

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**A DICOTOMIA EXISTENTE DA ADOÇÃO DAS “TRAVAS
BANCÁRIAS” NO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO**

Mateus Santos Salgado

**Orientador: Prof. Dr. Rogério Alexandre
de Oliveira Castro**

RIBEIRÃO PRETO

2015

MATEUS SANTOS SALGADO

**A DICOTOMIA EXISTENTE NA ADOÇÃO DAS “TRAVAS
BANCÁRIAS” NO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo – Departamento de
Direito Privado - para obtenção do título de bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Comercial

Orientador: Professor Doutor Rogério Alexandre de
Oliveira Castro

RIBEIRÃO PRETO

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Santos Salgado, Mateus

A celeuma existente na adoção das travas bancárias no direito concursal brasileiro. Ribeirão Preto, 2015.

72 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Alexandre de Oliveira Castro, Rogério.

1. Trava bancária 1. 2. Cessão fiduciária 2. 3. Recuperação judicial 3. I. Título.

Nome: SALGADO, Mateus Santos

Título: A dicotomia existente na adoção das travas bancárias no direito concursal brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Fani e Nelson, por todo os ensinamentos passados durante todos os anos de minha vida, pela paciência, pelo esforço feito para que eu pudesse alcançar meus objetivos e, principalmente, pelo amor mais sincero. Agradeço a todos os meus amigos sempre presentes nos momentos mais difíceis e dispostos a me estenderem a mão quando necessário. À minha namorada pela paciência, companheirismo e pelas palavras de apoio durante o período de realização deste trabalho. Ao Prof. Dr. Rogério Alessandre de Oliveira Castro pelos valiosos conselhos e paciência em me transmitir um pouco de sua sabedoria e experiência. À Associação Atlética Casa Sete pela oportunidade de crescimento pessoal e a possibilidade de representar a FDRP nos mais diversos momentos. À Associação Atlética Acadêmica 31 de Setembro pelas valiosas amizades que levarei para o resto da minha vida. Por fim, à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto que estará para sempre em meu coração.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a instituição da cessão fiduciária de direitos creditórios no ordenamento brasileiro pelo artigo 66-B da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, conhecida como trava bancária além de verificar qual o tratamento dado pela Lei de Recuperação e Falência de Empresas (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) ao referido instituto. O artigo 49, §3º da referida lei dispõe acerca das exceções aos efeitos do plano de recuperação judicial elaborado com o objetivo de soerguer a empresa recuperando da crise que se encontra e adimplir com todas as suas obrigações para com os credores. Será realizada uma análise acerca dos argumentos desprendidos pela posição majoritária da doutrina que defende a exclusão das travas bancárias dos efeitos do plano de recuperação judicial em razão de o artigo 49, §3º da LRF excluir os “proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis” e, por consequência, a cessão fiduciária de direitos creditórios por estar incluída na definição de “proprietário fiduciário”. Por outro lado, em razão de o artigo 49, §3º da LRF mencionar as exceções aos efeitos deveria ser interpretado de maneira restritiva. Deste modo, como o legislador não se referiu expressamente à cessão fiduciária de direitos creditórios restaria a sua inclusão nos efeitos do plano recuperacional. No mais, advogam no sentido de que a aplicação das travas bancárias fere expressamente os princípios da função social da empresa e preservação da empresa que norteiam a LRF, além de não estar em consonância com os objetivos da recuperação judicial previstos no artigo 47 da LRF. Será feita, ainda, uma análise de como os tribunais brasileiros tem se posicionado sobre o tema. A análise será realizada com base no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e Tribunal de Justiça do Estado Espírito Santo (TJES), sendo que os três primeiros são de grande porte e o último de médio porte segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por fim, será abordado como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem tratado a matéria debatida. Por fim, será abordado como a trava bancária prejudica a efetividade do plano de recuperação judicial vez que com a sua aplicação a empresa recuperanda passa a não dispor de recebíveis futuros para que consiga ter fluxo de caixa que a permita seguir o plano tracejado e consequentemente sair da crise pela qual atravessa, indo expressamente em sentido contrário aos objetivos e princípios expressos no artigo 47 da LRF.

ABSTRACT

The present work aims at analyzing the imposition of fiduciary assignment of receivables at the Brazilian planning by article 66-B of law No. 4,728, July 14, 1965, known as bank lock also checks the treatment given by the recovery and Bankruptcy Law (11,101, Law of February 9, 2005) to the said Institute. Article 49, paragraph 3 of the Act provides for exceptions to the effects of judicial recovery plan drawn up with the objective to raise the company recovering from crisis and perform with all of its obligations to creditors. An analysis will be made about the arguments given off by the majority position of the doctrine which defends the exclusion of Bank locks of the effects of the reorganization plan by reason of article 49, paragraph 3 of the LRF delete the "fiduciary owners of movable and immovable property" and, consequently, the fiduciary assignment of credit rights to be included in the definition of "owner trustee". On the other hand, on the grounds of article 49, paragraph 3 of the LRF mention exceptions to the effects should be interpreted restrictively. In this way, as the legislature did not expressly referred to the fiduciary assignment of receivables would be its inclusion on the effects of the recuperacional plan. Besides, advocate that the application of banking locks injures expressly the principles of the social function of the company and the company's preservation guiding the LRF, besides not being in line with the objectives of the reorganization provided for in article 47 of the LRF. Be done, yet, an analysis of how the Brazilian courts has positioned itself on the topic. The analysis will be performed on the basis of the Court of Justice of the State of São Paulo (TJSP), Court of the State of Rio de Janeiro (TJRJ), Court of the State of Rio Grande do Sul (TJRS) and Court of the State of Espírito Santo (TJES), of which the first three are large and the last of the medium according to the national justice Council (CNJ). Finally, will be addressed as the Superior Court of Justice (STJ) has handled the matter debated. Finally, will be addressed as the Bank lock undermines the effectiveness of the plan of reorganization time with your application the company recuperanda not have future receivables so you can have cash flow that allows to follow the plan and consequently dashed out of the crisis for which crosses, going in the opposite direction expressly to the goals and principles expressed in article 47 of the LRF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA.....	18
1.1 Fidúcia	18
<i>1.1.1 Direito romano.....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 Direito Germânico</i>	<i>20</i>
1.2 Negócio fiduciário.....	20
<i>1.2.1 Origem</i>	<i>21</i>
<i>1.2.2 Estrutura</i>	<i>21</i>
<i>1.2.3 Estrutura no direito brasileiro.....</i>	<i>22</i>
1.3 Cessão fiduciária.....	24
<i>1.3.1 Origem</i>	<i>24</i>
<i>1.3.2 Conceito e natureza</i>	<i>25</i>
<i>1.3.3 Objetos</i>	<i>27</i>
<i>1.3.4 Validade, eficácia e efeitos</i>	<i>28</i>
<i>1.3.5 Cessão fiduciária de crédito em garantia e penhor de título de crédito</i>	<i>30</i>
<i>1.3.5.1 Diferenças entre cessão fiduciária de créditos e título de crédito</i>	<i>30</i>
CAPÍTULO II – A LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005 E A CESSÃO FIDUCIÁRIA	36
2.1 Interpretações do artigo 49, parágrafo 3º da LRF	37
<i>2.1.1 Não sujeição dos credores por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial.....</i>	<i>38</i>
<i>2.1.2 Sujeição dos credores por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial.....</i>	<i>42</i>
CAPÍTULO III – POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	46

3.1 Exclusão dos credores fiduciários aos efeitos da lei de recuperação e falência de empresas.....	46
3.2 Inclusão dos credores fiduciários aos efeitos da lei de recuperação e falência de empresas.....	52
3.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça	56
CAPÍTULO IV – A EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A GARANTIA DAS “TRAVAS BANCÁRIAS”.....	60
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

A Lei de Recuperação e Falência de Empresas (LRF), instituída pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, disciplina a recuperação judicial e extrajudicial, como também a falência do empresário e da sociedade empresária. Essa mesma lei consagra a função social da empresa e, ao mesmo tempo, mas não ao mesmo nível, impõem preocupação com a proteção dos credores e a eficiência do mercado.

A LRF visa recuperar o valor e a performance da empresa em crise, conforme se infere do seu artigo 47, ao dispor que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

No entanto, visando atingir o escopo do aludido artigo 47, apesar do advento da recuperação judicial ter possibilitado aos devedores, em conjunto com seus credores, a reestruturação de suas dívidas por meio de um plano de recuperação para superar a crise econômico-financeira, a maior parte das empresas ainda carece de recursos para financiar suas atividades principalmente no início do processo de reestruturação. Obter financiamento, durante este período, tem sido uma das dificuldades enfrentadas pelos devedores.

Nesta esteira, diante do objetivo de se conseguir recursos com a finalidade de financiar as atividades empresariais, tem-se que os principais agentes financiadores de empresas são as instituições bancárias.

Anteriormente, as instituições bancárias se utilizavam, ao conceder créditos às empresas, de garantias reais como o penhor de créditos e/ou títulos de créditos. No entanto, este mecanismo apresentava grande risco de inadimplência por parte das empresas recuperandas gerando receio por parte das instituições financeiras em não conseguir reaver o crédito ofertado, uma vez que o penhor, enquanto garantia real, era incluído nos efeitos da recuperação judicial, ou seja, o recebimento do crédito pelo banco era postergado e, ainda, impactado pelo deságio.

A Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, inseriu o artigo 66-B na Lei 4.728, de 14 de Julho de 1965, conhecida como a Lei de Mercado de Capitais, artigo este que veio a disciplinar a cessão fiduciária de créditos e/ou direitos creditórios conhecida no mercado financeiro e de capitais como “trava bancária” e, a partir de então, passou a ser largamente utilizada como garantia de empréstimos pelas instituições financeiras, pois gerava maior segurança às financiadoras das empresas em recuperação ou falência.

Na cessão fiduciária de créditos ocorre a transmissão fiduciária da titularidade dos créditos futuros ao credor-fiduciário (cessionário) até o pagamento integral da dívida pelo devedor-fiduciante (cedente). Ao credor-fiduciário compete o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente e a utilizar as importâncias para amortizar a dívida contraída pelo devedor-fiduciante, responsabilizando-se o credor-fiduciário perante o devedor-fiduciante pelo que receber além do que este lhe devia, nos termos do inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 19 da Lei 9.514, de 20 de Novembro de 1997 (Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário – LSFII).

A transferência de titularidade de créditos, no entanto, há de ser realizada mediante instrumento particular, qual seja, um contrato de cessão que deverá para emanar seus efeitos perante terceiros possuir registro junto ao Cartório de Títulos e Documentos.

Pelo instrumento particular, a tomadora de financiamentos, empresas em recuperação judicial ou falência, transfere seus direitos de créditos futuros à instituição bancária financiadora de suas atividades. Ademais, a transferência não se faz de modo absoluto e definitivo, possuindo apenas um escopo financiador, de garantia, sendo, desta feita, temporário enquanto perdurar a dívida.

No mais, caso as importâncias recebidas não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, o devedor-fiduciante continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas entre as partes nos termos do parágrafo segundo do artigo 19, da LSFII e conforme o exposto no artigo 6º, da LRF.

A nova garantia imposta pela inclusão do artigo 66-B na Lei de Mercado de Capitais coloca, a princípio, as instituições financeiras, quando diante de um plano de recuperação

judicial, como credores extraconcursais, ou seja, não sofrendo os efeitos impostos pelo plano de recuperação judicial como preleciona o artigo 49 da LRF. Deste modo as “travas bancárias” se apresentam como meio mais eficiente em garantir às instituições bancárias o devido pagamento de empréstimos realizados às empresas que posteriormente venham a ter recuperação judicial e respectivo plano aprovados pelo Poder Judiciário.

Embora a cessão fiduciária ou as “travas bancárias” estejam reguladas em lei sua aceitação ainda é alvo de controvérsias. O cerne da controvérsia diz respeito a interpretação dada a redação do parágrafo 3º do artigo 49 da LRF¹. A maioria da doutrina que defende a exclusão dos proprietários fiduciários de bens moveis e imóveis dos efeitos da recuperação judicial, baseia-se no entendimento de que os titulares de créditos cedidos fiduciariamente estão compreendidos na definição de “proprietário fiduciário de bem móvel”.

Ao contrário, para a minoria da doutrina o artigo 49 em seu parágrafo 3º não faz menção expressa aos “titulares de créditos cedidos fiduciariamente” e, por ser o artigo exceção à regra de que todos os credores estão sujeitos a recuperação judicial, sua redação deveria ser interpretada de modo restritivo acarretando na consequência de que os credores titulares de créditos cedidos fiduciariamente sofrem os efeitos da recuperação judicial.

As instituições financeiras figuram como as principais financiadoras de empresas que passam por crises financeiras, ou seja, são as principais cedentes de créditos. A retirada dos bancos da aplicação da recuperação judicial, traz como consequência a viabilidade de acesso da empresa recuperanda a créditos comerciais ou bancárias, tornando-se hábil a recuperação empresarial. Na contramão, há o entendimento de que a não aceitação sobre a aplicação das “travas bancárias” colocaria em xeque a eficiência da reestruturação econômica da sociedade empresária em crise.

¹Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos...

§3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Assim, diante da dicotomia existente acerca da aceitação das “travas bancárias” cabe uma análise sobre o instituto em questão. Embora a isenção das instituições bancárias dos efeitos do plano de recuperação seja benéfica pelo ponto de vista de serem as principais financiadoras da atividade empresarial, sendo responsáveis pela concessão de créditos para o financiamento das atividades, deve-se fazer um contrapeso e elencar os prejuízos advindos dessa exclusão vez que a não incidência dos efeitos da LRF aos credores fiduciários pode colocar em xeque tanto a finalidade expressa na LRF como princípios norteadores do Direito Concursal brasileiro, qual seja, o princípio da preservação da empresa, atividade que goza de função social.

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA

1.1 Fidúcia

Usualmente utilizada no direito atual, a fidúcia, assim como outros institutos de garantias é fruto da evolução do direito romano bem como do direito germânico.

A fidúcia é instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante². A fidúcia, no campo jurídico comercial, alinha-se ao conceito de transferência por uma das partes da propriedade de um bem, no qual a parte fiduciária, recebedora da propriedade do bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação, e em regra, restituí-la uma vez alcançada o objetivo enunciado na convenção.³

Como garantia exerce função correspondente às garantias reais, no entanto se apresenta com maior eficácia. Enquanto em contratos com garantias reais, o devedor ao

² ROSTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**: direito e ações. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. p. 1.

³ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**: alienação fiduciária, cessão de crédito, securitização, Decreto-Lei n. 911, de 1969, Lei n. 8.668, de 1993, Lei n. 9.514, de 1997, Lei n. 10.931, de 2004. 3 ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

gravar o bem ou direito mantém a propriedade do mesmo em seu patrimônio, na fidúcia, o devedor transmite ao credor a propriedade do bem, permanecendo com este até a satisfação do crédito.

1.1.1 Direito romano

Antes da Lex Paetelia Papira, no ano de 326 a.C. a fidúcia figurava como garantia intrinsecamente ligada a pessoa do devedor, podendo este sofrer castigos em virtude de inadimplências. No entanto, após a lei supracitada, vislumbra-se uma evolução em relação a garantia, vez que esta passa a atingir não mais a figura do devedor e sim seus bens, gerando eficácia de direito real.⁴

Embora possua origem mais remota no direito romano são escassos os textos indicadores sobre o instituto. Informações sobre a fidúcia podem ser encontradas principalmente nas *Institutas*, de *Gaio*, nas *Sentenças*, de *Paulo*, bem como em algumas referências de Cícero⁵.

No direito romano havia duas espécies de fidúcia, a fidúcia *cum creditore* na qual o devedor, por força do contrato, transfere a propriedade da coisa ao credor em garantia do pagamento de uma dívida, comprometendo-se o credor a retransmitir a propriedade ao devedor após o recebimento do que lhe é devido; e a fidúcia *cum amico*, muito parecida com o comodato, em que uma pessoa entrega a outra uma coisa com transferência de propriedade, para dela fazer uso até ser pedida a restituição⁶.

Em suma, a fidúcia no direito romano possuía aplicação prática para constituição de uma garantia em favor de um credor, mediante a transmissão da propriedade de uma coisa, quer como instrumento para realização de depósito, mediante entrega de uma coisa a pessoa de confiança ou, ainda, como meio próprio de efetivar uma doação causa *mortis*. A fidúcia compreendia um ato solene e um *pacto conventum*. Tinha o fiduciário o direito de dispor da

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 5. p. 507/508..

⁵ CHALHUB, op. cit., p. 12.

⁶ ROSTIFFE NETO, op. cit., p. 2..

coisa e de léga-la *per vindicationem*, mas a ele se imputava a obrigação de restituí-la ao fiduciante quando satisfeita a dívida. Ostentando a posição de proprietário pleno, o fiduciário podia vender a coisa, se o devedor não pagasse a dívida, e receber o preço sem concorrência com outros credores do fiduciante. Podia o devedor, não obstante, exigir o reembolso do valor que sobejasse o *quantum* da dívida. Releva notar que a responsabilidade do fiduciário estava sujeita apenas a uma ação pessoal, ficando o devedor-fiduciante, portanto, sujeito aos riscos de insolvência do fiduciário⁷.

1.1.2 Direito Germânico

Tendo o direito germânico recepcionado a fidúcia do direito romano apresenta, por conseguinte, traços característicos comuns dentre os quais a mesma função econômica.

No direito germânico é no penhor da propriedade que se encontram os traços da transmissão fiduciária⁸. Neste mecanismo o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas havia a celebração de um pacto tornando condicional a transmissão, ou seja, um pacto de restituição, diferenciando do instituto romano pelo fato de o caráter resolutório impor à propriedade do credor efeito *erga omnes*, efeito este que por eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, é ineficaz podendo o fiduciante retomar a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva (*v.g.*).

1.2 Negócio fiduciário

O negócio fiduciário pode ser descrito como um negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa – fiduciante – transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra – fiduciário -, que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido o encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto⁹.

⁷ CHALHUB, op. cit., p. 13-14.

⁸ Ibidem, p. 17.

⁹ Ibidem, p. 38.

Surgido como o mesmo escopo da fidúcia no direito romano e do penhor no direito germânico, o negócio fiduciário se construiu acerca de estudos doutrinários, os quais o intitulam como instituto alinhado à garantia.

1.2.1 Origem

Surgido no final do século XIX, juristas alemães e italianos vislumbravam no negócio fiduciário o escopo de garantia pela utilização da transmissão do direito de propriedade.

Apesar do surgimento do negócio fiduciário ter se dado a exemplo do que já ocorrerá com a fidúcia no direito romano e o penhor no direito germânico, há de se evidenciar a grande construção doutrinário realizada, como já mencionado, para que se institucionalizasse o negócio fiduciário.

1.2.2 Estrutura

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que embora haja na doutrina brasileira um entendimento pacífico acerca do conceito de negócio fiduciário temos que adentrar no mérito de trazer à tona certos conceitos divergentes.

O marco inicial da doutrina moderna de negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que propõem a seguinte definição¹⁰:

Eu gostaria de propor para este fenômeno jurídico a denominação ‘negócio jurídico’ para o qual nós temos exemplos nas fontes. Característico é para este a desproporção entre finalidade e meio. Para alcançar um certo resultado, foi escolhida uma forma jurídica, que proporciona mais do que o necessário para conseguir aquele resultado; para assegurar o uso toma-se em conta a possibilidade do abuso.

¹⁰ REGELSBURG, Ferdinand apud TEIXEIRA, F. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. 202 f. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 43-44.

O negócio fiduciário se apresenta como um negócio desproporcional em relação aos meios e fins. Porém deve-se atentar que traços marcantes de direito real e obrigacional neutralizam o desequilíbrio contratual.

As características do negócio fiduciário podem ser entendidas pelo didático enxerto do doutrinador italiano Ascarelli¹¹:

O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandado, de depósito).

Seria o negócio fiduciário o negócio pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade da 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.¹²

Na realidade, o negócio jurídico fiduciário se traduz em duas relações, a do negócio e a da fidúcia. Essa distinção que faz com que o fiduciário tenha o dever e a obrigação de exercer os seus direitos, oriundo da relação jurídica negocial, tal como lhe foi confiado na outra relação jurídica, a da fidúcia. Conclui-se que o termo mais adequado seria “negócios jurídicos com fidúcia”, para melhor expressar essa dualidade de relações.¹³

1.2.3 Estrutura no direito brasileiro

¹¹ ASCARELLI, Tulio apud TEIXEIRA, op. cit., p. 45-46.

¹² CHALHUB, op. cit., p.38.

¹³ MIRANDA, Ponte de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Campinas: Bookseller,2000. t. 3. p. 148..

Embora o negócio fiduciário já seja um instituto muito utilizado em outros países, no Brasil era até pouco tempo de escasso uso prático, e na doutrina, raros os autores que dele se ocupava.

No entanto, devido aos bons resultados que apresentava em outros ordenamentos jurídicos, em especial o italiano e o alemão, a fidúcia foi lentamente introduzida no ordenamento jurídico pátrio, especialmente, por leis esparsas as quais admitiam certas modalidades de negócio jurídico fiduciário, tais como (i) a alienação fiduciária em garantia de bens móveis que está regulada no artigo 66-B da Lei de Mercados Capitais, com redação dada pela Lei n.º 10.931, de 02.08.2004; (ii) a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis introduzidas pela LSF; (iii) a alienação fiduciária de ações, por parte beneficiárias e o bônus de subscrição, prevista no artigo 40 da Lei de Sociedades por Ações; (iv) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de título de crédito introduzida no artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, com redação dada pela Lei n.º 10.931, de 02.08.2004. Ressalta-se, por fim, que o Código Civil de 2002 adotou a propriedade fiduciária em seus artigos .1361 a 1.368 no Livro III – Direito das Coisas¹⁴.

Como resultado da introdução de algumas modalidades de negócios fiduciários, as tradicionais garantias como penhor e hipoteca foram deixadas de lado sendo que a utilização de negócio fiduciário em garantia ganhou força no cenário brasileiro.

Neste presente trabalho busca-se um maior enfoque em duas modalidades, quais sejam a alienação fiduciária de bens móveis e a cessão fiduciária de créditos. A primeira modalidade, originalmente regulada pelo artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais estipulava que o credor teria domínio da coisa alienada até a liquidação da dívida garantida nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bens móveis.

Com a elaboração da Lei n.º 10.931, de 02.08.2004, foram derogados os artigos 66 e 66-A da Lei de Mercados de Capitais sendo, então, introduzido o artigo 66-B que regula o contrato de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, estendendo a abrangência da alienação fiduciária para garantia de créditos fiscais e previdenciários. O contrato de alienação fiduciária é definido como sendo o negócio jurídico pelo qual o devedor,

¹⁴ TEIXEIRA, op. cit., p. 62.

também chamado *fiduciante*, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou *fiduciário*, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel ou da titularidade resolúvel de direito sobre coisa móvel ou de título de crédito. Em regra, com a constituição da propriedade fiduciária ou da titularidade fiduciária desdobra-se a posse, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a posse indireta sobre o bem objeto de garantia. Entretanto, nas hipóteses em que o objeto da garantia seja coisa fungível ou direito sobre bem móvel e, ainda, quando se tratar de título de crédito, a regra é a atribuição da posse direta e indireta ao credor, salvo disposição contratual ao contrário¹⁵.

Por outro lado, a cessão fiduciária de direitos creditórios está regulada nos artigos 17 a 20 da Lei do Sistema Financeiro Imobiliário (LSFI). No âmbito de mercado de capitais e financeiro a cessão fiduciária de créditos está regulada nos parágrafos 3º e 4º do artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, com redação dada pela Lei n.º 10.931/2004.

A cessão fiduciária de créditos é a transferência pelo cedente-fiduciante de títulos de crédito ou de direitos de créditos de que é titular ao cessionário-fiduciário para a garantia de uma obrigação assumida pelo cedente-fiduciante em face de cessionário-fiduciário. Por meio da cessão, o cessionário é investido na condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode ficar com o produto, apenas retendo-o até que o devedor-cedente pague a dívida¹⁶.

1.3 Cessão fiduciária

1.3.1 Origem

Primordialmente, há de se destacar que o vínculo obrigacional era intrinsecamente ligado ao caráter pessoal. Nesta esteira, em tempos passados o credor detinha direitos sobre o

¹⁵ CHALHUB, op. cit., p.148.

¹⁶ CHALHUB, op. cit., p. 51.

devedor em caráter pessoal, ou seja, este respondia com seu corpo pelo adimplemento da dívida. Este entendimento era assegurado pela vigência da Lei das XII Tábuas.

Com o passar dos anos, a responsabilidade do devedor diante do não adimplemento de uma obrigação não mais se dava de maneira pessoal, mas sim através de seu patrimônio. Neste cenário, observa-se a primeira manifestação do surgimento da fidúcia no direito, quais sejam a *fidúcia cum amico* e a *fidúcia cum creditore*. A primeira era apenas um contrato de confiança e não de garantia, pelo qual o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias ajustadas, como risco de parecer na guerra, viagem, perda em razão de acontecimentos políticos, dentre outros fatos. Essa modalidade de fidúcia não tinha, pois, o objetivo de garantir um crédito, mas, sim, de preservar determinados bens de uma pessoa. Já a *fidúcia in creditore* possui um caráter garantidor, pois o devedor vendia seus bens ao credor sob a condição de recuperá-los se, dentro de um prazo certo, efetuasse o pagamento do débito.¹⁷

Neste sentido, diante da mudança de entendimento principalmente em relação ao crédito e aos meios que poderiam ser utilizados para este voltar a ser integrado ao patrimônio do credor, afasta-se qualquer pretensão de vincular o inadimplemento do devedor com sanções pessoais. Assim, o instituto da fidúcia passou a ser largamente utilizada justamente pelo fato de o credor poder reaver o seu crédito de maneira mais rápida e eficaz.

1.3.2 Conceito e natureza

Regulada pelo CC/02 em sua parte especial, mais especificamente no título em que trata das transmissões das obrigações, a cessão fiduciária pode ser conceituada como a possibilidade de o credor ceder seu crédito sempre que a natureza da obrigação ou a lei não se opuserem¹⁸.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 569.

¹⁸ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

A cessão fiduciária é empregada para dois fins, ou seja, garantir alguém por um crédito que tenha contra quem cede ou facilitar a realização do crédito, que se transmite para que o cessionário efetue a cobrança. É o instrumento realizado para a primeira finalidade indicada. A cessão fiduciária é negócio fiduciário, o crédito é verdadeiramente transferido, mas com outra finalidade, porque o cedente quer, para si, sua realização. Pela confiança que deposita no cessionário, efetua a cessão, mas no intuito de que uma vez cobrado lhe seja a ele cedente transferido do seu objeto. Na cessão fiduciária, compromete-se o cessionário a entregar ao cedente o que recebeu do devedor. Mas a cessão é negócio definitivo, de modo que o cessionário passa a ser o verdadeiro e exclusivo titular do direito de crédito¹⁹.

Cessão de crédito, seria assim, o ato pelo qual um credor transmite seu crédito a outrem, abrindo mão de um direito seu, que se transfere ao novo credor gratuita ou onerosamente²⁰ ou, pela sua natureza de contrato negocial ser patente, sendo um contrato simplesmente consensual, por vezes a necessidade obrigará o escritor particular ou a forma pública²¹.

Utilizada para fins de garantia, de cobrança ou mesmo de compensação, a essa modalidade se aplicam a *mutatis mutandis*, os princípios da venda com escopa de garantia. Por meio da cessão, o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo o crédito não pode ficar com o produto, apenas retendo-o até que o devedor-cedente pague a dívida²².

Em relação a natureza da cessão de créditos há certa analogia com a novação, na qual se substitui uma obrigação antiga por uma nova. Poder-se-ia caracterizar a cessão de crédito como uma novação subjetiva ativa, ou seja, uma modificação da pessoa do credor, na relação jurídica, na forma do art. 360, II, do CC/02. Ressalta-se, ainda, que há diferenças entre os dois institutos, pois a novação supõe acordo entre as partes contratantes, entre o credor e o devedor com a quitação do antigo credor ao devedor e a criação de novo crédito em favor de um novo credor. Não é o que ocorre na cessão de créditos, em que, ao contrário, a modificação da pessoa

¹⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 253.

²⁰ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 175.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. v. 2. p. 144

²² CHALHUB, op. cit., p. 51.

do credor pode ser realizada, contra a vontade do devedor, independentemente de qualquer interferência deste que poderá pagar ao cedente após a cessão, desde que dela não tenha sido notificado²³.

Devido ao seu caráter negocial e sua natureza contratual, a cessão fiduciária para se efetivar ser registrada em cartório competente por força do artigo 288 do Código Civil, observando-se as formalidades impostas pelo artigo 654, §1º do CC/02 quais sejam a indicação do lugar em que foi celebrado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos. Somente realizando o registro do instrumento em cartório a cessão poderá emanar seus regulares efeitos e ser oposto perante terceiros²⁴.

1.3.3 Objetos

Como regra, no direito brasileiro todos os créditos ou direitos obrigacionais podem ser transmitidos, como todos os seus acessórios e garantias desde que não haja disposições em contrário. A impossibilidade de haver a cessão de créditos pode decorrer por diversos fatores, dentre os quais a força da lei, a vontade das partes ou da natureza da obrigação. Ensina-se que dentre os créditos que não podem ser alvos de cessão estão os atinentes aos vencimentos de funcionários ou créditos por salários e os créditos vinculados a fins assistenciais²⁵. Em relação aos créditos, suas obrigações acessórias abrangem todos os direitos vinculados a eles não só os acessórios propriamente ditos como juros, o direito de escolha nas obrigações alternativas e o direito de constituir o devedor em mora, mas também, os direitos de preferência²⁶.

Há ainda a possibilidade de haver a cessão de créditos futuros, no entanto há entendimento divergente quando a possibilidade de se admitir este tipo de objeto. Contrário à possibilidade de haver a cessão de créditos futuros, indica-se que a cessão de créditos é negócio dispositivo, ou seja, seu objeto deve ser obrigatoriamente determinado. No caso da cessão de

²³ WALD, op. cit., p. 181-182.

²⁴ TEIXEIRA, op. cit., p. 76

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 216.

²⁶ GOMES, op. cit., 248.

recebíveis futuros haveria a impossibilidade de haver a individualização característica dos contratos de cessão²⁷.

Para possibilidade de haver cessão de créditos futuros faz-se necessário o preenchimento dos requisitos de determinabilidade, podendo este resultar quer de negócio jurídico já celebrado (ex. rendas futuras relativas a um arrendamento vigente), quer de negócio ainda não celebrado (ex. preço das mercadorias que irá vender). Não havendo obstáculos ao tipo de evento futuro que o determine a constituição do crédito a ser cedido, admitindo-se quer a cessão de créditos resultantes de um futuro contrato, quer a cessão de créditos a ser instituído por uma lei futura²⁸.

Para o viés deste trabalho, deve-se atentar que a cessão fiduciária de créditos é instrumento essencial utilizado pelas instituições financeiras que colocam créditos a disposição de terceiros. Ou seja, é o instrumento de garantia criado em favor das instituições bancárias para eficaz satisfação dos créditos correspondentes à entrega amplos recursos de estímulo a empresas, possuindo a legitimidade para figurar na posição de cessionário e, portanto, de credor fiduciário. No mais, pela própria natureza e finalidade da garantia, a cessão fiduciária não é, nem poderá ser, de caráter definitivo. Subsiste até o momento contratual de integral recuperação do capital por parte da instituição financeira²⁹.

1.3.4 Validade, eficácia e efeitos

Conforme indicado anteriormente o contrato de cessão de créditos somente será válido após ser levado a registro no Cartório de Registro de Títulos observado as formalidades impostas pelo artigo 654, §1º do Código Civil. Todavia para que o contrato seja eficaz em relação ao devedor, nos termos do artigo 290 do CC/02³⁰, ele deve ser notificado além de se declarar ciente da cessão realizada. As formalidades impostas são necessárias pois a cessão realiza a substituição do credor originário, desta feita a notificação do devedor é devida pois há a necessidade de saber a quem deverá realizar o pagamento do crédito devido.

²⁷ Ibidem.

²⁸ LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes apud TEIXEIRA, op. cit., p. 79.

²⁹ ROSTIFFE NETO, op. cit., p. 42.

³⁰ Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

No entanto, cabe ressaltar que realizada a notificação ao devedor, por força do artigo 294 do CC/02, poderá o devedor opor ao cessionário todas as exceções que lhe competem inclusive as que tinha contra o cedente.

Efetivada a cessão com o preenchimento de todos os requisitos que lhe são necessárias, ela passará a emanar todos os efeitos que lhe são atinentes. Nesta esteira, o cessionário será o responsável por receber o crédito que era devido pelo devedor ao cedente.

Por aplicação do artigo 295 do CC/02 caberá ao cedente a responsabilidade por existência do débito ao tempo que o cedeu³¹. Ocorre que, caso o cedente transfira crédito inexistente, se contra o crédito cedido haja exceção, como dolo ou compensação ou o crédito não seja em favor do cedente, caberá a este a responsabilização pelo ato. Ou seja, caberá ao cedente o ressarcimento do cessionário do valor da transmissão acrescido dos danos causados.

Ademais, vale a ressalva de que nos termos do artigo 296 do CC/02 o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo nos casos em que as partes estipularem o contrário. Nesta esteira, a cessão de crédito poderá ser *pro soluto* ou *pro solvendo*, sendo que na primeira hipótese o cedente irá responder pela existência e legalidade do crédito, sem no entanto responder pela solvência do devedor. Por outro lado, na cessão *pro solvendo* o cedente responderá pela existência e legalidade como também pela solvência do devedor³². Na ausência de estipulação, o cedente responde tão somente pela *veritas nominis*, isto é, fica responsável ao cessionário pela *realidade da dívida*, ou seja, pela *existência* do crédito ao tempo da cessão³³.

Neste diapasão, vale dizer que o cedente não é responsável salvo nos casos em que expressamente se declare responsável pela solvência do devedor, caso em que será obrigado a restituir ao cessionário o que dele recebeu, com os respectivos juros, e ressarcir-lhes as despesas da cessão.

³¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 82.

³² GOMES, op. cit., p. 252.

³³ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições do direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 362.

1.3.5 Cessão fiduciária de crédito em garantia e penhor de título de crédito

O instituto da cessão fiduciária, como visto, é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais. Embora seja uma garantia mais recente do que o penhor e a hipoteca, a cessão fiduciária no que tange a recuperação e falência de empresas é largamente utilizada, deixando outros direitos reais praticamente em desuso.

O fato de a cessão fiduciária ser usualmente utilizada é devido ao tratamento diferenciado dispensado pela Lei 11.101/2005, qual seja, a Lei de Recuperação e Falência.

A LRF em seu artigo 49, §3º estabelece que estarão excluídos dos efeitos da recuperação judicial os “proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis”. Deste modo, a cessão fiduciária de créditos apresentou-se como uma garantia mais vantajosa, primeiro pelo fato de sua eficácia não depender da notificação do devedor e, depois, porque não estaria sujeito aos efeitos do plano recuperacional, como já mencionado.

Por sua vez, outros institutos de garantia de crédito como o penhor apresentam inconvenientes sendo que sua eficácia depende da notificação do devedor e segundo por estar sujeito à recuperação judicial e à falência do devedor, na classe dos créditos com garantia real.

Deste modo, diante das vantagens em se utilizar a cessão fiduciária outras garantias reais, embora consolidadas, passam a apresentar certo desuso.

1.3.5.1 Diferenças entre cessão fiduciária de créditos e título de crédito

A cessão fiduciária, como vista anteriormente, é instituto utilizado como garantia de crédito que tenha contra quem cede ou para facilitar a realização do crédito, que se transmite para quem o cessionário efetua a cobrança.

Em razão da sua facilidade e eficiência, a cessão passou a ser largamente utilizada no direito pátrio deixando de lado outros institutos que possuem o mesmo escopo, ou seja, a garantia do crédito.

Antes do surgimento da cessão fiduciária as instituições bancárias, principais financiadoras das empresas em crise se utilizam do penhor para tentar garantir a retorno dos créditos cedidos. Neste tocante, é salientar que se faça uma diferenciação entre a cessão fiduciária de créditos e o penhor de títulos de crédito para que se verifique o porquê da preferência dos bancos pela cessão e conseqüente desuso do penhor.

O penhor está previsto a partir do artigo 1.431 do Código Civil que dispõe que será constituído pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação. A relação jurídica de penhor constitui-se no pressuposto de existência de um direito de crédito. Sua função de garantia determina-lhe a natureza acessória. Nada acrescenta ao conteúdo da relação jurídica principal, limitando-se, tão somente, a aumentar a probabilidade de que a obrigação seja cumprida. Destina-se a oferecer maior segurança ao crédito do credor, pressupõe sua existência e validade³⁴.

A garantia da dívida pode ser dada pelo próprio devedor ou por terceiro; o direito de penhor é indivisível e acessório. Conquanto a indivisibilidade e a acessoriedade sejam características dos direitos reais de garantia, comuns a todos, interessa acentuá-las no exame da relação pignoratícia a fim de que seu conteúdo seja determinado com maior precisão³⁵.

O instituto do penhor pode recair sobre coisas móveis, imóveis por acessão, direitos e títulos de créditos. A sua forma se dá mediante a celebração de contrato por instrumento particular ou público. Segundo reza o artigo 1.432 do CC/02, o contrato para emanar seus efeitos deve ser levado a registro, por qualquer dos contratantes.

O penhor apresenta duas características: é direito real conforme prescreve o artigo 1.419 do CC/02. Por conseguinte, tem todos os caracteres comuns aos direitos reais de garantia, ou

³⁴ GOMES, op. cit., p. 365.

³⁵ Ibidem.

seja, recai diretamente sobre a coisa e opera *erga omnes*; é munida de ação real e de sequela, deferindo ao seu titular as prerrogativas de excussão e preferência e se constitui mediante contrato, que deve ser levado ao Registro de Títulos e Documentos; é direito acessório, e como tal, segue o destino da coisa principal³⁶.

Uma vez extinta a dívida, extingue-se, de pleno direito o penhor. Assim, não pode o credor, pagar a dívida, recusar a entrega da coisa a quem a empenhou (art. 1.435, IV, CC/02), mas pode exercer o direito de retenção até que o indenizem das despesas justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua (art. 1.433, CC/02); e só se perfecciona pela tradição do objeto ao credor³⁷.

O artigo 1.436 do CC/02 indica que o penhor se extingue diante da extinção da obrigação, vez que é um direito acessório; perecendo a coisa; renunciando o credor, pois nada obsta que este, por um ato de vontade renuncie à garantia pignoratícia; confundindo-se na pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa; e dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada³⁸.

As características gerais apresentadas são intrínsecas ao penhor de título de créditos e direitos, no entanto possuem características que lhe são peculiares.

O penhor de título de créditos é tratado a partir do artigo 1.458 do CC/02 e recai sobre o próprio instrumento. O título de crédito é o documento no qual se incorpora a promessa de prestação futura a ser realizada pelo devedor, em pagamento da prestação atual realizada pelo credor. Os efeitos se iniciam com a tradição do título ao credor, competindo a este a conservação de sua posse além de recuperá-lo de quem quer que o detenha, fazendo uso dos meios judiciais cabíveis, se necessário, não somente no seu próprio interesse, porque é o instrumento da garantia, como ainda no do empenhante, pois que este é o seu dono, e a ele deve o credor devolvê-lo, findo o penhor.

Os direitos do credor caucionário apresentam peculiaridades. Têm a faculdade de receber a importância dos títulos caucionados. Se for superior ao seu crédito, deve restituir a

³⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 554-555.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem, p.591.

parte excedente ao credor caucionante, respondendo por ela como depositário. Para que possa exercer seu direito a receber diretamente tal importância, o credor caucionário ou pignoratício deve intimar o devedor dos títulos caucionados que não pague ao seu credor enquanto durar a caução. Reserva-se, desse modo, o *jus exigendi*. Paga-se por suas próprias mãos. Além do direito de exigir o pagamento da dívida, o credor pignoratício dispõe do *jus vendendi*.

No mais, ressalta-se que o penhor somente será eficaz perante o devedor depois de ter sido este notificado.

A cessão fiduciária de crédito, por sua vez, é o negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditória contra o devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e todas as garantias. É uma alteração subjetiva da obrigação, indiretamente realizada, porque se completa por via de uma transladação da força obrigatória, de um sujeito ativo para outro sujeito ativo, mantendo-se em vigor o *vinculum iuris* originário³⁹.

A distinção entre a cessão fiduciária e o penhor de título de créditos e direitos é evidente. Em relação a existência de várias cessões em relação ao mesmo crédito, tem-se a substituição do credor e, portanto, impossível a verificação de mais de um credor perseguindo o mesmo crédito. No entanto, em relação ao penhor, verifica-se a possibilidade de que o mesmo crédito tenha contra si inúmeros penhores. Existindo tal situação será estabelecido uma ordem de preferência entre os credores.

A validade da cessão está intimamente ligada a notificação do devedor. Muito embora a cessão possa ser feita por escrito público ou particular, ou até mesmo verbalmente estipulada, o que ocorre quando o cedente, sem outra formalidade, entrega o título da obrigação ao cessionário, notificando o devedor para que lhe pague. Assim, não se exige a observância de requisito formal, para a cessão ter eficácia entre as partes. Quando, porém, o direito cedido requer instrumento público, a forma deste atrai a cessão. Fora daí, tem igual eficácia instrumento particular ou público⁴⁰.

³⁹ PEREIRA, op. cit., p. 351.

⁴⁰ Ibidem, p. 357.

A eficácia da cessão relativamente a terceiros não é sujeita aos mesmo princípios. Ela está subordinada a observância da forma. Para a cessão, considera-se como terceiros, quem não participou da cessão. Efetuada a cessão, à sua validade contra terceiros não basta estipulação entre cedente e cessionário, ainda que acompanhada de notificação ao devedor. Esta notificação, não se confunde com a *denuntiatio* primitiva. Conforme artigo 228 do CC/02 a notificação é o meio técnico de levar o devedor ao conhecimento da relação creditória. A notificação tem o condão de vincular o devedor ao cessionário, desligando-o do cedente. Após a notificação, o primitivo credor não lhe pode reclamar o pagamento⁴¹.

A cessão fiduciária de títulos de crédito ou de direitos creditórios, note-se, gera sobre o objeto cedido um direito real (um direito real em garantia), e não pessoal. A instituição financeira cessionária torna-se proprietária desses títulos ou direitos, e não apenas credora. É esta a larga implicação do instituto da cessão fiduciária em garantia cujo objeto são títulos de crédito ou direitos creditórios do cedente. Há, portanto, uma diferença fundamental entre, de um lado, a cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios, e, de outro, as operações de penhor ou caução de títulos (também de crédito, valores mobiliários, aplicações financeiras etc.). Enquanto na cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios, tais títulos ou direitos passam ao patrimônio da instituição financeira cessionária e nele permanecem enquanto não cumprida a obrigação garantida, nas operações de penhor ou caução de títulos, estes são apenas transferidos à posse da credora, mas os direitos creditórios neles incorporados não passam nunca a compor o patrimônio dela. Essa diferença reflete, inclusive, no tratamento dispensado a cada hipótese pela LRF, quando disciplina a recuperação judicial. Para os títulos de crédito e direitos creditórios cedidos fiduciariamente vige a regra, já transcrita acima, da exclusão dos efeitos da recuperação judicial (LRF, art. 49, § 3º). A seu turno, para as operações de penhor ou caução de títulos vigora norma diversa, que as submete aos efeitos da recuperação judicial⁴².

No que pese a existência de diferenças em campos mais genéricos, ao se analisar os dois institutos a luz da Lei de Recuperação e Falências o efeito da distinção entre ambos será mais notório.

⁴¹ Ibidem, p. 359.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direito creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente.** [s.d.]. Disponível em: <www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426120718.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

Conforme já mencionado, a LRF tem seu artigo 49 passa a disciplinar quais os créditos estarão ou não sujeitos ao plano de recuperação judicial ou da decretação de falência.

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

Conforme se infere do supracitado, os créditos que tenham contra si o penhor estarão sujeitos à recuperação judicial, devendo observar o disposto no §5º com relação a impossibilidade de o credor utilizar os créditos empenhados durante o prazo de suspensão das ações e execuções, ou seja, 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. O referido parágrafo ainda dispõe que os créditos deverão permanecer em conta vinculada à recuperação. Caso o plano de recuperação judicial não consiga fazer com que a empresa mantenha sua atividade comercial, haverá a convolação em falência, sendo que o credor pignoratício será credor com garantia real.

Ao contrário do que ocorre com o penhor, a cessão fiduciária de créditos recebe tratamento diferenciado, não pacífico, pelo LRF.

Parte da doutrina entende que o art. 49, §3º exclui os referidos créditos dos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante, enquanto outra parte defende que tais créditos estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

CAPÍTULO II – A LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005 E A CESSÃO FIDUCIÁRIA

A Lei de Recuperação e Falências de Empresas, buscou disciplinar o instituto tão importante em uma sociedade pautada pelo crescimento econômico.

Esclarecem o artigo 170, III e 174 da Constituição Federal que o Estado estará pautado nos princípios da função social da empresa e ao incentivo à atividade econômica. Neste diapasão, a instituto da recuperação judicial for criado para as hipóteses em que as empresas se deparam com situações de insolvência sendo, deste modo, incapazes de arcarem com seus compromissos, porém ainda possível a sua reabilitação.

A redação da referida lei pautou-se em determinados princípios norteadores do mecanismo da recuperação e falência de empresas. Tais princípios são a preservação da empresa, separação dos conceitos de empresa e empresário, recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, segurança jurídica, participação ativa dos credores, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação de empresas⁴³.

Muito embora a referida lei tenha se pautado em princípios que norteiam a efetiva possibilidade de a empresa continuar a exercer atividades econômicas, vê-se que alguns pontos

⁴³ KOHLER, Marco Antonio; PEREIRA DA FONSECA, Humberto Lucena. A nova lei de falências e o instituto da recuperação judicial extrajudicial. Textos para discussão, 22. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2005. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-22-a-nova-lei-de-falencias-e-o-instituto-da-recuperacao-extrajudicial>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

extraídos do texto causam certa preocupação por violarem princípios e objetivos oferecidos, principalmente no que se refere a inclusão ou não de créditos aos efeitos do plano.

Neste sentido, tem-se grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos créditos sujeitos aos efeitos da Lei 11.101/05. O cerne da discussão se encontra justamente no artigo 49, §3º, no qual se encontra a possibilidade de exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da recuperação judicial do devedor. A discussão a respeito da possibilidade ou não do indicado é o tema central deste trabalho e que passará a ser melhor desenvolvido a seguir.

2.1 Interpretações do artigo 49, parágrafo 3º da LRF

Conforme demonstrado o artigo 49, §3º da Lei de Recuperação e Falência de Empresas não é claro ao dispor da inclusão ou não dos créditos garantidos fiduciariamente aos efeitos propostos pela lei.

A inclusão ou não dos referidos créditos no plano proposto poderá trazer grandes consequências a efetiva recuperação da recuperanda, visto que os créditos com garantias fiduciárias em sua maioria possuem como destino as instituições bancárias.

Assim, caso os créditos sejam incluídos no plano recuperacional elaborado os privilégios das instituições bancárias em receber seus créditos com maior garantia e rapidez não existirá, podendo haver grande desinteresse em bancos financiarem empresas que estão em período de insolvência ou sob a rege da LRF.

Por outro lado, caso os créditos fiduciários estejam excluídos dos efeitos da LRF os bancos continuarão a ter as garantias que receberam seus créditos, no entanto, a recuperando não poderá contar com grande montante para solver todas os seus compromissos, ou seja, poderá frustrar o plano de recuperação elaborado. No mais, ressalta-se que a possibilidade de exclusão dos referidos créditos e conseqüente falha na recuperação das empresas viola

princípios norteadores da LRF, dentre os quais se destaca o princípio da função social da empresa.

2.1.1 Não sujeição dos credores por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial

Os defensores da tese de que os créditos garantidos fiduciariamente estão excluídos dos efeitos impostos pela LRF, a defendem primeiro porque os direitos de crédito constituem bens móveis por força da lei, conforme o disposto no artigo 83, III do CC/02 e devido ao fato de o conceito de propriedade fiduciária como disposto no artigo 49, §3º da LRF ter de ser interpretado de maneira ampla, abrangendo bem corpóreos e incorpóreos, tais como os direitos de crédito⁴⁴.

Neste sentido, assevera-se que o §3º refere-se àqueles créditos em que o credor é proprietário do bem objeto do negócio ou oferecido em garantia. Nota-se que não corresponde exatamente a todos os créditos com garantia real, eis que esta, na maioria das vezes, é representada por bem que se mantém na propriedade do devedor, mas que é onerado para garantir a eventual inadimplência de determinado negócio jurídico⁴⁵.

Dispõe ainda que em todos os negócios mencionados no §3º, todavia, os respectivos credores são proprietários do bem que os garante, razão pela qual a lei optou por excluí-los da sujeição ao plano sob pena de enfraquecimento da garantia e, conseqüentemente, do aumento do risco do negócio com inevitável influência nas taxas de juros (*spread*). Mesmo assim, para viabilizar a recuperação com a manutenção da atividade do empresário, a lei restringiu a possibilidade de retirada dos referidos *bens de capital essenciais a sua atividade empresarial* pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do deferimento do processamento da recuperação⁴⁶.

⁴⁴ TEIXEIRA, op. cit., p. 154.

⁴⁵ SOUZA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e Falências**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. p. 235.

⁴⁶ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e Falências**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. p. 236.

Pela cessão fiduciária cria-se uma titularidade fiduciária, daí porque os créditos objeto da fidúcia são excluídos do patrimônio do devedor-cedente tão logo seja averbado o contrato no Registro de Imóveis ou Registro de Títulos e Documentos, conforme o caso. Por isso mesmo, prevê a lei que, “na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente”, prosseguindo o “cessionário fiduciária no exercício de seus direitos...” Trata-se de característica típica da garantia fiduciária, qual seja, a de resguardar o objeto da garantia dos efeitos da insolvência do devedor, mediante formação de um patrimônio autônomo, que responde exclusivamente pelas obrigações específicas para as quais seja constituído. Neste sentido, o referido autor continua a explanação no sentido de que a lei exclui dos efeitos de recuperação de empresas os créditos cedidos fiduciariamente, prevalecendo o direito do credor-fiduciário de receber os créditos cedidos até o integral pagamento de seu crédito⁴⁷.

A exclusão decorre da Lei n.º 11.101/2005, estando compreendidos no §3º do art. 49 os credores que ocupam a posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis e alcançados pelo inciso IX do art. 119 os bens e direitos integrantes de patrimônios de afetação.

Especificamente à garantia fiduciária sobre direitos sobre móveis e sobre títulos de crédito, a expressão empregada na Lei 11.101/2005 – “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis” – deve ser entendida em sentido abrangente, compreendendo os bens corpóreos e incorpóreos, entre eles os direitos sobre bens móveis e os títulos de crédito a que se refere o art. 66-B da Lei n.º 4.728/65, com redação dada pelo art. 56 da Lei n.º 10.931/2004⁴⁸. Vejamos:

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

⁴⁷ CHALHUB, op. cit., p.395-396.

⁴⁸ Ibidem, p.397.

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 durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei. (grifos nossos)

Por fim, relata que a exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da falência e do procedimento de recuperação de empresas decorre não só da segregação que constitui efeitos inerentes à própria natureza de toda e qualquer garantia fiduciária – seja sobre bens, móveis ou imóveis, ou direitos -, como também de previsão específica contida na legislação especial sobre a matéria, que, na hipótese de falência do devedor-cedente-fiduciante, assegura ao credor-cessionário-fiduciário a restituição dos títulos que eventualmente estiverem na posse daquele, após o que “prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção” (Lei n.º 9.514/97, art. 20 e seu parágrafo único), sendo esses direitos os de receber os créditos diretamente e aplicar o respectivo produto na satisfação do seu crédito com todos os encargos, entregando ao devedor-fiduciante o saldo que porventura restar (Lei n.º 9.514/97 arts. 18 e ss.)⁴⁹.

Há ainda doutrinadores que ao defender a não sujeição créditos objeto de cessão fiduciária à recuperação judicial partem de uma interpretação literal do artigo 49, §3º da LRF. Dispõe que tal dispositivo alude à alienação fiduciária de bens móveis, sem diferenciar bens móveis fungíveis e infungíveis, sendo certo que direitos de créditos, nos termos da lei civil, qualificam-se como bens móveis. De fato, os direitos pessoais de natureza patrimonial são equiparados legalmente a bens móveis, como estabelece expressamente o art. 83, inciso III do Código Civil⁵⁰. Ademais, a cessão fiduciária constitui nada mais do que espécie do gênero

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

negócio fiduciário, de modo que, por os motivos, não haveria como ser excluída do âmbito de aplicação do §3º do art. 49 da LRF⁵¹.

A “trava bancária” se relacionaria aos direitos reais em garantia está albergada no §3º do art. 49 da LRF. Neste dispositivo, excluem-se dos efeitos da recuperação judicial os créditos titulados pelo “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”. O preceito aplica-se ao cessionário de “cessão fiduciária de direitos creditórios”, tendo em vista que o conceito legal de bens móveis abrange “os direitos pessoais de caráter patrimonial” (art. 83, III, CC/02).

A exclusão acarreta significativas consequências para o credor titular de direito real em garantia: a) ele está dispensado de habilitar-se no caso de omissão de seu crédito na relação de credores apresentada pelo devedor; b) está igualmente dispensado de apresentar divergência ou impugnar quadro geral de credores; c) não tem direito de participar da assembleia de credores, sendo o valor de seu crédito irrelevante para o computo do *quórum* de instalação e deliberação; d) pode ingressar com execução ou prosseguir normalmente com a aforada antes da recuperação, não se sujeitando à suspensão do feito prescrita no art. 6º da LRF; e) não pode ter seu direito de crédito alterado pelo plano de reorganização da empresa⁵².

A não sujeição dos credores garantidos por cessão fiduciária de créditos aos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante se baseia no argumento de que os direitos são, por lei, considerados espécie de bens móveis, não havendo nenhum dissenso doutrinário a esse respeito. Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão aos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos teria se valido dessa categoria jurídica ou mesmo da expressão equivalente “coisa”, pois esta restringe-se a bens corpóreos⁵³.

Os credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria.

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Sacchi. Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 43.

⁵² Ibidem, p. 63.

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 150.

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação judicial variam. Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, *leasing*, etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função do contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação de ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico⁵⁴.

Defensores da possibilidade de exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da LRF ainda argumentam que as instituições financeiras são as principais financiadores das atividades empresariais, portanto, os privilégios para a retomada de seus créditos seria um ponto favorável para manter as concessões de créditos para empresas acarretando na continuidade de sua atividade e, conseqüentemente, operacionalizar suas obrigações a curto, médio e longo prazo.

Por fim, a aceitação das “*travas bancárias*” reside na necessidade de se conceder uma garantia mais tangível e segura às sociedades e instituições responsáveis pelo financiamento de crédito no mercado empresarial, devido ao risco de inadimplência inerente aos contratos de créditos celebrados com todos os tipos de sociedades, seja qual for sua atividade empresarial.

2.1.2 Sujeição dos credores por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial

Embora o posicionamento de exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos do plano de recuperação judicial seja o predominante no direito pátrio, ou seja, o art. 49, §3º da LRF impõe aos credores fiduciários privilégios para recebimento de seu crédito, devemos indicar que parte minoritária da doutrina defende posição contrária.

A Lei de Recuperação e Falência de Empresas está baseada no princípio da preservação da empresa. Neste sentido, vale dizer que a empresa é célula essencial da economia de mercado

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a nova Lei de Falências e de recuperação de empresas**: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 131.

e cumpre relevante função social, porque ao explorar a atividade prevista em seu objeto social e ao perseguir o seu objetivo (lucro), promove interações econômicas com outros agentes do mercado, consumido, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riquezas e ajudando no desenvolvimento do país, não porque esse seu objetivo final, mas simplesmente em razão de um efeito colateral e benéfico do exercício de sua atividade.

Neste sentido, o artigo 47 da LRF é claro ao dispor quais são seus objetivos precípuos:

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

Assim, tem-se que o objetivo é a viabilização da superação da crise econômico-financeira do recuperando, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, deste modo, a preservação da empresa, sua função social e estimula à atividade econômica.

Neste sentido, excluir a cessão fiduciária de créditos dos efeitos dos planos da recuperação judicial importaria em conceder odioso privilégio aos bancos em detrimento dos interesses dos demais credores⁵⁵.

Como mencionado, a legislação se baseia na reestruturação das dívidas das sociedades, e estando os credores responsáveis pelo financiamento de créditos à sociedade fora do alcance do plano de recuperação judicial, ter-se-á completamente ineficaz, por consequência, o plano de recuperação por suas prováveis e possíveis inexactidões financeiras⁵⁶.

A não submissão do cessionário fiduciário de recebíveis à recuperação judicial contrariaria princípios basilares da LRF, quais sejam os da preservação e função social da empresa. Ademais, o exercício dos direitos conferidos pela cessão fiduciária de recebíveis pelo

⁵⁵ ABRÃO, Carlos Henrique; DE TOLEDO, Paulo F.C. Salles. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p; 184.

⁵⁶ MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11601>. Acesso em jul 2015.

credor impossibilitaria a entrada de dinheiro na empresa já que seria diretamente destinado ao banco cessionário⁵⁷.

Em relação ao texto da lei, a inclusão dos créditos cedidos fiduciariamente aos efeitos da LRF se daria em razão da aplicação do princípio de que todos os credores deveriam estar sujeitos à recuperação judicial do devedor e as exceções à regra deveriam ser interpretadas restritivamente. Neste ponto, o artigo 49, §3º não menciona expressamente a "cessão fiduciária de créditos e/ou título de créditos" e, portanto, a interpretação deve ser feita de maneira restritivo, limitando a exceção.

Na alienação fiduciária o credor assume a condição de proprietário fiduciário da coisa, pois a propriedade fiduciária somente pode ser constituída sobre a coisa, e não sobre o direito/crédito. A alienação fiduciária e cessão fiduciária são institutos distintos, pois a Lei de Mercados de Capitais expressamente os distinguiu. Então, se a legislação prevê a existência dessas duas modalidades distintas de negócio fiduciário (alienação e cessão), pela mesma razão a exceção prevista pela LRF deveria contemplar ambas as espécies. Mas o legislador não desejou assim, excluindo da recuperação judicial apenas e tão somente o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis. Não se pode, portanto, interpretar essa regra, seja por analogia ou por extensão, para abranger, também, a figura do credor cessionário dos títulos de crédito, pois a interpretação restritiva das exceções é regra elementar de compreensão e aplicação da norma jurídica⁵⁸.

Neste diapasão, a cessão fiduciária de direitos creditórios se submete aos efeitos da recuperação judicial por não estar prevista dentre as exceções capituladas pelo §3º do artigo 49, seguindo, por isso, o mesmo curso dos créditos em geral, nos termos do *caput* do indigitado preceito. Isso porque o §3º aponta como exceção o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis. Apesar de os títulos de crédito, em gênero, poderem ser enquadrados na categoria dos bens móveis, o certo é que o legislador, que não se vale de palavras vãs, contemplou a posição de proprietário, que não traduz, portanto, a existência de um direito real sobre a coisa. Ora, na cessão fiduciária de direitos creditórios, a posição do

⁵⁷ Os recebíveis na recuperação judicial, artigo publicado no Jornal Valor Econômico de 21.10.2009

⁵⁸ ESTEVAM, Lincoln apud TEIXEIRA, op. cit., p. 167.

credor é a de titular de um direito pessoal e não real. Assim, com a regra do §3º é de exceção, deve ser interpretada de forma restrita⁵⁹.

A inclusão dos créditos cedidos fiduciariamente estariam, portanto, incluídos na recuperação judicial do devedor-fiduciante, pois não gozam do tratamento deferido pelo artigo 49, §3º da LRF à posição privilegiada de quem seja proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, de não se submeter aos efeitos da referida recuperação. A inclusão se dá pela diferenciação entre direitos reais sobre objeto alheio e direitos reais sobre coisa própria. A cessão fiduciária de títulos de créditos prevista no artigo 66-B, parágrafo 3º da Lei de Mercado de Capitais é um instituto de garantia sobre direito alheio, isto é, sobre direito do credor de título de crédito resultante de qualquer negócio jurídico, inclusive o decorrente de contratos de alienação de imóveis (artigo 15, II, e §1º da LSFI). Já a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária prevista no artigo 28 da LSFI implica a transferência ao cessionário de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, vale dizer, direito real dominial, em coisa própria, porque alienada fiduciariamente em garantia ao credor⁶⁰.

O título é a causa ou fundamento jurídico de um direito, sendo a titularidade a aptidão para o exercício de ato correspondente a um direito, visando produzir determinados efeitos jurídicos. Essa linha de entendimento que reconhece a distinção entre *propriedade e titularidade* prevaleceu na redação acrescida do artigo 1.368-A do CC⁶¹. Assim, a expressão “titularidade” do artigo 18 da LSFI não implica “propriedade”, salvo se estivesse explícita essa qualidade para o efeito de transferência por cessão fiduciária ali apontada “ao credor”. Por fim, é inadequada a atribuição de “propriedade fiduciária” ao cessionário de título de crédito quando não se trate de direito real em coisa própria, mas sim de cessão fiduciária de direito real em coisa alheia, isto é, que não é de propriedade do cessionário fiduciário garantido. Toda a diferença reside nessa peculiaridade: se é coisa alheia não é de propriedade do cessionário. E só os proprietários gozam do privilégio do parágrafo 3º do artigo 49 da LRF⁶².

⁵⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010. p. 148.

⁶⁰ RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária: direito e ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

⁶¹ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. ([Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004](#))

⁶² RESTIFFE NETO, op. cit., p. 60.

Incluir os créditos cedidos fiduciariamente nas exceções do artigo 48, §3º da LRF impede que a sociedade empresária de auferir receitas financeiras previsíveis e essenciais à manutenção e operacionalização de sua atividade, sem olvidarmos do necessário e indispensável comprometimento de seu fluxo de caixa, que acarretará, por consequência, empecilhos ao pagamento de suas despesas operacionais correntes⁶³.

CAPÍTULO III – POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A discussão acerca da inclusão ou exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da recuperação judicial, ou seja, a celeuma existente acerca do disposto no artigo 49, §3º da LRF também atinge nossos tribunais.

Assim como na doutrina, os tribunais brasileiros ainda buscam pacificar o tema discutido neste trabalho. Apesar de identificarmos maior parte da jurisprudência adepta a exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos da LRF, há ainda julgados que defendem a tese contrária.

Para a análise das jurisprudências este trabalho irá se basear em três Tribunais considerados de grande porte pelo Conselho Nacional de Justiça e um de médio porte, quais sejam os Tribunais do Estado de São Paulo, Tribunal do Rio Grande do Sul, Tribunal do Rio de Janeiro e Tribunal do Espírito Santos, respectivamente. Por fim, irá ser feita uma análise de como o Superior Tribunal de Justiça tem tratado a matéria debatida.

3.1 Exclusão dos credores fiduciários aos efeitos da lei de recuperação e falência de empresas

⁶³ MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **As travas bancárias na recuperação judicial**: validade, eficácia e limitações. 100 f. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012. p. 82.

- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Recuperação judicial - Créditos submetidos à cessão fiduciária não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial - Súmulas 59 e 62 do TJSP - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 22213738420148260000 SP 2221373-84.2014.8.26.0000, Relator: Fortes Barbosa, Data de Julgamento: 25/03/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 29/03/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Recuperação Judicial – Exclusão de crédito dos efeitos da recuperação – Cédula de Crédito Bancária – Instrumento de Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito em Garantia – Título adequadamente registrado – Garantia regularmente instituída – Natureza de crédito extraconcursal – Agravo desprovido. (TJ-SP - AI: 20595685920138260000 SP 2059568-59.2013.8.26.0000, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 29/06/2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 02/07/2015)

Conforme se aduz do julgado, o TJSP possui posição clara ao adotar entendimento favorável a exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos do plano de recuperação judicial, ou seja, entendem que este tipo de garantia esta abarcada pelo disposto no artigo 49, §3º da LRF.

No mais, ressalta-se que o TJSP se posiciona desta maneira desde que preenchidos os requisitos que torne a cessão válida, qual seja o seu registro em cartório competente. O próprio Tribunal já se posicionou no sentido de incluir nos efeitos da LRF a cessão que não tenha se aperfeiçoado com o registro.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL Impugnação de Crédito. Decisão que acolhe a impugnação para reconhecer que o crédito não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial. Cessão fiduciária em garantia devidamente registrada em data anterior ao pedido de recuperação. Tese de ausência de garantia afastada. Não provimento do agravo de instrumento, prejudicado o agravo regimental. (TJ-SP - AI: 20626665220138260000 SP 2062666-52.2013.8.26.0000, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 14/08/2014, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 18/08/2014)

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Impugnação de Crédito. Crédito garantido por cessão fiduciária em garantia, e que, por tal razão, estaria excluído dos efeitos da recuperação judicial. Propriedade fiduciária que se constitui pelo registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Artigo 1.361, § 1º, do Código Civil. Registro devidamente efetivado antes do pedido de recuperação judicial. Crédito que deve ser excluído dos efeitos da recuperação judicial. Súmula n.º 60 do E. TJSP e precedentes do C. STJ. Provimento ao recurso, para determinar a exclusão dos créditos decorrentes dos contratos ora analisados do quadro geral de credores.(TJ-SP - AI:

22299574320148260000 SP 2229957-43.2014.8.26.0000, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 29/04/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 05/05/2015)

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS *Trava bancária LRF que estabelece regime distinto para a cessão fiduciária de créditos e para o penhor de direitos creditórios - Créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos não sujeitos à recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º da LRF Cessão fiduciária de créditos não sujeita a conta vinculada a que se refere o § 5º do art. 49 da LRF Súmulas n.ºs. 59, 60 e 62 do TJSP* Precedentes do STJ - Submissão ou não dos créditos à recuperação judicial a ser analisada caso a caso, depois de regular instrução. VALOR DA CAUSA Medida cautelar incidental de caráter satisfativo Valor da causa que deve corresponder ao proveito econômico imediato almejado na medida cautelar Valor inicialmente atribuído à causa mantido. AGRAVO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 01227392420138260000 SP 0122739-24.2013.8.26.0000, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 05/12/2013, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/12/2013)

Recuperação judicial. Crédito garantido por cessões fiduciárias de duplicatas e registradas no RTD em data anterior a do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Propriedade fiduciária configurada, nos termos do art. 1361, CC e da Súmula 60, TJSP. Crédito que, por força do art. 49, § 3º, Lei nº 11101/05, é excluído dos efeitos da recuperação judicial. Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 00202110920138260000 SP 0020211-09.2013.8.26.0000, Relator: Maia da Cunha, Data de Julgamento: 26/03/2013, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 28/03/2013)

Recuperação judicial. Crédito oriundo de contratos de mútuo e de concessão de crédito garantidos por cessões fiduciárias de duplicatas de venda mercantil e registrados no RTD em data anterior a do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Propriedade fiduciária configurada, nos termos do art. 1361, CC e da Súmula 60, TJSP. Crédito que, por força do art. 49, § 3º, Lei nº 11101/05, é ora excluído dos efeitos da recuperação judicial. Exclusão, contudo, que se limita ao montante do crédito coberto pela cessão fiduciária dada em garantia, sujeitando-se o valor restante à recuperação judicial, na qualidade de crédito quirografário. Entendimento já sacramentado no Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial. Recurso provido em parte. (TJ-SP - AI: 02720494120128260000 SP 0272049-41.2012.8.26.0000, Relator: Maia da Cunha, Data de Julgamento: 26/02/2013, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 27/02/2013)

O TJSP se posiciona o entendimento de que o crédito excluído da LRF se limita ao montante do crédito coberto pela cessão fiduciária dada em garantia, sendo que o valor restante deverá voltar a conta vinculada ao processo de recuperação.

Conforme se verifica, em razão da importância da matéria aqui exposta e do elevado número de demandas judiciais que abordam o tema, o próprio TJSP editou Súmula 59 e 62 a respeito do tema.

Súmula 59: Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária.

Súmula 62: Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da referida lei.

Por fim, evidencia-se que o TJSP possui entendimento sedimentado de aplicação das “travas bancárias”, ou seja, a exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos do plano de recuperação judicial.

- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO DOS TÍTULOS ANTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. REFORMA DA DECISÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70055575294, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 28/11/2013) (TJ-RS - AI: 70055575294 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 28/11/2013, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO DOS TÍTULOS ANTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. REFORMA DA DECISÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70055408892, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 12/09/2013) (TJ-RS - AI: 70055408892 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 12/09/2013, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/09/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO DEVIDAMENTE REGISTRADA NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS, GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO (LEI 4.7228/28, ART. 66-B, § 3º - LEI DE MERCADO DE CAPITAIS) NÃO SUJEITA AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AGRAVADA, CONFORME ART. 49, § 3º, DA LEI

11.101/2005 - LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. *Recurso provido, por maioria. (Agravo de Instrumento Nº 70063273767, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpin Corrêa, Julgado em 28/05/2015). (TJ-RS - AI: 70063273767 RS , Relator: Elisa Carpin Corrêa, Data de Julgamento: 28/05/2015, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/06/2015)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TERMO DE CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA FUNGÍVEL E/OU CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS DE CRÉDITO QUE GARANTE A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO FOI DEVIDAMENTE REGISTRADA, ANTES DE PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO AGRAVADO. ASSIM RESTOU OBSERVADO O DISPOSTO NO ART. 1.361, PAR.1º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, O QUAL DETERMINA QUE O REGISTRO DO CONTRATO NO CARTÓRIO COMPETENTE DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR É REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA A CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, NÃO SE TRATANDO TAL ATO DE MERA PUBLICIZAÇÃO A FIM DE CONFERIR-LHE EFEITO ERGA OMNES. DERAM PROVIMENTO, PARA EXCLUIR DO PROCESSO RECUPERATÓRIO OS VALORES EXISTENTES NA CONTA CORRENTE DA EMPRESA. *(Agravo de Instrumento Nº 70046923553, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 29/05/2014) (TJ-RS - AI: 70046923553 RS , Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 29/05/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/06/2014)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO E INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO FIDUCIÁRIA. Crédito que não se subsume a recuperação judicial, consoante § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005. Registrado no Cartório de Títulos e Documentos antes da recuperação judicial ser decretada. *Precedentes da Corte. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento Nº 70058172578, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/08/2014) (TJ-RS - AI: 70058172578 RS , Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 28/08/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/09/2014)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AFASTADA. Contrato de cédula de crédito bancário e instrumento particular de cessão fiduciária. Crédito que não se subsume a recuperação judicial, consoante § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005. *Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70053923538, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 24/10/2013) (TJ-RS - AI: 70053923538 RS , Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 24/10/2013, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/11/2013)*

No mesmo sentido dos acórdãos prolatados pelo TJSP, o TJRS mantém o mesmo posicionamento ao declarar válida a exclusão da cessão fiduciária de créditos do plano de

recuperação judicial, atribuindo aos detentores deste direito privilégio para o resgate de seus créditos.

Neste mesmo sentido, de acordo com parte predominante da doutrina, impõe que a cessão fiduciária de créditos somente será válida se obedecer seus pressupostos e existência, validade e eficácia. Neste interim, imperioso é a necessidade de haver o registro do contrato conforme o disposto no art. 1.361, §1º do CC/02, sem o qual o contrato não será eficaz e consequentemente o crédito passará receber os efeitos da Lei de Recuperação e Falências vez que entrará no rol dos créditos com garantias reais.

- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DO BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSISTENTE EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS, ARROLADO PELAS EMPRESAS RECUPERANDAS NA QUALIDADE DE QUIROGRAFÁRIO, POR OCASIÃO DO AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DOS VALORES BLOQUEADOS NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO, PARA CONTA JUDICIAL EM FAVOR DO JUÍZO UNIVERSAL DA RECUPERAÇÃO. Todos os créditos existentes na data do pedido ficam sujeitos à recuperação judicial, excluídos de seus efeitos apenas os créditos indicados nos §§ 3o e 4o, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 2005. Diante da discordância quanto à natureza de seu crédito, cabe ao agravante ajuizar o incidente processual de impugnação, a ser decidido pelo Juízo da recuperação, consoante previsto no caput e no parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 11.101, de 2005. Inexistência de decisão acerca de eventual levantamento de valores, de modo que não se pode analisar o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, sob pena de supressão de instância. Mantença da decisão agravada. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do caput do art. 557, do CPC. (TJ-RJ , Relator: DES. DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 17/03/2015, VIGÉSIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL)

AGRAVO INOMINADO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO PARA CAPITAL DE GIRO. BEM UTILIZADO COMO INSUMO DE SUA ATIVIDADE NEGOCIAL OU EMPRESARIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA, AFASTANDO-SE A INCIDÊNCIA DO CDC E, CONSEQUENTEMENTE, A TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA. **RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO ORIUNDO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA QUE EQUIVALE À PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, DESDE QUE O CONTRATO TENHA SIDO REGISTRADO ANTERIORMENTE AO PLEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, O QUE OCORREU NA ESPÉCIE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ORIUNDOS DO E. STJ NESSE MESMO SENTIDO.** APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA Nº 596 DO E. STF, Nº 283 DO E. STJ E DO DISPOSTO NA MP Nº 2170-

36/2001. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO SE SUBMETEM ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI DE USURA, MAS SOMENTE ÀQUELAS ESTIPULADAS PELO BACEN, JÁ QUE INEXISTEM RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS EXPRESSAS À APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS EM PERCENTUAL SUPERIOR A 12% AO ANO E À CAPITALIZAÇÃO MENSAL NOS CONTRATOS POR ELAS CELEBRADOS. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NO NEGÓCIO JURÍDICO ESTABELECIDO ENTRE AS PARTES CONTRATANTES. CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA VALIDA. NÃO OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO OU DANO ORIUNDO DA CONDUTA DE DÉBITO DEVIDAMENTE COBRADO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL À HONRA OBJETIVA. AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. APELAÇÃO INTERPOSTA COM PEDIDO DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS AO FINAL DO PROCESSO. A APELAÇÃO CÍVEL SOFRE DUPLA ADMISSIBILIDADE, UMA PELO JUÍZO E OUTRA PELO TRIBUNAL. O JUÍZO RECEBEU A APELAÇÃO DEFERINDO IMPLICITAMENTE O REQUERIMENTO DE CUSTAS AO FINAL. DECISÃO POSTERIOR DO RELATOR QUE, AO VERIFICAR A REGULARIDADE RECURSAL DO AGRAVO INOMINADO, DETERMINOU O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS, SOB PENA DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. RECOLHIDAS AS CUSTAS CONFORME A DETERMINADO NA DECISÃO, NÃO HÁ MOTIVO PARA SEU NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-RJ, Relator: DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES, Data de Julgamento: 25/02/2015, DÉCIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL).

3.2 Inclusão dos credores fiduciários aos efeitos da lei de recuperação e falência de empresas

- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Tribunal paulista apresenta entendimento sedimentado no sentido de aceitação das “*travas bancárias*”. Deste modo, não encontra-se na jurisprudência paulista julgados que defendem a inclusão da cessão fiduciária de créditos no plano de recuperação judicial e, portanto, os credores devem seguir em busca de seus créditos segundo os ditames da LRF.

A única hipótese em que a jurisprudência paulista aceita a inclusão da cessão fiduciária as regras da LRF estão no fato de ausência de registro do contrato em cartório competente, conforme estabelecido no CC/02. Deste modo, o negócio jurídico não se aperfeiçoa devendo o credor se sujeitar ao plano de recuperação.

- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. A possibilidade de não sujeição de determinados créditos ao plano de recuperação judicial pode vir a inviabilizar a recuperação da sociedade empresária travando o procedimento e o cumprimento do plano de recuperação da sociedade. POR MAIORIA, AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70051518603, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 12/12/2012) (TJ-RS - AI: 70051518603 RS , Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Data de Julgamento: 12/12/2012, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO NO SENTIDO DE QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA LIBERE E SE ABSTENHA DE RETER VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS DA EMPRESA RECUPERANDA. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. O contrato não teve a constituição da garantia real ou a transferência da propriedade fiduciária, visto que ausente o necessário registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, a teor do que estabelece o artigo 1.361, § 1º, do Código Civil. Possibilidade de o crédito, decorrente de penhor ou cessão fiduciária se sujeitar aos efeitos da Recuperação Judicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005. Note-se que os créditos garantidos por penhor e cessão fiduciária, se sujeitam à recuperação judicial quando não levados ao registro, pois nesta hipótese classificam-se como quirografários. Além disso, as duplicatas ou cheques que garantiriam o contrato bancário sequer foram especificados no documento. Liberação dos valores à empresa em recuperação judicial que se impõe. Liminar concedida no julgamento. Agravado de instrumento provido. (Agravado de Instrumento Nº 70059055657, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 29/05/2014) (TJ-RS - AI: 70059055657 RS , Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 29/05/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2014)

- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PREVALÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1- A norma inculpada no § 3º do art. 49 da Lei Falimentar, por especificar os créditos excluídos da recuperação judicial, encerra situação de excepcionalidade, devendo, portanto ser interpretada restritivamente. 2- Nesse contexto, a propriedade fiduciária de bem móvel referida no aludido preceito não equivale à cessão fiduciária de recebíveis, objeto de garantia prestada pelo devedor em contrato. 3- Situação que, em verdade, configura penhor de crédito - sujeito à recuperação judicial - haja vista que a titularidade dos direitos creditórios não sai da esfera patrimonial do devedor. (TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravado de Instrumento n.º 0042658-20.2012.8.19.0000, julgado em 15/01/2013, relator, Des. Milton Fernandes de Sousa)

“DIREITO EMPRESARIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. CREDOR QUE APRESENTA COMO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO MAS, NA VERDADE, É CREDOR PIGNORATÍCIO. **SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS GARANTIDOS POR PENHOR AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. LEGITIMIDADE DE DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZA O LEVANTAMENTO DE METADE DOS RECEBÍVEIS LIBERANDO TAIS VERBAS DA MECANISMO CONHECIDO COMO “TRAVA BANCÁRIA”.** **APLICACAO DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.** RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (TJRJ, 2ª Câmara, Agravo de Instrumento n.º 2009.002.02081, julgado em 25.03.2009, relator Des. Alexandre Freitas Câmara).

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. CREDOR QUE SE APRESENTA COMO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO MAS, NA VERDADE, É CREDOR PIGNORATÍCIO. **SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS GARANTIDOS POR PENHOR AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZA O LEVANTAMENTO DE METADE DOS RECEBÍVEIS, LIBERANDO TAIS VERBAS DO MECANISMO CONHECIDO COMO “TRAVA BANCÁRIA”. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.** RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0014987-27.2009.8.19.0000, julgado em 18/02/2009, relator Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara).

A análise dos julgados que originam do tribunal fluminense demonstram que há posicionamento no sentido de não aceitação da aplicação das “*travas bancárias*” vez que a cessão fiduciária de créditos e alienação fiduciária são modalidades distintas de garantias, e que não teria sido a intenção do legislador incluir o crédito garantido por cessão fiduciária dentre os créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

O TJRJ busca mitigar a aplicação das “*travas bancárias*” buscando estabelecer um ambiente propício para o soerguimento da empresa recuperanda. Estabelece deste modo um percentual que pode ser excluído dos efeitos do plano deixando certa quantia para que a empresa recuperanda se utilize desta para continuar sua atividade econômica, buscando, por conseguinte, reverter sua situação de insolvência. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LIMINAR. REDUÇÃO DE RETENÇÃO DE RECEBÍVEIS ORIUNDOS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL. SÚMULAS N.º 58 E N.º 59 DESTE TRIBUNAL. 1. Conforme a orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça,

o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária. 2. **Este Tribunal, em casos especialíssimos, vem mitigando parcialmente a orientação do STJ, adotando o entendimento no sentido de que a utilização do mecanismo da "trava bancária" pela instituição financeira para reconhecer que a apropriação integral do percentual de recebíveis pactuado como garantia do empréstimo poderia constituir entrave ao êxito do soerguimento da agravada, residindo neste ponto o risco de dano in reverso irreparável ou de difícil reparação para a empresa.** 3. **Embora o crédito garantido por cessão fiduciária não se submeta ao processo de recuperação judicial, circunstância que permite ao credor valer-se da chamada trava bancária, a liberação de 70% do mesmo às empresas agravantes permite o livre acesso e movimentação de boa parte dos recebíveis com causa no contrato firmado com a VALEC.** 4. A decisão agravada, proferida em regime de cognição não exauriente, não é teratológica e deve ser mantida com fundamento nas súmulas n.º 58 e n.º 59 deste Tribunal. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO. ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (TJ-RJ - AI: 00259577620158190000 RJ 0025957-76.2015.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS AZEREDO DE ARAUJO, Data de Julgamento: 09/06/2015, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 11/06/2015 11:55)

- Tribunal de Justiça do Espírito Santo

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR. 1. **A redação do artigo 49, 3º, da Lei n.º 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.** 2. **Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis.** 3. **Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expresso pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação judicial, o que não é o caso.** (TJ-ES - AI: 30089000142 ES 30089000142, Relator: JORGE GÓES COUTINHO, Data de Julgamento: 24/06/2008, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/07/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE PUBLICIDADE E EFICÁCIA *erga omnes*. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. **Constata-se que a pretensão recursal da instituição financeira não merece acolhida, porquanto este E. Sodalício reiteradas vezes já decidiu que o disposto no art. 49, § 3º da Lei n.º 11.101/2005 tem aplicação restritiva, pois a exceção trazida pelo mencionado parágrafo não faz menção à alienação fiduciária de títulos de crédito, não podendo estes serem confundidos com bem móveis. Tal importa em afirmar que a sobredita norma não deve ser aplicada extensivamente aos títulos de crédito, bens imateriais sujeitos ao pagamento em conformidade com**

o plano de recuperação judicial. 2. Ademais, os contratos de cessão fiduciária firmados entre as partes são anteriores ao pedido de recuperação judicial, em 14/07/2011, vindo a ser registrados apenas em 14/10/2011, conforme demonstrado às fls. 121 destes autos, de modo que restou evidenciada a inexistência de publicidade e eficácia *erga omnes*, necessárias para excluir os créditos do quadro geral de credores. 3. Recurso conhecido e improvido. (TJ-ES – AI: 0006367-48.2013.8.08.0014, Relator: Ronaldo Gonçalves de Sousa, Data do Julgamento: 17/09/2013)

O TJES, por sua vez, alinha-se ao entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Deste modo, defende a posição de que como o art. 49, §3º indica as exceções aos efeitos do plano há a necessidade de haver interpretação restritiva. Deste modo, para que a cessão fiduciária venha a ser excluído do plano de recuperação deveria ela estar explicitamente indicado na lei específica.

3.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

- Superior Tribunal de Justiça

O STJ, por sua vez, sedimentou entendimento no sentido de aceitação das polêmicas “*travas bancárias*”. O STJ, segundo a jurisprudência colecionada a cessão fiduciária de créditos, possui natureza jurídica de propriedade fiduciária não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial conforme disposto no artigo 49, §3º da LRF.

Em outras palavras, o STJ alinha sua jurisprudência com o posicionamento predominante da doutrina que defende a inclusão da cessão fiduciária na exceção dos créditos que estão sujeitos aos efeitos da LRF.

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE AÇÚCAR PARA EXPORTAÇÃO.

GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE IMÓVEIS RURAIS. EXECUÇÃO. CRÉDITO EXCLUÍDO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/2005.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária. 2. Hipótese em que os imóveis rurais sobre os quais recai a garantia não são utilizados como sede da unidade produtiva, não se tratando de bens de capital imprescindíveis à atividade empresarial das devedoras em recuperação judicial, tanto que destinados à venda no

plano de recuperação aprovado. 3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo para prosseguimento da execução. (CC 131.656/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 20/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO DA QUARTA TURMA DO STJ PROFERIDO EM RMS.

SEGURANÇA CONCEDIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. GARANTIA EM CESSÃO FIDUCIÁRIA. ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. EXCLUSÃO, EM TESE, DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TEMA PERTINENTE À REGULARIDADE E AOS REQUISITOS DOS CONTRATOS RELATIVOS ÀS GARANTIAS FIDUCIÁRIAS. 1. Ausente qualquer fato obstativo ou prejudicial ao efeito suspensivo ativo concedido a agravo de instrumento pelos acórdãos proferidos no RMS n. 41.646/PA, impõe-se ao Juízo de primeiro grau cumprir integralmente os julgados desta Corte Superior no sentido de: "(a) suspender a decisão do Juízo singular que determinou à instituição financeira a devolução dos créditos recebidos por cessão fiduciária diretamente à empresa recuperanda, **(b) ordenar a exclusão dos recebíveis oferecidos como garantia fiduciária de Cédulas de Crédito Bancário da recuperação judicial e (c) determinar a disponibilização ao credor dos valores que lhe foram cedidos na satisfação de seu crédito e que eventualmente se encontrem depositados em juízo**". 2. No caso concreto, o cumprimento do mandamus não ficou condicionado ao prévio exame, por parte do TJPA, nos autos do agravo de instrumento, do registro das garantias. Assim, não poderia o Juízo de primeiro grau, na decisão reclamada, simplesmente ter condicionado o levantamento pelo banco credor a prévia decisão do TJPA favorável à regularidade dos registros. Ademais, até o presente momento, não existe nenhuma decisão do TJPA nem do Juiz de Direito examinando os documentos dos autos da recuperação judicial com o propósito de decidir questões acerca dos requisitos da validade e da regularidade das garantias fiduciárias para efeito de não as submeter à recuperação judicial. 4. Reclamação procedente. (Rel. 18.538/PA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/09/2014, DJe 06/10/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO. BENS OFERECIDOS EM GARANTIA MEDIANTE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. **1. O credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005)**. 2. Não ocorrência, na hipótese, de peculiaridade apta a recomendar o afastamento circunstancial da regra, porquanto não demonstrado que o objeto da busca e apreensão envolva bens de capital essenciais à atividade empresarial, de maneira a atrair a exceção contida no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no CC 128.658/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 06/10/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS RESULTANTES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL E COM GARANTIA FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO. **1. Interpretando o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, a jurisprudência entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.** 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1181533/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 10/12/2013)

É imperioso destacar a ressalva de entendimento feita pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do acórdão anterior (Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1181533/MT). Segundo o Ministro apesar do crédito garantido por alienação fiduciária não fazer parte do Plano de Recuperação Judicial, sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da Recuperação para que se harmonize a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciária.

(RESSALVA DE ENTENDIMENTO) (MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO) “O crédito garantido por alienação fiduciária não deve fazer parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da Recuperação. Isso porque se deve harmonizar a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial. Assim, os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da Recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores e o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não, no todo ou em parte, ao funcionamento da empresa. No caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.”

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO LIMINAR EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE CÉDULAS DE CRÉDITO GARANTIDAS POR AVAL E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE. INCLUSÃO DOS COBRIGADOS NO POLO PASSIVO. PERTINÊNCIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **1. A cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito, possuindo a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). Não ocorrência, na hipótese, de peculiaridade apta a recomendar o afastamento circunstancial da regra.** 2. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no CC 124.489/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/11/2013)

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965. **1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.** 2. Recurso especial provido. (REsp. 1.263.500-ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.322 - SP (2013/0401414-6) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : BANCO FIBRA S/A ADVOGADOS : VITOR CARVALHO LOPES E OUTRO (S) FERNANDO LIMA GURGEL DO AMARAL PITERSON BALMAT GONÇALVES RECORRIDO : AFASA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL ADVOGADOS : FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR JOICE RUIZ BERNIER E OUTRO (S) RECORRIDO : DANILO HULAIK SAFATLE RECORRIDO : AMIN FARID SAFATLE ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS DIREITO EMPRESARIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO. "TRAVA BANCÁRIA". SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. **1. Os créditos garantidos por cessão fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005).** Precedentes. 2. Recurso especial provido. DECISÃO 1. Cuida-se de recurso especial interposto por BANCO FIBRA S/A, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - PÁTEO DO COLÉGIO, assim ementado: TRAVA BANCÁRIA - Recuperação Judicial - Empréstimos bancários garantidos por cessão fiduciária - Hipótese em que não se vislumbra a existência de crédito fiduciário e sim de mero penhor - Exegese do art. 49, § 5º da Lei nº 11.101/05 - Crédito submetido à recuperação judicial - Princípio da preservação da empresa - Recurso parcialmente provido, com observação (fl. 464). Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 550-5508). Em suas razões recursais, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto no arts. 476 e 535 do CPC; art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005; arts. 30 e 31 da Lei n. 10.931/2004. Sustenta, em síntese: (a) nulidade do acórdão recorrido, pois, não obstante a oposição de embargos de declaração, os vícios apontados não foram sanados; (b) necessidade do incidente de uniformização de jurisprudência no Tribunal a quo; (c) não submissão, à recuperação judicial, do crédito garantido por cessão fiduciária. É o relatório. DECIDO. 2. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes. Basta que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses do recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade. Quanto à questão de fundo, assiste razão ao recorrente. A jurisprudência da Casa firmou-se no sentido de não se submeter aos efeitos da recuperação judicial o crédito garantido por cessão fiduciária (recebíveis), verbis: RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA". **1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de**

direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1202918/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013) RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965. 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. 2. Recurso especial provido. (REsp 1263500/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013) 3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o crédito ora em disputa dos efeitos da recuperação judicial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de dezembro de 2014. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator (STJ , Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO)

Conclui-se, portanto, que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, afiguram-se como (ou possuem a natureza jurídica de) propriedade fiduciária, não se sujeitando, portanto, aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa.

CAPÍTULO IV – A EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A GARANTIA DAS “TRAVAS BANCÁRIAS”

A empresa, nos dias atuais, possui uma grande importância social na medida que proporciona a sobrevivência dos cidadãos. Assim, caso a LRF não consiga atingir seus objetivos e soerguer a empresa recuperanda haverá uma repercussão não apenas sobre os sócios e

credores, mas sobre empregados e suas famílias, a comunidade em que vivem, os investidores, fornecedores e a própria economia do país⁶⁴.

Neste mesmo sentido, conforme já mencionado neste trabalho o princípio norteador da LRF é o da preservação da empresa. Ocorre que, preservar uma empresa em crise compreende objetivos que estão além do retorno aos credores. Há inúmeros interesses que giram em torno dela e que devem ser considerados, quais sejam: a empresa serve, ao mesmo tempo, aos interesses dos sócios e do empresário, como fonte de lucros sobre o dinheiro nela investido; aos credores, como garantia de venda de seus produtos e, por consequência, também ao lucro; e à sociedade, na medida em que gera empregos e tributos, além de produzir e distribuir bens e serviços, exercendo assim sua função social, que proporciona em sentido lato a própria tutela da dignidade humana⁶⁵.

A preservação da empresa em momentos de crise não envolve simplicidade, ou seja, é uma tarefa complexa. A definição do que seja preservar a empresa em sua identificação com a manutenção da atividade parece pecar por não apreender todo o sentido da expressão, principalmente ao se imaginar que a própria falência, em sua atual roupagem, tem por finalidade a preservação da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa (artigo 75 da LRF)⁶⁶.

É válido, ainda, o destaque de que a função social da empresa está estritamente ligada ao princípio da preservação da empresa e, apesar das suas elevadas importâncias no processo de recuperação e falência, não podem ser os únicos norteadores da recuperação. Caso contrário, sua manutenção em atividade violará a própria função social da propriedade empresária⁶⁷.

Neste cenário, empresas que se apresentam em crise e não conseguem adimplir com suas obrigações em virtude de não possuírem capital buscam o auxílio de terceiros. A concessão de novos recursos ao devedor em crise não é importante apenas para atender às necessidades

⁶⁴ DIAS L. A. R. **Financiamento das empresas em crise**. 337 f. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 30.

⁶⁵ Ibidem, p. 32.

⁶⁶ CERZETTI, S. C. N. **A lei de recuperação de empresas e falências e o princípio da preservação da empresa**: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial. 380 f. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 167.

⁶⁷ GUIMARÃES, Márcio apud CÔRREA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coords.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 385-386

imediatas de caixa, mas também transmite a ideia de que os credores que financiam empresas nessa situação acreditam na viabilidade do negócio e estão menos inclinados a rejeitar o plano de recuperação e falência⁶⁸.

Diante do mencionado, resta evidente a dicotomia existente na adoção das travas bancárias no direito concursal brasileiro vez que existem dois lados consequentes da aplicação desta ferramenta. Por um lado, ao se aceitar a aplicação das travas bancárias nos processos de recuperação judicial tem-se a possibilidade de apresentação de menor risco e consequentemente oferecimento de juros mais baixos, beneficiando tanto as instituições financeiras quanto aos empresários tomadores de crédito. A facilitação da cobrança e a diminuição do risco de uma recuperação de crédito frustrada acarretaria em uma diminuição dos custos bancários das operações administrativas para o setor. Deste modo haveria a consolidação de um cenário em que as instituições financeiras estariam confortáveis para ceder crédito às empresas em recuperação judicial vez que teria a certeza de devolução do montante cedido. Assim, as empresas em posse de capital poderiam, com base no planejamento elaborado quitar suas dívidas, possuir um fluxo de caixa normatizado e consequentemente criar um ambiente propício para o seu soerguimento estando assim em concordância com os princípios norteadores da LRF.

Por outro lado, inexistindo a preferência às instituições financeiras na recuperação de seu crédito cedido, a empresa recuperando poderia dispor de capital por um período maior de tempo além de ter a possibilidade de se basear em um plano de recuperação mais justo e equilibrado. Explica-se. O fato de a empresa recuperanda não ceder seus créditos futuros para quitação do crédito cedido pelas instituições financeiras faz com que haja uma maior movimentação financeira e captação de recursos, facilitando por conseguinte a efetividade do plano recuperacional. Diante de um maior volume de capital, a empresa poderá alocar verbas para a manutenção de sua atividade com maior facilidade. Nota-se que a utilização de créditos futuros é de suma importância para a sobrevivência de empresas em recuperação judicial pois este montante promoverá movimentação em caixa e ensejará em uma maior possibilidade de quitação de débitos junto a fornecedores, trabalhadores e outros credores.

Porém, observa-se que caso os créditos cedidos fiduciariamente sofram os efeitos da recuperação judicial poucas ou quase nenhuma instituição financeira irá se oferecer para ceder

⁶⁸ MENDES, Luis Cláudio Montoro apud DIAS, op. cit., p. 67.

créditos às empresas em crise, ou seja, não haverá meios de financiamento e consequente soerguimento da empresa recuperanda.

Cumprido notar, que não se deve criar obstáculos desestimulantes para os bancos e demais interessados em financiar empresas em crise, seja porque há a necessidade das empresas em novos recursos seja porque os obstáculos reforçam a inclinação dos credores à falência e contribuem para a distorção das informações acerca da viabilidade da empresa que são passadas aos demais interessados e ao mercado⁶⁹.

A aplicação das travas bancárias no processo recuperacional é imprescindível à concessão satisfatória de garantia ao adimplemento das obrigações contraídas pela sociedade em crise, ante os fomentadores e financiadores da atividade empresarial no País. Este posicionamento, é coroado, pelo fato de que somente com uma melhor e mais eficaz garantia de satisfação de seus créditos, por consequência, poder-se-ia ter a diminuição do spread bancário, em função da diminuição dos riscos inerentes às atividades de financiamento e concessão de créditos promovidos pelas instituições financeiras no Brasil⁷⁰.

Assim, os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing, etc) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função do contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação de um ambiente propício do desenvolvimento econômico⁷¹.

Analisando conjuntamente os posicionamentos favoráveis e contrários à flexibilização das travas bancárias nos processos de recuperação judicial, apresentados no panorama jurisprudencial, ressalta-se a extrema importância de se delinear, por parte dos aplicadores e estudiosos da lei falimentar, uma maneira razoavelmente plausível e justa quanto à aplicabilidade das travas bancárias com vistas a encontrar o ponto de equilíbrio legal e

⁶⁹ KIRSCHBAUM, Deborah apud DIAS, op. cit.

⁷⁰ MENDES, op. cit., p. 83/84.

⁷¹ COELHO, 2005, p. 131.

econômico-financeiro a fim de resguardar a operacionalidade da sociedade empresarial em crise, em prol da sua continuidade para a consecução da função social para a qual foi criada⁷².

Este trabalho adota uma posição desfavorável à exclusão da cessão fiduciária dos efeitos do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 49, §3º da LRF. É mister que empresas em crise tenham a possibilidade de conseguir empréstimos para manter sua atividade e consequentemente adimplir com todas as suas obrigações, quais sejam a sua natureza.

Neste diapasão, tem-se que as travas bancárias servem de garantia para as instituições financeiras, que hoje, representam a principal fonte de crédito para empresas que não possuem saúde financeira e enfrentam severa crise. A possibilidade de contar com vultuosos montantes é essencial para que se consiga sanar problemas emergenciais que dão nova sobrevida a empresa recuperanda e imprescindíveis ao exercício da atividade mercantil.

No entanto, tem-se que o privilégio descabido oferecido aos bancos viola os princípios norteadores da Lei de Recuperação e Falência.

Conforme já mencionado no início deste capítulo a LRF fora editada com base nos princípios da função social e preservação da empresa. É salientar mencionar que a empresa é fonte geradora de empregos, de recolhimento de tributos e de ativação da economia, ou seja, desempenha papel preponderante da balança de pagamentos do país. Age por meio do incremento das exportações de bens e de serviços, mecanismos estes que contribuem para com a internacionalização de moedas estrangeiras, indispensáveis para se promover a amortização e liquidação de serviços e de dívidas externas.

O artigo 47 da LRF em consonância com o mencionado anteriormente dispõe que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação da 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.

⁷² NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. “**Trava bancária**” em recuperação judicial – efetividade ou flexibilização da garantia das instituições financeiras na contemporaneidade? Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a3c31f4aad8845d>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Ora, retirar créditos futuros das empresas recuperandas e impor privilégios desnecessários as instituições bancárias acaba por violar profundamente os objetivos impostos pelo artigo 47 da LRF e os princípios norteadores da lei, afetando diretamente a operacionalidade financeira do ente empresarial.

Incluir os créditos cedidos fiduciariamente nas exceções do artigo 48, §3º da LRF impede que a sociedade empresária de auferir receitas financeiras previsíveis e essenciais à manutenção e operacionalização de sua atividade, sem olvidarmos do necessário e indispensável comprometimento de seu fluxo de caixa, que acarretará, por consequência, empecilhos ao pagamento de suas despesas operacionais correntes⁷³.

É surpreendente a posição adotada majoritariamente pelos tribunais pátrios ao aceitar a aplicação das travas bancárias nos processos de recuperação judicial. Conforme estudado e analisado por este trabalho os tribunais brasileiros possuem posição clara ao excluir dos efeitos do plano recuperacional os créditos cedidos fiduciariamente dando, por consequência, demasiada preferência às instituições bancárias na perseguição de seu crédito e prejudicando o soerguimento das empresas em crise.

Pelo fato de o artigo 49, §3º da LRF dispor acerca das exceções ao efeito do plano de recuperação judicial o texto da lei deve ser interpretado restritivamente e não de maneira extensiva como tem feito parte da doutrina.

O referido artigo é cristalino ao dispor que estão excluídos dos efeitos a “cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de créditos” e não a “cessão fiduciária de direitos creditórios”. Assim, a cessão fiduciária de direitos creditórios deve estar incluída no rol de garantias que suportam os efeitos da recuperação judicial porque o §3º aponta como exceção o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis. Apesar de os títulos de crédito, em gênero, poderem ser enquadrados na categoria dos bens móveis, o certo é que o legislador, que não se vale de palavras vãs, contemplou a posição de proprietário, que não traduz, portanto, a existência de um direito real sobre a coisa. Ora, na cessão fiduciária de direitos creditórios, a posição do credor é a de titular de um direito pessoal e não real. Assim, com a regra do §3º de exceção, deve ser interpretada de forma restrita⁷⁴.

⁷³ MENDES, op. cit., loc. cit..

⁷⁴ CAMPINHO, op. cit., loc. cit.

CONCLUSÃO

O presente trabalho possuía como escopo a análise acerca do instituto da cessão fiduciária de créditos, o tratamento dispendido pela Lei de Recuperação e Falência e os efeitos decorrentes da sua inclusão ou exclusão do plano de recuperação judicial.

Muito embora parte majoritária da doutrina brasileira se alinhe favoravelmente a exclusão da cessão fiduciária de direitos creditórios do plano de recuperação e falência, nos posicionamos em sentido contrário.

Conforme mencionado no decorrer deste trabalho, o artigo 49, §3º da LRF faz menção às exceções aos efeitos do plano de recuperação da empresa, assim, defendemos que o seu texto legal deve ser interpretado de maneira restritiva, na medida em que dispõe de maneira clara que estarão excluídos a “cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de créditos” e não a “cessão fiduciária de direitos creditórios”.

A ciência da hermenêutica impõe que as exceções não devem ser presumidas e sim previstas no texto da lei, ou seja, a regra pela qual tais normas só admitem a interpretação restritiva, isto é, aquela que retira do conteúdo da norma o mais estreito significado possível, quer quanto ao âmbito da incidência da norma, quer quanto à extensão de seus efeitos.

Uma exceção pode ser evidente, embora esteja implícita num texto que não a menciona literalmente. As regras excepcionais devem ser interpretadas de forma restrita, para abrangerem somente os casos nelas literalmente contemplados, e produzir somente as consequências expressamente indicada.

O artigo 49, §3º da LRF faz menção apenas aos credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis e não ao credor cessionário de créditos. Ocorre que, a posição de proprietário fiduciário é unicamente decorrente da alienação fiduciária e se perfaz somente em relação a coisa e não sobre créditos ou direitos, sendo portanto impossível incluir a cessão fiduciária no disposto no aludido dispositivo. A nosso entender, a Lei de Mercados de Capitais corrobora a distinção entre a cessão fiduciária e alienação

fiduciária. Deste modo, mostra-se equivocado impor a inclusão de um instituto no descritivo de outro, como pretende parte da doutrina ao dispor que o termo “proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis” abarque a cessão fiduciária de direitos creditórios/créditos. Deste modo, diante da diferenciação feita pela Lei de Mercado de Capitais entre os dois institutos, deveria o legislador se valer das duas expressões no art. 49, §3º da LRF, vez que, a nossa ver, não se pode interpretar exceções de maneira extensiva ou por analogia.

Assim, como não houve uma extensão dos conceitos dos institutos dispostos nas exceções do artigo 49, §º não nos parece razoável estender a interpretação do referido dispositivo e atribuir as vantagens impostas por ela a demais institutos.

Destaca-se que ao impor uma interpretação abrangente ao dispositivo fere-se os princípios basilares da LRF além de diminuir qualquer possibilidade de sucesso do plano de recuperação elabora com o viés de soerguimento da empresa. Se grande parte dos créditos futuros que serão recebidos pelas empresas recuperandas tiveram como destino os bancos, não há o que se falar em possibilidade de recuperação da empresa vez que a probabilidade de não existirem fundos para o pagamento dos credores se torna elevada.

Ou seja, ao se transferir automaticamente os créditos futuros da empresa recuperanda para as instituições financeira um cenário nada otimista para a continuidade da empresa estaria instaurado. Como consequência, a empresa poderá encerrar suas atividades desencadeando uma cadeia de acontecimentos, quais sejam, demissões em massa, não pagamento de salários e fornecedores que, em muitas vezes podem ter um elevado grau de dependência com as empresas, além de prejudicar a economia de uma cidade ou região.

Nota-se que a Lei de Recuperação e Falência de Empresas fora editada com propósito principal de recuperar empresas que estejam em crise mais apresentam um cenário de possibilidade de soerguimento e continuidade de suas atividades comerciais. A tentativa está relacionada ao valor social da empresa que deve ser respeitado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego.

Sanear a crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária, pressuposto extrajurídico, matéria de fato, que varia de caso para caso, significa equacionar o evento que gera dificuldades para a manutenção da atividade tal como originalmente organizada

a fim de preservar os negócios sociais, a manutenção dos empregos e, igualmente, satisfazer os direitos e interesses dos credores.

No que pese as violações aos princípios e a própria viabilidade de a empresa recuperanda sair da crise, entendemos como acertada as recentes decisões de nossos tribunais que relativizam a aplicação das travas bancárias e, em alguns casos, a excluírem da recuperação judicial.

Neste sentido, destaca-se o posicionamento do tribunal paulista, que vem relativizando em algumas decisões a aplicação das travas bancárias em prol da preservação da sociedade empresária em fase de recuperação judicial, liberando por muitas vezes porcentagens do crédito cedido para o fluxo de caixa da empresa, como forma de proteger a sua função social. A inclusão do crédito das instituições financeiras no plano de recuperação judicial é a atitude mais correta e razoável para que se alcance os objetivos estampados no artigo 47 da LRF.

Ante todo o exposto, em razão de a Lei de Recuperação e Falência de Empresas ter como objetivo mister o soerguimento de empresas que passam por momentos de crise e que não conseguem adimplir com todos os seus compromissos perante os credores com base nos princípios da preservação da empresa e função social, vemos que a trava bancária é instrumento que reduz a efetividade do plano recuperacional por permitir que as instituições bancárias retirem os créditos futuros das empresas para reaver o crédito cedido, inviabilizando a empresa recuperando de possuir um fluxo de caixa capaz de atender todas as necessidades urgentes e imediatas da empresa, bem como impossibilitar que esta se enquadre no procedimento elaborado para a continuidade de sua atividade empresária. .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique; DE TOLEDO, Paulo F.C. Salles. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010. p. 148.

CEREZETTI, S. C. N. *A lei de recuperação de empresas e falências e o princípio da preservação da empresa: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial*. 380 f. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário: Alienação Fiduciária, Cessão de Crédito, Securitização, Decreto-Lei n. 911, de 1969, Lei n. 8.668, de 1993, Lei n. 9.514, de 1997, Lei n. 10.931, de 2004*. 3 ed., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101 de 9-2-2005)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. COELHO, Fábio Ulhoa. *A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direito creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente*. [s.d.]. Disponível em: <www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426120718.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários a nova Lei de Falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

DE LUCCA, Newton (coord). DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord). ANTONIO, Nilva M. Leonardo (coord). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.

_____ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e Falências*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. p. 236.

_____ DE LUCCA, Newton (coord). Simão Filho, Adalberto (coord). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência comentários artigo por artigo da Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIAS L. A. R. *Financiamento das empresas em crise*. 337 f. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 216.

GUIMARÃES, Márcio apud CÔRREA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KOHLER, Marco Antonio; PEREIRA DA FONSECA, Humberto Lucena. *A nova lei de falências e o instituto da recuperação judicial extrajudicial. Textos para discussão*. 22. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2005. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-22-a-nova-lei-de-falencias-e-o-instituto-da-recuperacao-extrajudicial>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. *As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em:

<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11601>. Acesso em jul 2015.

_____ MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. *As travas bancárias na recuperação judicial: validade, eficácia e limitações*. 100 f. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012.

MIRANDA, Ponte de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.

MUNHOZ, Eduardo Sacchi. *Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa*. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. “Trava bancária” em recuperação judicial – efetividade ou flexibilização da garantia das instituições financeiras na contemporaneidade? Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a3c31f4aad8845d>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária: direito e ações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. 2011. Disponível em: <<https://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

SOUZA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e Falências*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

TEIXEIRA, F. *Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante*. 202 f. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.