instituto da Cessão Fiduciária de Crédito foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 10.931/2004 em reforma à Lei 4.728/1965, estabelecendo a possibilidade da transferência de direitos patrimoniais ao credor fiduciário a fim de garantir o pagamento da dívida. Nesse

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161

contexto, garantia fiduciária, é o instituto pelo qual o devedor transfere ao credor, como garantia, a propriedade resolúvel do bem objeto originador da dívida ou do crédito em caso de a dívida ter sido originada mediante à cessão de crédito.

A Alienação Fiduciária (modalidade de garantia do gênero Negócio fiduciário), constitui uma das mais robustas modalidades de garantia aplicadas ao sistema de crédito, pois transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, o que, no caso de inadimplemento das obrigações pactuadas, pode o credor, executar a garantia em face do devedor até o limite de seu crédito, estornando o saldo se houver. Nesse aspecto, vale ressaltar que, o crédito, pela sua natureza de Direito Patrimonial, se enquadra no rol de bens móveis por eleição expressa do art. 83, inciso III do Código Civil.

3.2 Previsão Legal

O instituto da Cessão Fiduciária de Crédito ou Recebível Futuro é o mecanismo pelo qual o credor titular de um direito creditório cede a um terceiro a propriedade fiduciária desses créditos, e em que pese na maioria dos casos que a relação jurídica originária permaneça válida, a propriedade resolúvel desses créditos são transferidos ao cessionário, diferenciando-se, nesse aspecto, da Alienação Fiduciária em Garantia, cuja estrutura recai sobre bens corpóreos e mantém-se a posse direta, junto ao devedor, como bem preceitua COELHO:

A estrutura jurídica fundamental da alienação fiduciária em garantia é bem conhecida e bastante operacional. Por este contrato, cujas raízes se encontram no direito romano, o credor se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, enquanto o devedor é investido na condição de seu possuidor direto e depositário. Cumprida a obrigação que este tem perante aquele, opera-se a resolução da propriedade: o sujeito que era devedor passa a ser o proprietário pleno e possuidor da coisa, e o que era credor deixa de titularizar qualquer direito real

sobre ela. Não cumprida a obrigação, porém, tem o credor instrumentos ágeis e eficazes para ver satisfeito seu direito.¹⁶

Podemos encontrar ainda nas lições de FIUZA que a alienação fiduciária é o contrato:

[...] pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra pessoa, o credor fiduciário, que fica adstrito a retransmitir o direito de propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida [...]¹⁷

Na cessão fiduciária de recebíveis ou direitos creditórios, modalidade do gênero Negócio Fiduciário, o vínculo jurídico recai sobre bens móveis não corpóreos, imitando-se o credor fiduciário na propriedade e na posse direta dos bens garantidores. Mais à frente trataremos mais sobre esse tema.

É possível perceber os aspectos funcionais do referido instituto em determinadas situações mais próximas do cotidiano popular, como nos casos em que o lojista que vende suas mercadorias facilitando o pagamento de seus clientes por meio do parcelamento via cartão de crédito e que não deseja suportar o ônus do termo aprazado, procura uma instituição financeira bancária e procede um contrato de antecipação de recebível no qual o banco se imite na propriedade fiduciária dos direitos creditórios cessionários na operação.

O referido instituto encontra sustentação legal na Lei 10.931 de 2004 que reformou a Lei 4.728 de 14 de julho de 1965 e possibilitou, em seu Art. 66-B § 3º, a Alienação Fiduciária de coisa Fungível, a Cessão Fiduciária de direitos sobre coisas móveis, dentre outras:

¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. A cessão Fiduciária de Títulos de Crédito ou Direitos Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente. Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo_20130426120718.pdf> Acesso em 12 nov. 2015

¹⁷ FIUZA, César. Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei n. 9.514, de 1997. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 124.

Art. 66 – B. [...]

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. [...]¹⁸

O Código Civil também traz em seus arts. 1361 e 1362 matéria de caráter predominantemente informativo, como pode-se observar na transcrição do referido dispositivo:

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 fiduciária.

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

I - o total da dívida, ou sua estimativa;

II - o prazo, ou a época do pagamento;

III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

¹⁸ _____ Lei nº 10.931 de 02 de Agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei 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.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm

É importante ressaltar que a transmissão da posse ou da propriedade resolúvel do crédito ou objeto que deu origem à obrigação, por ser uma espécie de garantia robusta, é, por esse motivo, proporcionalmente considerada como operação de menor risco e, por isso, de menor custo. Essa modalidade de garantia, inclusive, é utilizada no mercado imobiliário e acolhida pelo Sistema Financeiro de Habitação.

3.3 Diferenciação com as Demais Garantias

A cessão fiduciária do recebível futuro constitui uma operação relativamente de baixo risco, e sabe-se que, quanto menor o risco, também menor será o custo da operação, e isso representa para a empresa, por exemplo, a possibilidade de dinamizar seu fluxo de caixa, garantindo uma maior estabilidade e liquidez em seu capital de giro. Ao transferir o ônus de sua carteira de recebíveis, acaba trazendo seus ativos futuros para o presente a um custo mais atrativo. Também cumpre mencionar que as demais modalidades de garantia, quais sejam penhor, hipoteca, anticrese, não se confundem com a cessão fiduciária em garantia, pois aquelas constituem apenas direitos limitados, enquanto nesta há o efetivo direito real sobre a coisa mediante a transferência da propriedade direta do objeto, como bem aborda VENOSA:

Sob esse aspecto, não se confunde com os direitos reais de garantia do Código, penhor, hipoteca e anticrese, porque nestes existe direito real limitado, enquanto na alienação fiduciária opera-se a transferência do bem. Quem aliena não grava. O devedor fiduciante aliena o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a coisa alheia, enquanto na garantia fiduciária possui direito real sobre a própria coisa.¹⁹

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 410.

Essa diferenciação com relação aos demais mecanismos de garantia promove uma redução dos custos dessas operações, cuja própria estrutura desse instituto o sobrepõe a patamares elevados em termos de liquidez, uma vez que não há o que eventualmente discutir sobre a titularidade da propriedade fiduciária que se resolve mediante a ocasião do evento futuro e incerto, ou seja, o adimplemento das obrigações futuras.

A principal diferenciação com os demais mecanismos de garantia consiste no fato da garantia fiduciária incidir sobre a titularidade da propriedade. Já nas demais o incidente de garantia recai em face a direitos reais de garantia, segundo COELHO:

Os direitos reais **de** garantia consistem na atribuição ao credor de uma garantia real sobre bem que continua a ser de propriedade do devedor, mesmo após a constituição da obrigação garantida. São três as garantias reais desta espécie: **hipoteca, penhor e anticrese**. Já nos direitos reais **em** garantia, a garantia real recai sobre bem originariamente do devedor, mas que passa à propriedade do credor – propriedade resolúvel, desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas: **alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios**.²⁰

Como pode-se analisar essa sutil distinção entre as terminologias: Direitos Reais **de** Garantia e Direitos Reais **em** Garantia, altera completamente o sentido desses institutos. Portanto, pode-se apontar como principal característica concernentes as garantias fiduciárias, e que a diferencia das demais, é o objeto sob o qual recai finalidade acautelatória do instituto.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A Trava Bancária. *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 62.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DO RECEBÍVEL FUTURO FACE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ao tomarmos por base a estrutura operacional do mercado de capitais, percebemos que não só produtos físicos ou cambiáveis a termo são passíveis de serem negociados a todo momento, bens que ainda não existem, e quando muito existirão no futuro, são negociados e líquidos em operações corriqueiras no mercado futuro, como é o caso das commodities agrícolas em que o produtor comercializa contratos da produção futura a fim de se precaver contra eventuais variações nos preços, motivo também pelo qual os compradores o fazem.

Outro exemplo a ser vislumbrado são as operações de factoring, mecanismo de fomento mercantil que possibilita que a empresa venda seus créditos, gerados pela comercialização de seus produtos, a prazo às empresas de factoring, que compram esses títulos creditórios como cheques, duplicatas, descontando um percentual como forma de lucro. Portanto são diversas operações envolvendo a antecipação de recursos.

Este é o caso também do empresário que, no giro de suas atividades econômicas, comercializa seus produtos e precisa dispor a seus clientes meios de pagamento facilitado que viabilizem a concretização do negócio. O meio de pagamento mais utilizado nesse sentido é o parcelamento via cartão de crédito, preferido entre o meio empresarial por agregar uma maior segurança, pois o recebimento desses recursos é assegurado por uma instituição financeira operadora de cartão de crédito que, por sua vez, efetua o pagamento conforme o parcelamento pactuado na relação de consumo originária.

A empresa, por sua vez, objetivando uma maior rapidez no retorno desses recursos, pode optar por realizar outra operação denominada cessão fiduciária de recebível futuro, mecanismo pelo qual a empresa, na condição de titular de uma carteira de recebíveis decorrentes de suas atividades mercantis como exemplo o parcelamento via cartão de crédito, realiza junto a uma instituição bancária a cessão desses direitos creditórios, transferindo como garantia a propriedade fiduciária resolúvel desses recebíveis.

A instituição financeira bancária, figurando nesse contexto como cessionário, ao exigir a transferência da propriedade fiduciária resolúvel desses direitos creditórios, consegue reduzir os custos da operação, pois o risco atrelado ao evento futuro e incerto é substancialmente reduzido, já que esses recebíveis deixariam em tese de fazer parte do rol dos créditos submetidos à incidência dos efeitos da Recuperação Judicial e assim afastando desses títulos as incertezas e consequentes responsabilidades patrimoniais as quais se submete qualquer atividade lucrativa.

Mas, não raras são as vezes em que empresas beneficiadas pelo instituto da Recuperação Judicial se deparam com um impasse que impede o andamento eficiente do processo. É que, ao chegar na fase de levantamento patrimonial, perante a inclusão dos créditos no plano de recuperação, os titulares de créditos fiduciários, que por sua vez constituem muitas vezes o maior volume de créditos da empresa em crise, exercem seus direitos creditícios a margem do plano recuperatório, o que ocorre por meio do bloqueio em conta vinculada dos recebíveis vincendos que, são literalmente travados pelo banco cessionário, o que gera descontentamento perante os demais credores que tentam judicialmente submeter também esses credores aos efeitos da Recuperação Judicial.

4.1 Créditos Sujeitos aos Efeitos da Recuperação Judicial

Na Recuperação Judicial, superadas as fases de processamento, análise dos requisitos e pressupostos, apresentação do plano, manifestação dos credores e efetivamente decretada a Recuperação, inicia-se a análise dos créditos sujeitos a incidência da Lei. Deve-se analisar sobretudo todos os créditos que podem ser objeto do plano de Recuperação Judicial, permanecendo como objetivos principais a manutenção da fonte produtora, a manutenção do emprego dos trabalhadores, a defesa dos direitos dos credores, a preservação da empresa e sua função social, bem como estimular a atividade econômica²¹.

²¹ MUNDIM, Cristiano Pacheco de Deus. Os Meios de Recuperação Judicial e Sua Eficácia Sistêmica. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 15, n. 14, p. 69-86, 2011.

Estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, de acordo com o art. 49 da LRE, todos os créditos da empresa constituídos até a data do pedido, mesmo que ainda não estejam vencidos, ficando fora dos efeitos da recuperação os créditos tributários como reza o art. 187 do código tributário nacional com a redação que lhe deu a Lei complementar 118/05, que estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, regra que se aplica indistintamente às fazendas Federal, Estadual Distrital e Municipal.²² Contudo, essa é uma definição amplamente genérica, mas a lei também dispõe algumas exceções, como observa-se na transcrição do artigo:

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

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

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

§ 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.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada

²² MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro Vol 4: Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2006.

durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei [...].²³

Essa generalidade de créditos dispostas no artigo, salvo as exceções que serão abordadas a posteriori, decorrem da própria essencialidade contida nos próprios princípios informadores do procedimento recuperatório, e resulta em um nivelamento de interesses tanto dos credores que arrogam pela satisfação dos seus créditos, quanto pelo devedor que, na expectativa de sobressair-se à situação de insolvência, anseia pela inclusão de todos os créditos, trazendo assim efetividade às reais finalidades da LRE.

Para os interesses do devedor é vantajosa a inclusão do maior número de créditos possível, já que tem por consequência a novação dos mesmos, extinguindo as obrigações anteriores e surgindo em substituição uma nova obrigação. E esta, por ocasião da situação de insolvência em que se encontra o devedor, será ajustada de modo a permitir a reestruturação da empresa insolvente, de acordo com o disposto no art. 59 da Lei 11.101/2005, *in verbis*;

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.²⁴

É possível observar que aqui a intensão do legislador é de natureza conciliatória, viabilizando uma aproximação entre devedor e seus credores, que negociarão em prol da reorganização financeira. Na visão dos interesses dos credores, a sujeição dos seus créditos aos efeitos da recuperação não lhe é favorável, já que implica em redução das obrigações originariamente pactuadas em seu desfavor.

²³ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação de empresas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

²⁴ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação de empresas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

Entretanto, sob o ponto de vista de que a empresa em recuperação assim está justamente por não dispor de recursos suficientes para a satisfação de todos os seus credores, ou seja, seu ativo é menor que seu passivo e a exigibilidade de seus títulos já não é mais factível, as hipóteses recaem na expectativa de minimizar os prejuízos sem prejuízo de suas garantias, como bem leciona MOTONAGA:

A plena satisfação de seus interesses somente ocorreria se a empresa não estivesse em um processo desse tipo, ou seja, estivesse pagando seus credores e trabalhadores de forma pontual e integralmente. Porém, como isso não está ocorrendo (pagamentos das obrigações de forma pontual e integral), o que significaria maximizar os interesses, o objetivo passa a ser outro: minimizar as perdas²⁵

Diante da complexidade em que consiste o equilíbrio de interesses das partes envolvidas e o modelo de recuperação estabelecido atualmente, a lei possibilita a alguns credores o afastamento de seus créditos do procedimento concursal em virtude do papel importante que desempenham, sobretudo quanto ao aporte financeiro essencial ao financiamento das atividades econômicas. Esses agentes necessitam, considerando o volume e pulverização de suas operações, de garantias mais robustas que suportem a crise sem afetar seus ativos futuros e prefira os demais credores.

Desse modo é possível analisar nesse mister, especialmente, dois tipos de créditos que não são atingidos pela amplitude da incidência dos efeitos do concurso de credores: o crédito Tributário, como visto anteriormente, e o crédito garantido pela cessão fiduciária previstas nos §§ 3º do art. 49 da LRE. Porém pode-se notar uma peculiaridade quanto aos créditos que o devedor garantiu por meio do penhor, previsto no art. 1.226 do CC. Conforme sua definição legal, consiste em uma garantia real incidente sobre coisa móvel que se perfaz mediante entrega do bem, com exceção dos casos em que a tradição é fictícia, a

²⁵ MOTONAGA, Alexandre. A Negociação e a Nova Legislação Falimentar: a Construção de um Novo Paradigma. In: Luis Fernando Valente de (Coordenador). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.712.

exemplo do penhor mercantil e de veículos. O penhor era uma das formas comumente utilizadas pelo sistema bancário, motivo pelo qual decidiu o legislador por adotar na LRE uma forma de trazer eficácia a esse tipo de garantia.

É importante ressaltar que em uma operação garantida por meio do penhor, o bem empenhado permanece no patrimônio do devedor pignoratício, mas a posse é transferida ao credor. Desse modo a efetiva inclusão do crédito garantido por meio do penhor se dá de forma diferenciada por força do § 5º do art. 49 da Lei 11.101/2005, caso em que pode o credor pignoratício decidir quando da substituição da garantia ou sua renovação durante o intervalo descrito no § 4º do art. 6º da referida lei. Por sua vez, contratos garantidos fiduciariamente, decorrem das obrigações pactuadas em que o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel e a posse direta ou indireta do bem que pode já fazer parte do patrimônio do devedor ou ser adquirido com recursos decorrentes da própria obrigação pactuada, como bem trata MAMEDE:

[...] Assim, para garantir o cumprimento da obrigação, transfere-se ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta de uma coisa, que pode ser algo que já pertence ao patrimônio do devedor, bem como coisa que foi adquirida usando o capital objeto do financiamento cuja obrigação incorporou-se a cédula. Propriedade resolúvel, friso: extingue-se, em favor do alienante fiduciário (dador da garantia) quando haja o adimplemento da obrigação garantida [...]

4.2 Análise da Natureza Jurídica da Cessão Fiduciária de Crédito Face a Recuperação Judicial.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 4.728/65, a alienação fiduciária, que originalmente tinha por objeto apenas bens corpóreos, foi regulamentado de maneira dispersa e, por força da Lei 10.931/2004 que introduziu o art. 66 – B na supramencionada Lei, em seu § 3º, previu a possibilidade de alienação fiduciária em garantia de coisa fungível ou móvel, bem como de títulos de créditos. Inseriu também o art. 1368 – A ao Código Civil os negócios jurídicos de natureza fiduciária e submetem-se às suas respectivas Leis especiais, seguindo, portanto, o Princípio da Especialidade, ficando sob a regulamentação do CC somente aquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Tanto a alienação quanto a cessão fiduciária, a depender de sob qual bem recai a fidúcia, constitui matéria de natureza acessória, ou seja, decorrente de uma obrigação principal na qual o devedor fiduciante transfere a titularidade de direitos quando esta recair sobre bens não corpóreas ao credor fiduciário, que fica comprometido a somente retorná-lo ao patrimônio do devedor mediante o efetivo cumprimento das prestações assumidas na obrigação principal, como bem ensina MAMEDE:

[...] a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito e atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada”. [...] ²⁶

²⁶ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro Volume 3: Títulos de Crédito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 382

Urge evidenciar a distinção redacional entre as terminologias “alienação fiduciária” e “cessão fiduciária”, sendo aquela utilizada quando a fidúcia recair sobre a propriedade de bens corpóreos móveis ou imóveis e esta, no caso do presente estudo, especificamente sobre a titularidade de direitos patrimoniais, considerados bens móveis não corpóreos, como bem ensina Fiuzza:

A transmissão dos bens implica a transmissão do direito de propriedade sobre eles. Ocorre que, dentre os bens que podem ser objeto do negócio fiduciário estão direitos como, por exemplo, direitos patrimoniais de autor. Em nossa técnica jurídica, não se fala em propriedade de direitos, mas em titularidade. Dessarte, a transmissão fiduciária importa a transferência do domínio ou da titularidade sobre uma ou mais coisas e/ou direitos²⁷

É possível observar também que a transmissão da titularidade desses direitos, todavia não ocorre de modo permanente, pelo contrário é algo temporário, pois na ocasião do cumprimento da obrigação principal o bem deve ser restituído ao devedor fiduciante, e até o término desse período esse bem objeto da propriedade fiduciária não pode responder pelas dívidas nem do credor, nem do devedor, como leciona ASSUMPÇÃO:

Assim, uma vez constituída a propriedade fiduciária sobre um bem (ou direito), este bem (ou direito) objeto da garantia não responde por dívidas do credor – fiduciário e tampouco por outras dívidas do devedor – fiduciante, que não a obrigação garantida²⁸

Assim, tanto na alienação fiduciária como na cessão fiduciária, em que pese a distinção entre ambos os institutos, o credor é o real titular da qualidade de proprietário do bem objeto do negócio fiduciário.

²⁷ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei n. 9.514/97*. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 15

²⁸ ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. *A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas*. **Revista do Advogado n. 105**. São Paulo: AASP, 2009, p.136.

A cessão fiduciária de títulos de créditos são amplamente utilizadas principalmente pelos bancos como uma das formas mais eficazes na busca pela redução dos riscos e custos operacionais. Esses agentes considerados de essencial importância no fomento às atividades econômicas buscam nessa forma de garantia um meio de evitar que seus créditos não sejam efetivamente afetados por uma eventual crise onde se defira pela instauração do procedimento recuperatório. Esses agentes, que operam sob a vigilância do Banco Central do Brasil, em estando na condição de credor fiduciário, podem se apropriar desses recebíveis até a satisfação de seus créditos em virtude da aplicação do art. 66 – B §§ 3º e 4º da Lei 4728/65 em combinação com o art. 18 da 9.514/97. O § 3º do art. 66 – B da primeira Lei, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, dispõe sobre a admissibilidade do negócio fiduciário dessa natureza, como observa-se na transcrição, *in verbis*,

[...] § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. [...] ²⁹

Portanto não restam dúvidas quanto à admissibilidade dessa modalidade de negócio fiduciário. A esse tipo de cessão fiduciária, por força do parágrafo seguinte, também se aplica o disposto no art. 18 da supramencionada Lei 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, segundo o qual se procede a

²⁹ BRASIL, Lei nº 4.728, de 14 de Julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece metas para o seu desenvolvimento. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm

transferência da titularidade dos créditos cedidos, conforme podemos observar na redação do mesmo:

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.³⁰

Essa regra permite, assim, ao credor apropriar-se das prestações a serem pagas, o que ocorre na prática por meio dos depósitos em conta vinculada, ou seja, os devedores das obrigações originárias que deram causa aos títulos posteriormente cedidos à instituição financeira, no momento do adimplemento das prestações não pagam ao fiduciante. Na prática pagam ao destinatário da operação fim, a saber o Banco. Portanto, diferentemente de como ocorrem essas operações, em se tratando de bens corpóreos onde a quitação da obrigação implica na resolução da propriedade e esta retorna ao patrimônio do devedor fiduciante, aqui não há o que retornar se não eventuais saldos residuais, pois o cumprimento por completo da obrigação gera a extinção do título.

Esse mecanismo se tornou motivo de embates no meio doutrinário, pois, em face da recuperação judicial, as “travas bancárias”, como popularmente ficou conhecido o tema, promovem um impedimento à efetiva aplicação dos princípios basilares do procedimento recuperatório, já que, via de regra, esses agentes financeiros, constituem em massiva maioria os maiores detentores de créditos das empresas em crise, e a permissibilidade das travas bancárias acarreta a inviabilidade do procedimento recuperatório.

³⁰ BRASIL, Lei n° 9.514 de 20 de Novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, Institui a Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel e Dá outras Providências.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm#art20

Diante do cenário financeiro atualmente saturado pela prática abusiva de juros ao consumidor tanto pessoa física como jurídica, as travas bancárias têm se tornado alvo de duras críticas e sua permissibilidade tem sido estudada no sentido de uma relativização e sobreposição dos princípios constituidores da reestruturação do empresário em crise, tendo em vista todos os interesses envolvidos sob vários aspectos, como bem nos fala MENDES:

Atualmente, o posicionamento em defesa das “travas bancárias” é alvo de inúmeros debates pelos juristas e tribunais brasileiros, tendo um dos principais argumentativos a prática adotada pelas instituições financeiras do repasse das altas taxas de juros aos consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Inquestionavelmente, hoje é público e notório que, mesmo com a garantia que as financiadoras obtêm contra a inadimplência no momento da concessão do crédito, o spread bancário brasileiro ainda é considerado um dos mais elevados do mercado financeiro mundial, resultando infrutífera a alegação bancária.³¹

Os que corroboram com o entendimento inclinado à relativização da permissibilidade das travas bancárias encontram argumentação no sentido de que as práticas de juros abusivos acabam por desviar da finalidade que deu origem ao surgimento, no ordenamento jurídico, dessa modalidade de garantia, cuja robustez acarretava em um abrandamento do ônus do risco inerente a qualquer modalidade de sistema de crédito. Essa vantagem operacional seria então repassada ao consumidor empresário, que perceberia melhores condições de acesso ao crédito envolvido na referida operação. Motivo pelo qual o legislador teria inserido o instrumento legal que exclui dos efeitos da Recuperação Judicial os créditos decorrentes da cessão fiduciária de direitos creditórios ou recebível futuro, qual seja o § 3 do art. 49 da LRE que, segundo esse entendimento, é incompatível com a natureza da própria lei por inviabilizar a reestruturação do empresário, bem como a manutenção da unidade produtora e sua função social, principal objeto a ser tutelado pela LRE.

³¹ MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. As Travas bancárias no procedimento de recuperação Judicial de sociedades empresárias: Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro. V 49. São Paulo: 2010. n. 153/154, p. 137-141.

Nesse sentido, em consonância com essas correntes inclinadas a defender pela restrição da permissibilidade de excluir esses créditos do concurso comum de credores e ao tratamento especial dispersado pela lei a esse tipo de credor, faz-se nesse mister relevante considerar a transcrição da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida por Manoel de Queiroz Pereira Calças, desembargador da Câmara reservada à Falência e Recuperação que, de modo unânime, foi contrária à utilização do travamento por parte dos bancos:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que liberou 'trava bancária' em relação a recebível objeto de cessão fiduciária de crédito. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Ausência do registro que implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação. Agravo improvido com revogação da liminar suspensiva. (Agravo de Instrumento nº 653.329.4/3-00. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do julgamento: 15.12.2009. Data do registro: 14.01.2010.)³²

Vale salientar, porém, que a referida decisão fundamenta-se nas irregularidades quanto à falta de registro prévio no contrato de alienação como condição para a constituição da propriedade fiduciária.

Porém o entendimento mais recente do Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 2011/0151185-8, sob relatoria da ministra Maria Isabel Galloti, onde a quarta turma por unanimidade deu provimento ao Recurso Especial com ressalvas do ministro Luis Felipe Salomão, a qual vale reproduzi-la;

³² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. **Recuperação judicial. Decisão que inclui no quadro-geral crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.** Agravo de Instrumento nº 653.329.4/3-00. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do julgamento: 15.12.2009. Data do registro: 14.01.2010. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22048468/agravo-de-instrumento-ai-2947381620118260000-sp-0294738-1620118260000-tjsp>>

(RESSALVA DE ENTENDIMENTO) (MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO). Não se sujeitam à recuperação judicial os créditos referentes à cessão fiduciária de títulos, realizada pela empresa em favor de instituição financeira, com base no artigo 66-B, § 3º, da Lei 4.728/1965, devendo, entretanto, a liquidação desses créditos ser decidida pelo Juízo da recuperação, visto que, de acordo com a parte final do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, apesar de o credor fiduciário não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, sendo-lhe resguardados seus direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o artigo 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005. Não se sujeitam à recuperação judicial os créditos referentes à cessão fiduciária de títulos, realizada pela empresa em favor de entidade bancária, com base no artigo 66-B, § 3º, da Lei 4.728/1965, devendo, entretanto, a liquidação desses créditos ser decidida pelo Juízo da recuperação, visto que é o Juízo condutor do processo de recuperação quem dirá se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial, de sorte que a satisfação do crédito fiduciário limita-se pelo imperativo maior de preservação da empresa, previsto nos artigos 47 e 49, § 3º, parte final, da Lei 11.101/2005. Não se sujeitam à recuperação judicial os créditos referentes à cessão fiduciária de títulos, realizada pela empresa em favor de entidade bancária, com base no artigo 66-B, § 3º, da Lei 4.728/1965, pela empresa em recuperação em favor de entidade bancária, devendo, entretanto, a liquidação desses títulos ser decidida pelo Juízo da recuperação, visto que incumbe a esse Juízo a ponderação entre a qualidade do crédito e a essencialidade dos valores à atividade empresarial, assim como ocorre nos casos dos créditos de credores fiduciários com garantia em bens móveis e imóveis corpóreos e dos créditos da própria Fazenda Pública.³³

Portanto pode-se concluir que, em que pese a ressalva como observa-se na decisão, a cessão fiduciária do recebível futuro possui natureza de propriedade fiduciária.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Spread Bancário, Alienação Fiduciária Em Garantia No Âmbito Do Mercado Financeiro E De Capitais, Trava Bancária**. REsp 1263500 ES 2011/0151185-8. Relator: Ministra: Maria Isabel Gallotti, Data de julgamento 12/04/2013, T4 QUARTA TURMA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=trava+bancaria&&b=ACOR&p=false&l=10&i=5>> Acesso em 11.11.2015.

4.3 A Cessão Fiduciária do Recebível Futuro e a Incidência dos Efeitos do Procedimento Recuperatório.

A eficácia dos efeitos da Recuperação Judicial, como vimos, abarca uma gama ampla e genérica de créditos porque o legislador, quando da elaboração da LRE, intencionava a criação de um mecanismo pelo qual tornasse viável a reestruturação da empresa em crise. Todavia essa fase em que há sucumbência eminente do empresário requer a inclusão de todos os créditos possíveis, pois quanto maior a disponibilidade de recursos, maior será a oportunidade de reorganização econômico-financeira.

Porém a lei dispensou o tratamento diferenciado aos créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis futuros, que na grande maioria dos casos concentram a maior parte dos recursos disponíveis, até por serem provenientes de aporte financeiro, e os empréstimos para retorno de capital, de modo geral, são os bancos, credores fiduciários detentores da titularidade da propriedade resolúvel desses títulos creditórios.

Essa espécie de garantia faz com que a operação seja estruturada sob baixos índices de risco justamente por não se submeterem aos efeitos da LRE por força do § 3º do art. 49. Justifica-se o tratamento especial a esses créditos por uma série de particularidades atribuídas à própria natureza do negócio fiduciário. Uma delas consiste na transferência da propriedade do bem objeto do negócio que deixa de integrar o patrimônio do devedor. Outro aspecto a ressaltar é que o fato da propriedade ser resolúvel não é relevante e em nada altera a realidade fática do negócio, como preleciona ASSUPÇÃO:

A exclusão dos bens e dos direitos de crédito objeto de garantia fiduciária do plano de recuperação decorre do fato de não integrarem o patrimônio da recuperanda, uma vez que, antes do pedido de recuperação, ela já os havia transferido/cedido, ainda que em caráter fiduciário, ou credor fiduciário³⁴

³⁴ ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas. **Revista do Advogado n. 105**. São Paulo: AASP, 2009, p.136.

De fato, urge arguir que a essa exclusão do rol de créditos incidentes na amplitude da legislação concursal é atribuída a natureza jurídica da cessão fiduciária do recebível futuro, qual seja de negócio fiduciário. Negócio fiduciário, por sua vez, é gênero do qual extrai-se várias espécies, dentre elas a cessão fiduciária de direito creditórios, bem como a alienação fiduciária em garantia. Negócio fiduciário é, portanto, nas palavras de CHALHUB:

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, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.³⁵

Ainda nesse contexto, preleciona FIUSA:

Na classe dos bens incorpóreos, acham-se alguns direitos, que também podem ser objeto do negócio, tais como os de autor, o usufruto, a enfiteuse etc. Concluindo, o objeto do negócio pode ser todo um patrimônio, composto de variadas espécies de coisas e/ou direitos, assim como apenas de uma coisa ou direito, móvel ou imóvel, e até mesmo de um capital em dinheiro. (...) Em simples tentativa de sistematização do instituto, pode-se apontar como gênero o negócio fiduciário ou fidúcia. Como espécies, o *trust*, a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária e outros.³⁶

O surgimento dessa modalidade de negócio fiduciário decorre da necessidade de suplantar o rol de garantias inerentes aos negócios vinculados a bens móveis, a exemplo do penhor e da reserva de domínio, vindo essa a fornecer maior efetividade e dinamismo ao mercado de capitais, que ainda em CHALHUB:

³⁵ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 38.

³⁶ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 14.

efetivamente deu maior elasticidade ao mercado de capitais e reduziu os riscos operacionais, fazendo com que se desse capacidade aquisitiva a um determinada classe de comprados, que não a teria em condições normais, de tal modo que um grande número de pessoas, que estavam marginalizadas no mercado do consumidor, passaram a poder integrá-lo, circunstâncias que, de outra parte, possibilitaram um novo e significativo impulso à indústria e ao comércio, especialmente de automóveis e de eletrodomésticos.³⁷

Podemos encontrar ainda nas lições de RASTTIFE NETO e RASTTIFE uma relevante abordagem histórica acerca do surgimento da fidúcia no Brasil:

Normativa da como novel espécie de garantia real, de natureza dominial (porque em bem alienado ao credor), introduzida através da Lei de Mercado de Capitais, esta como 'mola propulsora de sustentação da economia nacional', não se pode perder de vista uma das principais finalidades de origem da alienação fiduciária: conceder ao sistema financeiro um novo mecanismo de garantia contratual eficiente em um modelo desenvolvimentista. Foi este impulsionado, em meados da década dos anos 60 (art. 66 da Lei de Mercado de Capitais), pelas autoridades governamentais, como instrumento de segurança e equilíbrio na canalização de capitais próprios e captação de recursos advindos da poupança popular, para incrementar, através da difusão do crédito direto, o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo em espiral dinâmico, de circulação de riquezas, formado pelo complexo *poupança crédito- investimento-produção-consumo*³⁸

A fidúcia em garantia primordialmente foi instituída pela lei que regula o mercado de capitais com o objetivo de garantir as operações das próprias entidades de créditos e instituições financeiras, como bem orienta GOMES ao ensinar que:

³⁷ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 156.

³⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13-14.

[...] a transmissão de propriedade limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na forma desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: o de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente [...]³⁹

Portanto a alienação fiduciária, como a cessão fiduciária, são espécies do gênero negócio fiduciário e, por assim estarem estabelecidas, não são alcançadas pela incidência dos efeitos da Recuperação judicial, apesar de aparentemente prescindir de uma lógica inversa aos princípios informadores da LRE, que em decorrência do § 3, do art. 49 excluem tais credores fiduciários, o que para muitos significa um sistema de “auto sabotagem” onde a própria Lei traz em sua redação o instrumento que a ataca e a impede de prosseguir com os fins originários de sua criação.

³⁹ GOMES, Orlando. Alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33.

5 CONCLUSÃO

Dos resultados decorrentes das relações empresariais se estabelecem, por consequência, inúmeras outras ramificações do direito, como Direito Trabalhista, Direito do Consumidor, Direito Civil, Direito Ambiental, Direito Tributário, dentre outras. Portanto, cada embate e discussão acerca de um determinado tema nessa área implica em uma carga cada vez mais complexa de outras responsabilidades.

É importante ressaltar nesse mister, sem prejuízo de outras áreas do Direito, que à Empresa são atribuídas inúmeras outras responsabilidades de ordem social, como a criação de emprego e contribuições fiscais necessárias ao avanço dos índices de desenvolvimento do país como um todo. É imprescindível, portanto, a atuação das empresas, que não podem ser consideradas como mera exploração de atividade econômica, muito embora seja esse o leme de qualquer empreendimento.

Tamanha é sua importância para o país, que atualmente o próprio Estado tenta incentivar o empreendedorismo por meio de programas e crédito facilitado para micro e pequenas empresas, bem como programas de capacitação, sem falar nas entidades do chamado “sistema S” (SEBRAE, SESI, SENAI), que, apesar de serem entidades privadas, recebem recursos do Governo Federal por desempenharem papel fundamental para a capacitação de novos empreendedores.

Todavia, em meio a tantas obrigações e responsabilidades, o objetivo de qualquer atividade empresarial, como se sabe, é o lucro, e nesse contexto o empresário precisa encontrar um equilíbrio entre esses desafios e a criação e desenvolvimento de meios sustentáveis de obtenção de lucro que viabilizem seu crescimento nas ocasiões em que a economia permite a estrutura para manter-se quando esta vai mal.

Mas nem sempre esse equilíbrio é possível de se atingir. Quando muito consegue-se a manutenção de níveis aceitáveis de equilíbrio financeiro, ao menos para a grande maioria, pois a força que controla o crescimento das

demandas e dos preços é irmã da que controla a fluidez dos resultados em função do risco. Risco este inerente a qualquer atividade de natureza econômica.

Portanto, diante das dificuldades condizentes com a natureza das atividades empresariais, nem sempre é possível obter os resultados esperados, pois, muito embora o governo dispunha de meios de manipular alguns norteadores econômicos, o mercado não tem nome nem rosto, é impossível de prever com precisão seu comportamento no futuro, onde reside a maioria das obrigações de natureza econômica. E é nesse contexto, considerando o caráter essencial das atividades econômicas empresarias legalmente constituídas e seus benefícios para a sociedade, que certamente cumprem sua função social por exigência do Estado. Este, por sua vez, precisa intervir nos casos em que as empresas, por si só, não conseguem sobressair às situações de insolvência, algo que deu origem ao atual sistema recuperatório que visa, como vimos, a manutenção de todos os benefícios sociais mantidos pelo bom funcionamento da empresa.

A Lei 11.101 de 2005, que Regula a Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária, como vimos, traz regras claras quanto a questões procedimentais a serem adotadas, sobretudo devendo o julgador considerar, ao analisar a LRE, os princípios da Função Social da Empresa e da Manutenção da Atividade Produtiva.

Por isso, tendo em vista a situação emergente em que se encontra a empresa sob a égide do procedimento Recuperatório, que na busca pela reestruturação necessita fazer seu ativo alcançar seu passivo, e para isso, quando da aprovação do plano de Recuperação Judicial, quanto maior for o ativo incluído do plano maior também será probabilidade de reestruturação.

Porém, os créditos decorrentes da cessão fiduciária do recebível futuro não são contemplados pela incidência da amplitude dos efeitos da LRE. Melhor para o credor titular dessa posição, pior para os demais credores e o empresário em si, pois na sua grande maioria esses créditos específicos constituem o maior volume de títulos vinculados ao devedor.

Mas, em contraponto a toda a estrutura principiológica originária da Lei de Falência e Recuperação Judicial, esses créditos, pela sua natureza de Negócio

Fiduciário, estão excluídos do rol de créditos sujeitos ao concurso de credores no plano de Recuperação em virtude do § 3º do art. 49.

Ante o exposto, constatou-se que a conjuntura da qual surgiu o negócio jurídico de natureza fiduciária fundamenta-se em uma espécie de hierarquia onde as empresas são essenciais para o desenvolvimento social e o sistema financeiro bancário, maior beneficiário dessa modalidade de garantia, é não só essência, mas também necessário para o desenvolvimento de qualquer atividade econômica, motivo pelo qual entendeu o legislador por dispensar tratamento preferencial a essa categoria específica de credor.

REFERENCIAS

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. **A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas**. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece metas para o seu desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em 11 nov. 2015

_____, Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, Institui a Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel e Dá outras Providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm#art20>. Acesso em 11.nov.2015

_____. Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei 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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2004/lei/l10.931.htm> Acesso em 11 nov. 2015.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 11 nov. 2015.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Spread Bancário, Alienação Fiduciária Em Garantia No Âmbito Do Mercado Financeiro E De Capitais, Trava Bancária**. REsp 1263500 ES 2011/0151185-8. Relator: Ministra: Maria Isabel Gallotti, Data de julgamento 12/04/2013, T4 QUARTA TURMA. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=trava+bancaria&&b=ACOR&p=false&l=10&i=5>> Acesso em 11.nov.2015.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento. Recuperação judicial. Decisão que inclui no quadro-geral crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito.** Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Agravo de Instrumento nº 653.329.4/3-00. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do julgamento: 15.12.2009. Data do registro: 14.01.2010. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22048468/agravo-de-instrumento-ai-2947381620118260000-sp-0294738-1620118260000-tjsp>> Acesso em 12.nov.2015

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito.** São Paulo. Atlas. 2001

CARVALHO, Albadilo Silva. **Recuperação Judicial da Empresa com Fundamento no Princípio da Viabilidade Econômico-Financeira.** Disponível em:< <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/silvac01.pdf>>. Acesso em 11 de nov. 2015.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. **Contratos bancários e a nova Lei de Falências.** IN: WAISBERG, Ivo; FERNANDES, Marcos Rolim. **Contratos bancários.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 325-326.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão fiduciária de títulos de crédito: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia:** de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro, Aide, 2000.

GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental:** uma visão crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014
KÖHLER, Etiane Barbi, **Direito Bancário.** 1. ed. Injuí: Unijuí, 2012

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Títulos de Crédito, Volume 3.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006

NIARADI, George Augusto, **Direito empresarial para administradores.** 1. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall. 2008.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **As Travas bancárias no procedimento de recuperação Judicial de sociedades empresárias:** Revista de Direito Mercantil, industrial Econômico e Financeiro. V 49. São Paulo: 2010. n. 153/154.

MOTONAGA, Alexandre. **A negociação e a nova legislação falimentar: a construção de um novo paradigma.** In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). **Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005

MUNDIM, Cristiano Pacheco de Deus. **Os Meios de Recuperação Judicial e Sua Eficácia Sistêmica.** Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 15, n. 14, 2011.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão Fiduciária de direitos de crédito e Recuperação Judicial de Empresa.** Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Alienação fiduciária e o fim da prisão civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. **Visão Histórico-Evolutiva do Direito Recuperacional.** Disponível em: < <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica.** In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013