

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INCLUSÃO DE CRÉDITOS LASTREADOS
EM PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL, TENDO EM VISTA AS ALTERAÇÕES À LEI Nº 11.101/95 POR MEIO
DO PL 10220/2018**

Gabriel Vieira Carvalho Pereira

RIO DE JANEIRO

2019.1

Gabriel Vieira Carvalho Pereira

NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INCLUSÃO DE CRÉDITOS LASTREADOS EM
PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL,
TENDO EM VISTA AS ALTERAÇÕES À LEI Nº 11.101/95 POR MEIO DO PL
10220/2018

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio Da Hora.

RIO DE JANEIRO

2019.1

CIP - Catalogação na Publicação

P436n Pereira, Gabriel Vieira Carvalho
A NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INCLUSÃO DE CRÉDITOS
LASTREADOS EM PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS
NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, TENDO EM VISTA AS
ALTERAÇÕES À LEI N° 11.101/95 POR MEIO DO PL
10220/2018 / Gabriel Vieira Carvalho Pereira. --
Rio de Janeiro, 2019.
102 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio Da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Recuperação Judicial. 2. Falência. 3. Alienação
Fiduciária. I. Da Hora, Nilo César Martins Pompílio,
orient. II. Título.

Gabriel Vieira Carvalho Pereira

NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INCLUSÃO DE CRÉDITOS LASTREADOS EM
PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL,
TENDO EM VISTA AS ALTERAÇÕES À LEI N° 11.101/95 POR MEIO DO PL
10220/2018

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio Da Hora.

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2019.1

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os que participaram da minha formação de alguma forma, mas em especial aos meus avôs, Raimundo Deusdedith Neves Carvalho e Flávio Lucio Pereira, de quem eu recebi exemplo de extremada força e determinação. Dedico, ainda, aos meus pais, Mauricio Lucio Pereira e Sandra Rosane Vieira Carvalho, que sempre estiveram comigo em todos os momentos da minha vida até aqui, bem como às minhas avós Neide Lucio Pereira e Priscila de Moura Vieira Carvalho.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos e votos de extremada estima e referência ao meu avô, Raimundo Deusdedith Neves Carvalho, sem o qual a minha família não existiria da forma como eu conheço hoje. Devo muito ao meu falecido avô, sendo medida de justiça prestar todos os agradecimentos possíveis a este grande homem.

Aos meus pais, que fizeram imensos sacrifícios para que eu tivesse a oportunidade de conquistar os meus sonhos.

Aos meus tios e tias, que sempre participaram da minha vida acadêmica dando apoio e conferindo ânimo, com menção especial a Carlos Alexandre Vieira Carvalho, que me cedeu seu escritório para a redação do presente trabalho.

A Gilceley Silva, Rafael Acioli e Gabriel Guimarães Batista, por todo o suporte e dedicação. São grandes amigos.

A Deus por me ensinar a nunca desistir e a sempre ter fé em um novo amanhã.

A meu orientador Nilo César Pompílio Da Hora, por sua infinita paciência e colaboração, bem como por toda a confiança e por me estender a mão e estar ao meu lado em um momento tão conturbado e difícil da minha vida. Você foi mais do que um professor orientador, de forma que eu tenho o privilégio e orgulho de lhe chamar de amigo.

Não adianta dizer: 'Estamos fazendo o melhor que podemos'. Temos que conseguir o que quer que seja necessário.

Winston Churchill

ABSTRACT

This work, which concludes the course, deals with the institute of judicial recovery of companies, with regard to the non-subjection to the judicial recovery plan of those credits backed by fiduciary alienation in guarantee. This exclusion causes an imbalance in the mutual sacrifice of creditors with a view to the rise of the company, since financial institutions, naturally endowed with greater economic strength to support the stay period, are not submitted to it. Thus, it is possible to resolve the fiduciary business for credit satisfaction harming the recovery, a scenario that is prejudicial to both, the recovering company as well as the mass of creditors. In view of this, it was intended to insert the credits secured by fiduciary property, according to PL 8.252 / 2017, later covered by the PL 10220/2018 proposal, whose purpose is to carry out the reform of the current Judicial Recovery and Bankruptcy Law. However, the attempt to secure credit already guaranteed by fiduciary property did not achieve the expected success, since it was understood that such imposition would result in increasing interest rates and, therefore, would hamper credit access by the company in crisis.

Key Words: Judicial Recovery; Bankruptcy; Fiduciary Alienation; Credit Recovery

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso aborda o instituto da recuperação judicial de empresas, no que tange à não sujeição ao plano de recuperação judicial daqueles créditos lastreados em alienação fiduciária em garantia. Essa exclusão causa desequilíbrio no que se refere ao sacrifício mútuo dos credores com vistas ao soerguimento da empresa, uma vez que que as instituições financeiras, naturalmente dotadas de maior folego econômico para suportar o *stay period*, não estão sujeitas a ele. Assim, é facultada a resolução do negócio fiduciário para a satisfação do crédito em detrimento da recuperanda, cenário prejudicial tanto para a empresa em estado de recuperação, quanto para a massa de credores. Em atenção a isso, pretendeu-se inserir os créditos garantidos por propriedade fiduciária no período de suspensão do plano de recuperação judicial, conforme o PL 8.252/2017, posteriormente abarcado pela propositura do PL 10220/2018, cujo objetivo é realizar a reforma da atual Lei de Recuperação Judicial e Falências. Entretanto, a tentativa de sujeição dos créditos garantidos por propriedade fiduciária não logrou o êxito esperado, posto que se entendeu que tal imposição resultaria em aumento das taxas de juros e, portanto, dificultaria o acesso de crédito por parte da empresa em crise.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; Falência; Alienação Fiduciária em Garantia; Recuperação de Crédito; Garantias Reais; Propriedade Fiduciária

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS..	13
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL E NO MUNDO	15
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL	26
1.3 DIREITO ANTERIOR: O INSTITUTO DA CONCORDATA RECLAMADO PELO DERETO-LEI Nº 7.661/45.	33
1.3.1 Aspectos da Concordata Preventiva:	36
1.4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	38
1.4.1 Inovações e Aspectos Gerais da Lei nº11.101/2005	38
1.4.2 Conceito de Recuperação Judicial de Empresas.....	41
1.4.3 Natureza jurídica da recuperação judicial de empresas.....	44
1.4.4 Função social da empresa recuperanda	47
1.5 LEGITIMIDADE E REQUISITOS PARA A POSTULAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	50
1.6 CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL	54
1.6.1 Créditos Extraconcursais Em caso de decretação de falência	57
2 OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOB O ENFOQUE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, SEU SURGIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, CONCEITO, NATUREZA, EFEITOS JURÍDICOS E SUA NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	59
2.1 ESBOÇO HISTÓRICO E INTRODUÇÃO DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA.	60
2.2 REFERÊNCIA HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO COM FOCO NOS BENS IMÓVEIS	63
2.3 CONCEITO, ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	66
2.3.1 Requisitos	74
2.4 CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.	77
2.5 A MORA DO DEVEDOR FIDUCIANTE E SEUS EFEITOS	82
2.6 A VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	84
2.7 CRÉDITOS LASTREADOS EM PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	85
3 DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 49, §3º, DA LRF NO SENTIDO DE SUBMETTER OS CRÉDITOS LASTREADOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AO PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES PELO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	89
4 CONCLUSÃO.....	99
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cabe fazer uma breve contextualização do tema, abordando o advento da Lei nº11.101/05, também conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências. O referido diploma trouxe inovações na legislação falimentar anterior, de modo a instituir ferramentas com o intuito de possibilitar a recuperação das empresas que se encontrem em momento de crise financeira.

Dessa maneira, tendo em vista que a recuperação judicial objetiva que a empresa retome seu regular funcionamento, é que se pode afirmar que o instituto está intrinsecamente ligado ao princípio da função social da empresa, uma vez que esta exerce papel imprescindível para a sociedade, advindo dos desdobramentos de sua atividade econômica.

Ao buscar evitar o estado de insolvência do devedor e, portanto, como uma última alternativa, sanear as dívidas da empresa, a recuperação judicial engloba diversas formas de satisfação de créditos, em ordem definida de direitos de credores, bem como a determinação da concursabilidade ou não de diferentes tipos de ativos e bens de que o empresário ou sociedade empresária disponha.

Apesar de criada para que haja colaboração entre todos os credores, a fim de que seja superada a crise econômica enfrentada pela empresa, existem credores que permanecem excluídos da renegociação coletiva, tal qual o fisco e, como cerne do presente projeto de pesquisa, os detentores de créditos e bens sob garantia fiduciária.

Uma vez que não estejam submetidos ao plano de recuperação judicial, conforme atual redação do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, tais credores podem retomar os bens que lhe foram conferidos como garantia, sob a discussão de sua essencialidade para a empresa, durante o período de suspensão das ações.

Em que pese estar de acordo com a natureza jurídica da propriedade fiduciária, a inteligência do dispositivo em questão provoca diversos desdobramentos dentro da recuperação judicial, tendo em vista seu caráter de supergarantia, de modo que o credor fiduciário se encontra em posição extremamente privilegiada em relação aos titulares de outras garantias, sendo a sua inatingível pelo plano de recuperação. Ademais, crédito fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial e a lei garante a manutenção das condições contratuais.

Nessa toada, há um crescente movimento visando alterações na Lei 11.105/05, com o intuito de incluir no concurso de credores créditos que hoje são excluídos da recuperação,

inclusive os créditos fiscais, por meio PL n° 8.252/2017 c/c PL n° 8.238/2017, bem como por meio do PL 10222/2018.

Merece destaque que o presente trabalho de conclusão de curso aborda o desenvolvimento histórico do direito falimentar, com a finalidade de demonstrar como o Direito ultrapassou a responsabilização corpórea do devedor a ponto de chegar em um sistema de responsabilização patrimonial complexo e Seguro, bem como mais humano e civilizado.

Com a evolução desse ramo do direito, que tangenciou o desenvolvimento histórico do comércio de uma forma geral, precebe-se uma mudança de paradigma. Isso porque a ultrapassada intenção de punir o devedor veio a ser substituída por um esforço conjunto entre credor e devedor para que este possa se reerguer e honrar com as suas dívidas.

Tendo em vista o posicionamento metodológico abordado, traçando as fases de evolução do direito recuperacional, traçou-se um paralelo em relação ao antigo instituto da concordata que, ultrapassado e sujeito à fraudes, cedeu lugar à recuperação judicial de empresas.

Ressalte-se, também, que a atividade empresarial pressupõe a obtenção de crédito, de modo que as garantias oferecidas são dotadas de extremada importância e protagonismo nessa relação. Por isso, a presente monografia também aborda o surgimento do instituto da alienação fiduciária em garantia no Brasil.

Por efeito de delimitação do tema, o presente trabalho de conclusão de curso abordará a questão com foco na propriedade fiduciária de bens imóveis, que passou a ser regulamentada pela Lei n° 9.514/1997.

A proposta de inclusão dos referidos créditos ao período de suspensão, por meio dos projetos de lei supramencionados, se mostra extremamente salutar para o soerguimento da empresa em crise. Entretanto, ao tangenciar o interesse de grandes instituições financeiras, que alertam para o risco do aumento do *spread bancário*, o PL 10222/2018, ao tentar conciliar os interesses acabou por manter o sistema adotado da maneira original, tendo em vista que pretende incluir a supressão de garantias fiduciárias como forma de recuperação judicial (art. 50, § 1º), mas condiciona tal modalidade à anuência expressa do credor fiduciário

1 FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

O instituto da recuperação judicial de empresas é advento das inovações trazidas no bojo da Lei nº 11.101/05 (doravante denominada LRF), em relação à legislação falimentar anterior, regulamentada pelo Decreto-lei nº 7.661/45, também conhecido como Lei de Falências e Concordatas. Trata-se, em outras palavras, de instituto advindo de desenvolvimento e inovação legislativa acerca do direito falimentar anteriormente vigente no país.

A legislação vigente, por meio do instituto da recuperação judicial de empresas, essência da monografia em tela, possibilita a reorganização da empresa em crise. Engana-se quem entende que o benefício se estende apenas aos titulares da empresa ou ao empresário em crise, tendo em vista que o instituto visa o esforço coletivo para a satisfação dos créditos e manutenção da atividade da recuperanda, o que certamente apresenta benefícios para a sociedade como um todo.

Trata-se, nas palavras do professor Fábio Ulhoa Coelho, de faculdade disponibilizada pela Lei nº 11.101/05 ao devedor empresário ou sociedade empresária, por meio da qual se faz possível a reorganização da atividade econômica, com maior ou menor grau de sacrifício dos credores, de acordo com o plano de recuperação aprovado ou homologado judicialmente.¹

Merece destaque a extrema flexibilidade do direito concursal, uma vez que vem sofrendo alterações substanciais que este ramo do direito ao longo dos séculos, haja vista a intrínseca relação que guarda com as atividades comerciais, em épocas passadas identificada pelo exercício da mercancia e hoje em dia denominada como empresa, exercidas pelos diferentes agentes econômicos que, de forma natural, vieram a compor a organização social vigente e as normas de Direito atuais.

Dessa forma, compreensão integral do instituto em tela exige análise internacional da evolução histórica do direito falimentar. Isso porque este ramo do Direito regula, nos dias de hoje, as formas de satisfazer, ao menos em parte, as obrigações inadimplidas pelo devedor empresário ou sociedade empresária, seja por meio da recuperação judicial ou extrajudicial da empresa ou, em casos mais severos, de sua decretação de falência e posterior liquidação da massa falida.

Nessa toada, a legislação falimentar pátria tem como princípio basilar a preservação da empresa e dos interesses que em torno dela gravitam. Cabe destacar, a observação de Paulo

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial** 17.ed. rev. atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006, p 5.

Penalva Santos, que ensina que fases anteriores conduziram o direito brasileiro até a legislação falimentar então vigente, a qual foi substancialmente alterada pela LRF.² O autor, ainda, ressalta que “[...] a evolução histórica foi muito intensa, com marchas e contramarchas, especialmente no que diz respeito aos institutos do direito falimentar.”

Olhar técnico sobre o tema importa ressaltar que o instituto da recuperação judicial de empresas é, mesmo que tratado com destaque e independência pela legislação pátria, resultado do desenvolvimento e sofisticação do direito falimentar, o que justifica o estudo de seu surgimento e evolução ao longo do tempo nas diferentes sociedades, bem como a compreensão de suas fases para, enfim, chegar-se aos institutos e princípios atuais.

A abordagem do contexto histórico se inicia com base no conceito de insolvência na antiguidade, passando pela compreensão da questão no Direito Romano, bem como a evolução no período medieval e, por fim, nos tempos modernos.

O instituto da concordata, regulamentado pelo Decreto-Lei 7661/45, também será pauta de estudo, tendo em vista ter sofrido os desgastes que resultaram na elaboração da Lei nº 11.101/05. Trata-se de ponto relevante, uma vez que, conforme Rubens Requião, “[...] Percebeu-se na Lei de Falências o diploma que mais rapidamente se desgasta em confronto com a realidade dos fatos [...]”.

Dessa maneira, a contextualização do momento em que foi elaborada a LRF, que tramitou durante 11 anos sob a forma de projeto de lei, importa sobremaneira para a compreensão dos fundamentos e princípios da legislação falimentar vigente.

Neste capítulo, após a contextualização geral do direito concursal, serão apontados conceitos e fundamentos relevantes para ao instituto da recuperação judicial de empresas seja para a fundamentação, incidência ou aplicabilidade deste. São conceitos como a teoria da empresa, trazida pelo Código Civil de 2002, a função social da empresa, o estado de crise da empresa, dentre outros que emprestam maior complexidade e responsabilidade ao instituto sob as luzes da presente monografia, uma vez que o soerguimento da recuperanda é matéria cara à toda a coletividade e que causa impacto direto na economia nacional.

No que tange estritamente à recuperação judicial de empresas, o presente capítulo tratará da conceituação e da natureza jurídica do instituto, bem como da função social da empresa recuperanda, da legitimidade de postulação da recuperação judicial e seus requisitos, na forma dos artigos 47 e 48 da LRF, bem como dos créditos sujeitos aos efeitos do instituto

² SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática I**. Rio de Janeiro: Forense, 2012 (p. 05)

sob estudo e, também, dos créditos extraconcursais, a exemplo daqueles que se encontram lastreados em alienação fiduciária em garantia.

Dessa maneira, o capítulo em tela pretende trazer para discussão os argumentos e fundamentos jurídicos que lastreiam a recuperação judicial de empresas com vistas a ressaltar a importância da adoção do princípio da manutenção da empresa recuperanda, fundamentado na sua função social, enfrentando como limite a viabilidade da empresa em crise.

Diante do exposto, o presente capítulo tem como finalidade a apresentação do instituto cerne do presente trabalho de pesquisa, por meio da abordagem cronológica dos principais institutos e características do direito falimentar e dos ramos que o tangenciam, além de apresentar a trajetória sensivelmente adaptável desse ramo do Direito para a sua melhor adequação à realidade da atividade, nos dias de hoje a empresarial, que regulamenta.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL E NO MUNDO

A trajetória evolutiva do direito concursal foi extremamente longa, eis que o adimplemento obrigacional sempre foi questão muito cara aos comerciantes. Assim, tratando-se de fase preliminar de estudo e, portanto, introdutória, cabe atenção etimológica acerca do vocábulo *falência*, que guarda relação intrínseca com o verbo *falir*, oriundo do verbo *fallere*, de origem latina e que significa faltar, enganar.³

O verbo *falir* e seus derivados receberam, no final do século passado, predileção da doutrina em referência ao vocábulo *quebra*, utilizado amplamente durante bastante tempo, inclusive pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, e pela legislação portuguesa, como se depreende das Ordenações Manuelinas de 1521, bem como do Alvará de 1756 baixado pelo Marquês de Pombal.

A expressão *quebra*, no inglês *bankruptcy*, tem, segundo historiadores do Direito, origem na palavra italiana *rotto* que significa quebrado, despedaçado. A aplicação prática do termo se justifica pelo costume adotado nas cidades italianas medievais dos credores quebrarem os balcões onde o devedor insolvente desenvolvia a sua atividade, de modo que o estado econômico de insolvência passou a ser determinado de *bancarrota*.⁴

³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar** 17. ed.atual São Paulo, Saraiva, 1998, p 3

⁴ Idem. p.4

Merece destaque o perecimento da expressão *bancarrota* no Direito brasileiro, fazendo-se a ressalva de que no Direito estrangeiro, a exemplo do francês (“*banquetoute*”) e do italiano, o termo subsiste, fazendo referência específica à falência fraudulenta.

Outro ponto relevante a ser tratado antes da evolução histórica em si é a conceituação da falência nos tempos modernos que, segundo Rubens Requião, pode receber o enfoque de direito material ou substancial e, também, de direito formal ou processual, de forma que esta corrente enfaticamente dá tratativa de procedimento, ao passo que a primeira dá enfoque de direito substancial, relegando o procedimento a segundo plano.

Comercialista de tradição, o professor Rubens Requião, entende a falência como direito material e, portanto, a define a *falência* como “[...] a solução judicial da situação jurídica do devedor comerciante que não paga no vencimento da obrigação líquida”.⁵

Em contraponto, o jurista José da Silva Pacheco, falencista defensor da corrente processualista, conceitua da seguinte maneira: “A falência é o processo através do qual se apreende o patrimônio do executado, para extrair-lhe valor com que atender à execução coletiva universal, a que concorrem todos os credores”.⁶

A trajetória evolutiva, como citada anteriormente, foi longa, haja vista ter se mostrado intensa e inconstante, por meio de um percurso que se mostrou carregado de marchas e contramarchas no que diz respeito ao direito falimentar, principalmente na forma de se enxergar o devedor e as formas de satisfazer o crédito em aberto.

Nesse ínterim, é de suma importância o estudo da *insolvência*, uma vez que esta se mostra como a essência, o imbróglio a que o direito falimentar se propõe solucionar e regulamentar. É, portanto, a razão de existir do direito concursal, o que a torna merecimento de destaque e atenção.

Fábio Ulhoa Coelho trata a insolvência como crise patrimonial da empresa, de forma que a define da seguinte maneira: “[...] a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo”.⁷ O autor ainda explica que a sociedade empresária tendo menos bens do que a monta de suas dívidas apresenta grandes riscos aos credores, o que torna a situação alarmante.

Rubens Requião trata o tema de forma mais direta, ao passo que define a *insolvência* como “o fenômeno econômico ruinoso do devedor que não pode pagar [...]”.

⁵ REQUIÃO, Rubens. Op cit. p. 06

⁶ Ibid p. 06

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9.ed – São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 57

O que se depreende dos ensinamentos dos juristas citados é que a insolvência hoje é uma questão estritamente patrimonial. Mesmo que haja a previsão de crimes falimentares, pode-se afirmar que o devedor só responde à dívida na extensão do seu patrimônio.

Entretanto, ao longo da história não acontecia dessa forma. Na antiguidade o credor tinha facultado o direito de executar o devedor, devendo este ser citado em juízo a pagar a dívida, sob pena de penhora de seus bens até a satisfação integral do crédito.

A execução patrimonial não era humanamente sofisticada, tendo em vista que o credor tinha, por regra, a faculdade de coagir o devedor fisicamente e, pior de tudo, de maneira particular, isto é, à margem de prestação jurisdicional do Estado. Tal fato possibilitava a escravização, aprisionamento e morte do devedor.

A concepção antiga, portanto, pregava que o corpo do devedor responderia pelo pagamento de suas dívidas. Grandes civilizações foram exemplo da adoção desta maneira de tratar a execução, como os indianos, egípcios, gregos e judeus que, guardadas as devidas diferenças de procedimento, adotavam lógica similar.

Como o marco histórico para o direito brasileiro encontra-se em Roma, importa ressaltar que o conhecimento das execuções no direito grego se mostra de grande relevância, dada a sua influência sobre a Lei das XII Tábuas. A regra na civilização helênica resultava na servidão pessoal do devedor ao credor por conta da ausência de pagamento.

O incipiente direito romano deu seguimento ao princípio de que o corpo do devedor respondia por suas dívidas, beirando à barbárie por facultar ao credor o direito de sujeitar o devedor inadimplente, sem a exigência de intervenção Estatal. Isso porque o direito falimentar nessa época tinha como finalidade exclusiva atender aos interesses do credor, tendo como foco a punição daquele que violasse esse direito. Portanto, as normas primitivas refletiam extremada crueldade.

Um bom exemplo disso é a *legis actio per manus injectionem*, por meio da qual confessada a dívida perante o magistrado ou julgada a ação, abria-se prazo de 30 dias para a efetuação do pagamento e, em caso de o devedor não honrar a dívida nesse período de tempo, deveria ser novamente conduzido a presença do magistrado e, em caso de inexistência de terceiros para saldar sua dívida (*vindex*), este seria adjudicado à pessoa do credor pelo período de sessenta dias.

Se o inadimplemento da dívida continuasse após esse período, o devedor poderia ser condenado a morte ou vendido como estrangeiro. Em que pese a inexistência de precedentes,

cumprir ressaltar que a Lei das XII Tábuas fazia previsão ao esquiteamento do corpo do devedor de forma proporcional à quantidade de credores.

Cabe ressaltar que direito romano prestou sua maior contribuição ao direito moderno por meio da Lei das XII Tábuas, quando realizou a diferenciação entre execução singular e coletiva, haja vista que esta última foi gradualmente aperfeiçoada, amenizando a crueldade das normas mais primitivas na mesma proporção em que se tornava ponto de partida para as instituições que se conhece hoje.⁸

Nessa toada, houve o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 ou 441 a.C.,⁹ que representou considerável avanço na legislação romana, uma vez que pôs fim à *manus injectio*. A legislação romana passou a admitir que a execução da dívida recaísse sobre o patrimônio do devedor, por meio de sentença prévia para a execução de medidas expropriatórias¹⁰. Houve, portanto, maior limitação do caráter privado do processo e aumento da ingerência do magistrado. Rubens Requião chega a afirmar que as novas regras proscureveram a execução extrajudicial.¹¹

O passo seguinte, no qual já se enxerga a silhueta do modelo atual, foi a criação de um sistema que possibilitava a alienação dos bens do devedor a uma pessoa que, para efeito jurídico, era tratada como seu sucessor ou herdeiro, sob a condição de realizar o pagamento dos credores, inclusive por meio de rateio percentual para a satisfação de créditos, o denominado *bonorum venditio*.¹² Ao final, se a alienação dos bens do devedor não fosse suficiente para cobrir todos os créditos, aquele era marcado com nota de infâmia e enfrentava uma condição de morte civil.

É interessante ressaltar como a evolução do Direito acontece permeada pela realidade das sociedades, tendo em vista que o sistema da *bonorum venditio* possibilitava muitas fraudes, abriu-se espaço para a evolução, representada pela *missio in bona*, procedimento preliminar que ocorria sob a supervisão do pretor. O credor poderia imitar-se na posse do patrimônio do devedor, mas somente mediante peticionamento prévio ao pretor. A decisão, no entanto, dependia da confissão da dívida, da fuga ou da ausência do devedor.

⁸ REQUIÃO, Rubens. op.cit. p 08

⁹ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t.1, p.15 – RUBENS REQUIÃO aponta que há divergência quanto ao ano de edição da lei, lançando dúvida entre os anos 441 a.C. e 428 a.C. REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.08.

¹⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.49.

¹¹ REQUIÃO, op. cit. p.08

¹² Ibid p.08.

Nesse momento, o procedimento já demonstrava certa sofisticação, tendo em vista que a venda dos bens era subordinada a processo sob vigilância do Estado. A *cessio in bona* era, nas palavras de Rubens Requião, “procedimento preliminar, objetivando a venda dos bens do devedor, tornada pela lei a garantia dos credores”.¹³

Desse mecanismo primitivo desenvolvido no direito romano que surge o instituto da falência. Em resumo, o que ocorria à época era que, constatada a fuga ou o banimento do devedor, este era desapossado de seus bens por meio do instituto da *missio in bona*. Assim, os bens permaneciam sob controle dos credores que deviam zelar por eles até o decreto que permitisse a alienação, sendo esta a *bonorum venditio*. Antes da *venditio* em si os credores eram obrigados a realizar o *libeli*, que à época era a publicização da arrecadação por meio de espécie de edital.

Adotadas as providências cabíveis e decorrido o prazo de 30 ou 15 dias, a depender de estar vivo ou morto o devedor, os credores eram convocados pelo pretor a eleger um *magister* (que seria atualmente o síndico da massa falida), que deveria tomar todas as medidas necessárias para o êxito da *bonorum venditio*

Tudo era submetido à aprovação de assembleia de credores e posteriormente publicado. Tal riqueza de detalhes se mostra importante para ilustrar a proximidade com os institutos atuais, haja vista que era constituído, inclusive, quadro de ativos e passivos do devedor, a indicação de bens e dos créditos, dos privilégios e a porcentagem que o adquirente deveria pagar a cada um dos credores, tudo por meio da *lex venditiones*.¹⁴

Havia, entretanto, a possibilidade de a venda dos bens do devedor quantificar monta insuficiente para o pagamento da integralidade dos créditos. A solução para esse tipo de situação se dava por meio da nota de infâmia vinculada ao nome do devedor e, conseqüentemente, de sua família.

Até o presente momento, o devedor era visto como um fraudador, de forma que se pressupunha a sua má-fé. Não se vislumbrava ainda a possibilidade de infortúnio financeiro, de modo que a única explicação aceitável para o inadimplemento até então era a má-fé.

O direito romano apresenta novo aperfeiçoamento, por meio da *Lex Julia*, que regulamentou a *bonorum cessio*, procedimento destinado ao devedor infeliz, cuja impossibilidade de pagar as dívidas advinha do infortúnio em seus negócios. Há aqui, pela

¹³ REQUIÃO, Rubens.op. cit. p.09

¹⁴ Ibid p.09

primeira vez, a divisão entre devedor de má-fé e devedor de boa-fé, o que se trata de uma mudança de paradigma em relação à ideologia que fundamentava o direito à época.

Surgiu, então, a possibilidade de afastamento da nódoa de infâmia, tendo em vista que o devedor confessava a dívida e via seus bens transferidos para os credores com o intuito de saldá-la, demonstrando, portanto, que não agira de má fé.

Nesse momento, há uma ruptura evolutiva um pouco mais significativa, tendo em vista que se distancia da visão meramente punitiva do instituto, abrindo espaço para o apaziguamento da questão e solução mais elaborada, por se objetivar a satisfação alternativa da obrigação contraída.

A queda do Império Romano, no ano de 476 d.C., ocasionou grave colapso em referência ao incipiente capitalismo mercantil que se desenvolvia em Roma. Com início da fase feudal, gerado pela invasão dos bárbaros e consequente fracionamento do território imperial, passa a vigorar o direito territorial, surgido como uma mescla do direito canônico e do direito romano.

Segundo ensinamento do professor Fábio Ulhoa Coelho, alguns povos da antiguidade destacaram-se intensificando as trocas, o que estimulou a produção de bens destinados especificamente à venda. Como assinala o autor, é neste ponto em que se tem atividade com fins estritamente econômicos que nasce o *comércio*. Entretanto, na Idade Média, o comércio se encontra com proporção extremamente acentuada, isto é, já havia deixado de ser atividade característica só de algumas culturas ou povos, mas difundiu-se por todo o mundo civilizado.¹⁵

Nessa toada, em meio Renascimento Comercial ocorrido na Europa aliado a um ambiente jurídico marcadamente avesso ao desenvolvimento mercantil, os comerciantes foram imbuídos por forte movimento de união o que deu início as organizações de classe, denominadas de corporações de ofício, isto é, reuniões de comerciantes e artesãos em entidades burguesas que detinham autonomia de funcionamento em face do poder real e dos senhores feudais.

Tais corporações, dotadas de abundantes recursos e grande organização, conquistaram autonomia organizacional sobre alguns centros comerciais, a exemplo das pujantes cidades italianas de Veneza, Gênova e Florença.

Nestas associações de comerciantes, também denominadas, na região dos Flandres, de Ligas Hanseáticas é que teve início o direito comercial, sob forma de um direito castense, uma

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa op.cit p. 6.

vez que surgiam normas internas para disciplinar as relações entre os filiados, baseando-se em costumes, assentamentos jurisprudenciais e, principalmente, nos estatutos de cada corporação.

Cumprido, ainda, destacar que tal formação tinha como intuito o distanciamento do direito canônico, haja vista que este era incompatível com as práticas de comércio, pois a riqueza se opunha ao modelo religioso e práticas como empréstimos e cobrança de juros eram qualificadas como usura.

Os estatutos foram, portanto, os primeiros documentos do direito comercial, que surgiu como um Direito de castas, tendo em vista que os costumes de cada praça ou corporação tinham especial importância na sua aplicação e sujeitavam parcela da população a normas que não estavam sob comando da poderosa Igreja Católica.

O complexo de normas jurídicas estabelecido pelos estatutos compunha o “direito dos comerciantes”, que eram julgados, inclusive, por tribunal próprio tendo em vista que o comerciante era identificado pelo vínculo que mantinha com a corporação através da sua matrícula, notando-se aqui o traço subjetivista desse direito.

O sucesso dos juízes consulares e o poder econômico e político das corporações de ofício promoveram a atração para a sua competência de julgamento de casos provenientes da relação de comerciantes com não comerciantes. Isso porque o direito outorgado pelo Estado mostrava-se precário e tendencioso em face das questões políticas e sociais da época, de forma que, aos poucos, a competência dos cônsules foi sendo ampliada.

O que se desprende até esse ponto é que o sistema embrionário de direito comercial criado pelas corporações era baseado nos princípios da boa-fé e da confiança, de modo que o não cumprimento das obrigações contraídas, levava o comerciante ao status de devedor, o que era visto como uma afronta direta aos princípios da época.

Nesse contexto, o ambiente de viva atividade mercantil e com o predomínio, principalmente nas cidades italianas, do direito comercial é que se delineia o principiante direito falimentar, com a adoção do *concursum creditorium* romano.¹⁶

Esse momento do direito falimentar tem como traço característico a repressão penal. Cabe, ainda, ressaltar que o falido era alvo de todos os tipos de vexames, persistindo aqui a nota de infâmia romana, de forma a configurar o falido como réprobo social.

Pelo alargamento da competência jurídica dos cônsules, não havia distinção entre o devedor comerciante e o não comerciante, de modo que ambos se sujeitavam às regras do direito falimentar.

¹⁶ REQUIÃO, op.cit p. 10

Nessa toada, alguns historiadores entendem que houve certo retrocesso, ao menos no início da Idade Média, em face ao direito romano, tendo em vista que o foco tornou a ser a repressão dos abusos cometidos por devedores desonestos, que recebiam o mesmo tratamento dos delinquentes comuns.

Na Itália, era facultado ao credor realizar a quebra dos bancos ou balcones nos quais o devedor desenvolvia a sua atividade. Tal prática se mostra ineficaz para a satisfação de crédito, mas demonstra a forma como o devedor era visto pela sociedade. Alguns autores defendem que tal prática exemplificava espécie de vingança privada, o que justificaria o retrocesso em face às instituições romanas.

Com o desenvolvimento das atividades e maior elaboração do comércio, todavia, os credores perceberam que tal prática não se mostrava eficaz, de modo que passaram a não destruir o estabelecimento para permitir posterior venda e distribuição de tal produto aos credores.

Diante da grande carga repressiva, havia a preocupação com possíveis evasões dos devedores para não cumprir a pena, de forma que a falência poderia ocorrer por três motivos, quais sejam: a fuga do devedor, requerimento dos credores e a pedido do próprio devedor.

Nos casos de fuga, a execução da sentença do devedor fugido ou evadido poderia ocorrer, por meio da *missiones in possessionem*, de duas maneiras sucessivas que atenderia a forma de dois decretos. O *primo decreto* concedia a *missio in bona*, por meio do qual os credores assumiam a *custoia et defensio rerum*, etapa em que o devedor ainda poderia satisfazer as dívidas e resguardar patrimônio.¹⁷

Em caso de manutenção do inadimplemento, os credores poderiam requerer o prosseguimento, sob forma do *segundo decreto*, fase em que os créditos já haviam sido examinados e separados por ordem de privilégios, de modo que era nomeado *curator bonorum*, com o intuito de administrar os bens e tomar as medidas necessárias para a liquidação do patrimônio e divisão percentual dos resultados para os credores.¹⁸

Entretanto, com o passar do tempo se afasta a vinculação da má-fé aos comerciantes que tinham falhas no cumprimento de suas obrigações. Isso porque em um meio de livre iniciativa e atividade de risco, o infortúnio econômico encontrou olhos mais brandos, uma vez que sempre se tratou de risco inerente à atividade e alcançável a todos da classe.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Op. cit, p. 11

Trata-se do primeiro movimento histórico para o surgimento do instituto da concordata, haja vista que os credores obtiveram a percepção de que realizar negociação e acordo com o devedor poderia ser mais benéfico do que não receber nenhum tipo de retorno referente à obrigação inadimplida.

Dessa maneira, as legislações estatutárias relativas à concordata consideravam o instituto como solução negocial entre o falido e os credores de forma que a maioria qualificada da massa (a massa falida) levava vantagem sobre a minoria.

A grande contribuição italiana se faz melhor exemplificada por meio das disciplinas legislativas da época, a exemplo do Estatuto de Milão, de 1341, das Compilações Genovesas, de 1498 e 1589, do Estatuto de Florença, de 1415, e o *Statuti della Corte di Mercanzia*, de 1577.

A análise doutrinária da legislação supracitada aponta para a existência de jurisdição falimentar, de modo que o credor perdia a disponibilidade dos bens se decretada a falência, bem como a execução era geral e com amplitude de eficácia que alcançava todos os credores. Havia, ainda, classificação de créditos e divisão pró rata equivalente à qualificação dos credores, bem como a atuação de cunho intervencionista do magistrado com o intuito de equilibrar a relação entre as partes.

A ausência de centro político da Itália à época impossibilitou a compilação e unificação das respectivas legislações, de modo que tal contribuição ficou por conta da França que, por meio da sua unidade monárquica sólida realizou a árdua tarefa das codificações.

Importa destacar que o direito comercial seguiu seu curso evolutivo e, novamente, influenciou sobremaneira o direito falimentar. Segundo Alfredo Rocco nem toda a atividade do comerciante era absorvida por sua profissão, sendo necessário delimitar o conceito da matéria de comércio. Tem-se início a expansão do conceito de comércio, de modo a se delinear o conceito objetivista dos atos de comércio.¹⁹

Como ressaltado anteriormente, tal movimento levou, por conta da insuficiência do Estado na prestação jurisdicional à época, ao alargamento da competência jurídica dos juízes consulares aos estranhos às corporações de ofício que tivessem contratado com comerciante nelas inscrito.

Concomitantemente, o requisito das matrículas para a caracterização como comerciante sofre recorrente relaxamento na forma de critério de submissão à jurisdição consular, passando-se paulatinamente do sistema subjetivo puro para um sistema eclético com tendência ao objetivismo.

¹⁹REQUIÃO, Rubens. Op.cit p. 37

A segunda fase do Direito Comercial tem como grande marco a era napoleônica, no início do século XIX, por meio da codificação por ele desenvolvida na França que objetivava regular a totalidade das relações sociais. Surgiram, portanto, dois diplomas jurídicos de extrema importância, isto é, o Código Civil, ainda em 1804, e o Código Comercial, datado de 1807.²⁰

Napoleão Bonaparte, centralizador, combateu a existência de corporações de ofício em paralelo ao Estado, por meio da caracterização dos comerciantes não mais pela matrícula junto à respectiva corporação, mas sim pela prática de atos de comércio, descritos taxativamente no artigo 1º do Código Comercial francês, de forma regular e habitual. O conceito é objetivo.

Os ideais da Revolução Francesa baseados na igualdade de todos perante a lei não permitiam a distinção de classe entre comerciantes e não comerciantes, de forma que as corporações de ofício já haviam sido proibidas pela Lei Le Chapelier de 1791.

Entretanto, no que tange ao direito falimentar, o imperador francês adotou posicionamento retrógrado, abrindo discussão com a comissão redatora do Código Comercial para exigir maior intolerância e rigor em relação aos falidos, eis que, segundo Locré, Napoleão defendia que “em toda falência havia um corpo de delito, embora pudesse não haver má fé”(grifo nosso).²¹

Dessa maneira, tal ordenamento estabelecia igualdade de credores, influenciada pelo *pars conditio creditorium* romano, bem como a preponderância das decisões da maioria e mantinha a pena de morte para a falência fraudulenta. Havia também a possibilidade da prisão do falido e de sua companheira.

Em que pese o posicionamento defendido e, de certa forma, imposto por Napoleão Bonaparte, o momento retrógrado da tratativa francesa em referência ao falido não teve vida longa, posto que a reforma de 1832, carregada de ideias humanísticas e liberais advindas da Revolução de 1830, por meio da qual Luís Felipe I (o Rei Burguês) assumiu o trono sob forte apoio da burguesia (que lutara contra o poder real e a velha aristocracia) por conta de sua inclinação ao liberalismo político e econômico.

Segundo o Prof. Rubens Requião, na França abriu-se a evolução histórica do instituto na direção do predomínio do intuito econômico colocando o interesse dos credores em relevo, de forma que se buscou corrigir as falhas de repressão às fraudes por meio de refino legislativo.²²

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa.op.cit p. 07

²¹ REQUIÃO, Rubens.op.cit p.12

²² Ibid.

A legislação francesa influenciou diversos Estados, a exemplo do Código Comercial brasileiro de 1850, possibilitando uma série de reformas legislativas em diversos países que o adotaram como referência.

Em que pese todos os esforços para dirimir as fraudes, houve o desenvolvimento de direito penal falimentar, o que por si só se trata de um avanço ao passo que, ao menos, confere forma específica de tratamento aos casos de falência que eram tidos anteriormente como crimes comuns.

A visão patrimonial dessa fase permitiu a simplificação do procedimento falimentar tendo por finalidade torná-lo mais célere, haja vista que sua longa duração era fator permissionário do esvaziamento patrimonial do falido.

Mais uma vez o salto histórico, como será abordado a seguir, guarda relação com o desenvolvimento e sofisticação das atividades econômicas, pois os institutos da falência e concordata se tornaram insuficientes para atender ao novo cenário a eles imposto.

Tomando de empréstimo o conceito popular, as ditas “empresas” modernas alcançaram volume de capital e de influência social nunca vistos antes. Muitas dessas atividades, porém, não eram encontradas na lista dos atos de comércio em que pese, como no caso da prestação de serviços, já guardarem grau de relevância com as enumeradas.

Dessa maneira, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho: “A insuficiência da teoria dos atos de comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do Direito Comercial: a teoria da empresa”.²³

Surgiu, além da necessidade de novo critério identificador fundamentado no direito comercial, um desdobramento no direito falimentar, que é a necessidade da manutenção da empresa, e não apenas com a sua liquidação.

Trata-se de mudança de paradigma extremamente relevante, posto que a nova fase passa a entender a importância social do falido e da manutenção da sua atividade e, mesmo que haja a previsão de crimes falimentares, o foco passou a ser na manutenção da atividade.

Dessa forma, cumpre destacar o conceito moderno de empresa que, nas palavras de Rubens Requião, é “a atividade econômica do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços”. (grifo nosso)²⁴

Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho ensina a teoria da empresa como “um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares.” Tal “sistema” possibilitou o

²³ COELHO, op.cit p. 08

²⁴ REQUIÃO, op.cit p.12

alargamento do âmbito de incidência do direito comercial, que deixa de tratar de determinadas atividades e passa a se preocupar com uma maneira específica de produção e circulação de bens ou serviços.²⁵

Em que pese o surgimento da teoria da empresa apenas em 1942, na Itália,²⁶ já era possível notar a relevância da manutenção e preservação da atividade econômica em legislações como o *Chandler Act*, de 1938, por meio do qual o direito norte-americano alterou a lei falimentar de 1898 com o intuito de salvaguardar a sociedade anônima em ruína, afastando a concordata preventiva para possibilitar a reorganização administrativa necessária para a superação do estado do crédito em questão.

A medida destacada acima tem, portanto, extremado cunho socioeconômico, tendo em vista buscar impedir a ruína desta sociedade para evitar, conseqüentemente, afetação econômica negativa na região em que a atividade é desenvolvida. Há, portanto, atendimento de interesse público.

A *Ordonnance* nº67.800 de 1967, na França, também surge com o intuito de preservação da empresa que poderia ser financeiramente recuperada contando, inclusive, com o afastamento dos dirigentes cuja gestão destinou a empresa à crise.

A legislação francesa admitia suspensão provisória de ações e execuções, bem como apuração coletiva de passivo, de modo que se mostrava próximo ao sistema norte-americano da *corporate reorganization*, com a ressalva de que o sistema francês não realizava restrição de abrangência somente aos comerciantes/empresários.

Chega-se, então, aos dias atuais, nos quais o direito falimentar se viu forjado para atender ao porte das grandes empresas e da economia global conectada, com a circulação de vultuosas quantias e o impacto econômico de nível regional, nacional e global. Não é à toa que o princípio do interesse social da empresa tenha tamanha relevância, posto haja vista a forma de produção e circulação de bens ou serviços é a principal forma moderna de gerar riquezas e empregos, tendo extremada importância no desenvolvimento e manutenção de diversos países.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL

O direito falimentar brasileiro, obviamente, observou a evolução mundial do ramo, contando, entretanto, com suas especificidades internas referentes à cada época. Dessa forma,

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Op.cit p. 08

²⁶ Ibid p. 08

é acertado dividir a evolução no que tange ao cenário brasileiro utilizando o marco cronológico de sua estrutura político-governamental, que empresta os seguintes momentos: o período colonial, o período imperial e o período republicano, de forma que cada um guarda seus marcos característicos e transicionais.

A expansão mercantilista pelas Américas confere força ao comércio, de forma que surge a necessidade de regulamentar tais relações entre a colônia e a metrópole. Dessa forma, sob o domínio da Coroa Portuguesa, o Brasil estava sujeito ao direito português.

A digressão se inicia, portanto, na regulamentação por meio das Ordenações Afonsinas que, em 1521, foram revistas pelo Rei Dom Manuel e passaram a ser denominadas de Ordenações Manuelinas. Aqui havia a possibilidade de concurso de credores, em caso do patrimônio não ser suficiente para solver todos os débitos do devedor, em que pese a prevalência do direito a prioridade do primeiro exequente haja vista a influência do antigo direito visigótico.

Tornando-se quebrado o devedor, não se podia fazer diligências de execução ou penhora no período de um mês. Isso porque a Ordenação determinava a prisão do devedor até o pagamento do que fosse devido aos credores sendo, por influência italiana, facultada ao devedor a possibilidade de realizar a cessão de seus bens para evitar a prisão.²⁷

Surgem, em 1603, as Ordenações Filipinas que mesmo guardando origem espanhola foram aplicadas a Portugal por conta da sua submissão ao Reino de Castela. Tal legislação guardou maior influência sobre o Brasil, tendo em vista o florescimento da colônia e o despertar de suas atividades mercantis, sendo o texto normativo por meio do qual se delineou o direito falimentar à época.

Tal texto normativo regulamentava processo de concurso universal de credores, de modo que o Alfredo. Buzaid o descreve dizendo que, sendo o devedor condenado por sentença transitada em jugado, era executado, devendo ser penhorado seus bens. Em caso de não haver bens para o prosseguimento da condenação, o devedor permaneceria preso até que procedesse seu pagamento, havendo a possibilidade de ser solto se fizesse a cessão de seus bens.²⁸

Durante sua vigência, as Ordenações Filipinas foram complementadas por meio da expedição de diversos alvarás, merecendo destaque aquele editado pelo Marquês de Pombal no ano de 1756, isto é, em razão do terremoto de Lisboa ocorrido no ano anterior.

²⁷ SIMONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 250

²⁸ REQUIÃO, op.cit p. 16

As modificações enfatizaram, principalmente, em tornar mais severo o tratamento em face das falências fraudulentas estabelecendo-se pena de morte, degredo para o Brasil ou para lugar a ser designado, em conformidade com o passivo.

Entretanto, o Alvará de 1756 é determinante para a história do direito falimentar brasileiro, uma vez que constitui, segundo Rubens Requião, “o ponto de partida para o estudo da instituição falimentar no direito pátrio”.²⁹ O ilustre jurista fundamenta sua posição destacando que tal texto normativo não regulamenta apenas a penalização do crime falimentar, mas também a falência culposa e a inocente.

Houve, portanto, diferenciação acerca entre o tratamento do comerciante que se tornava falido com culpa e sofria consequências penais, em que pese não sofrerem penas de morte ou serem equiparados à ladrões comuns (o que por si só é um avanço), e o comerciante que não agira com culpa e, portanto, não estaria sujeito a pena criminal alguma.

A solução para o falido honesto, porém infeliz em seu negócio, era a confissão da quebra, a ser realizada mediante apresentação na Junta Comercial até o dia subsequente ao infortúnio. Após a confissão da falência, o informe, sob juramento de veracidade, das causas que a motivaram e a discriminação das perdas sofridas, o falido deveria entregar as chaves do seu estabelecimento, relação de todos os seus bens e, também, seus livros, sob pena de ser tida como fraudulenta a falência em caso contrário.³⁰

Destaca que o passo seguinte era a realização de diligências pela Junta, por meio da nomeação de dois de seus deputados para que estes, na presença do procurador e com o escrivão do Juízo da Conservadoria do Comércio, fossem ao estabelecimento do falido com o fito de levantar a totalidade de seus bens, observando o prazo de 10 dias. Tal levantamento era entregue à Junta para confirmar o real estado do falido.

Ressalta-se a nomeação de um depositário do Juízo, que se configura atualmente na figura do *síndico*, para receber todos os bens do inventário do falido, que só podiam ser dispostos mediante mandados expedidos pela própria Junta. Era dever do depositário dar publicidade à falência do comerciante mediante a publicação na “Primeira Gazeta”, de modo que havendo interessados estes poderiam recorrer à Junta da forma que melhor lhes aprouvesse.

Rubens Requião ensina, ainda, que somente com a verificação da boa fé do falido é que se procedia com o estabelecimento de preferências com observação da ordem das penhoras e hipotecas, levando ao regular leilão dos bens e posterior divisão entre os credores, respeitando

²⁹ REQUIÃO, op.cit, p. 17

³⁰ Ibid, p. 18

os descontos necessários. Caso contrário, ou seja, constatada a má-fé do falido e, portanto, a quebra fraudulenta, o processo seria remetido ao Juiz Coservador do Comércio.

Por fim, o Alvará previa forma de proteção do falido engenhosa e interessante, tendo em vista que, findo o processo de sequestro dos bens, aplicava-se a morte civil do comerciante quebrado, extinguindo-se as ações e interesses de terceiros em face dele. Por outro lado, com a determinação da partilha, o texto normativo entendia como se houvesse a ressurreição civil deste falido que, de maneira originária, poderia desenvolver atividades como tráfico e comércio de maneira livre e desembaraçada.

Guardadas as devidas proporções, é evidente que existem semelhanças entre o procedimento adotado pelo Alvará de 1756 e os institutos modernos de falência, de modo que se faz acertado o marco teórico conferido ao texto normativo, não só por Rubens Requião, mas por Frederico A. Monte Simonato³¹, dentre outros juristas.

O recorte referente ao direito falimentar no que diz respeito ao período imperial tem início após a proclamação da independência, por meio da Lei de 30 de outubro de 1823, que determinou a observância da *Lei da Boa Razão*, que, por sua vez, determinava a adoção subsidiária das leis de nações civilizadas. Haja vista momento mundial de protagonismo francês, houve larga preferência pela adoção do Código Comercial de 1807 e, por conseguinte, a grande influência francesa sobre o ordenamento brasileiro.

Ainda sob forte influência do direito francês, foi promulgado, em 1850, o Código Comercial brasileiro, tendo sua terceira parte direcionada à regulamentação das “*Quebras*”. O art. 797 que dispunha “*todo comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido*”, demonstrando a seriedade e severidade com que a legislação tratava o assunto.

O ordenamento previa a realização de assembleia geral de credores em duas ocasiões, sendo a primeira para apresentação de relatório elaborado pelo juiz acerca do estado da falência e suas circunstâncias, disponibilizando lista de credores junto com a importância e a natureza dos seus créditos. Nessa ocasião poderia se formar uma comissão para verificação dos referidos créditos. A segunda ocasião seria para apresentação das conclusões da comissão verificadora.³²

Após esse momento, havia deliberação acerca de concordata, que só existia em sua forma suspensiva de falência e não poderia ser admitida em caso de o falido já ter condenação por falência dolosa ou fraudulenta. Outro requisito para a validade da concordata era a obediência ao art. 847 do Código Comercial de 1850, que exigia para a concessão a anuência

³¹ SIMONATO, Frederico Augusto Monte. Op.cit p. 250

³² REQUIÃO, Rubens.op.cit, p. 22.

da maioria em número de credores, independente de seu comparecimento, e a monta de dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos seus efeitos.

Dessa forma, o Visconde de Mauá foi impedido de obter concordata em face de seus credores, em razão destes serem domiciliados em diversas localidades. Tal fato resultou em movimento para a revisão desta parte do Código Comercial. Com o advento da Lei nº 3.065, de 1882, bastava a anuência da maioria dos credores que comparecessem à assembleia para que a concordata fosse concedida.

Outros acontecimentos importantes, como a falência da Casa Bancária Vieira Souto, em 1864, que foi responsável por grande impacto econômico principalmente na cidade do Rio de Janeiro, vieram a promover mudanças e aperfeiçoamentos no sistema falimentar pátrio. Entretanto, é no período Republicano, diante da crise do Encilhamento que se dá novo passo significativo na evolução histórica do direito falimentar brasileiro. Nasce, portanto, com o Decreto nº 917 de 1890, a reforma da Terceira Parte do Código Comercial.

O referido Decreto, mesmo que sob duras críticas, apresentou passo à frente para a modernização do direito falimentar brasileiro à época, já que abriu novos horizontes ao reconhecer novos institutos e enfrentar questões relevantes para a sua época. Na prática, o referido Decreto possibilitou, por intermédio de sua má aplicação diversos abusos e fraudes praticados na moratória e nos acordos preventivos entre credores e devedores, o que levou com vistas à solução de tais problemas, ao surgimento da Lei nº 859 de 1902.³³ A inovação maior foi referente à nomeação dos administradores judiciais, que passaram a ser escolhidos fora dos quadros da falência, em uma lista organizada pelas juntas comerciais.

Tal reforma não logrou êxito e, dentro de 6 anos houve a elaboração de nova lei, novamente visando evitar as fraudes e a longa duração processual. A Lei nº 2.024, de 1908, cumpriu o seu papel e teve um bom prazo de duração, só vindo a ser revista em 1929 por conta da grande depressão causada pelos efeitos da Primeira Guerra Mundial.

A obrigação de o concordatário depositar a importância de seus créditos privilegiados, sem garantias especiais, antes de receber os bens da massa, bem como a exclusão na votação da concordata dos credores que apresentassem créditos transferidos após a abertura da falência, tendo em vista a presunção de conluio entre devedor e credor que desistisse de suas garantias para votar a concordata sem aparente benefício econômico, ajudaram a evitar as fraudes.³⁴

³³ SIMONATO, Frederico Augusto Monte. Op.cit p. 252

³⁴ Carvalho de Mendonça, apud, Frederico Monte Simonato, op.cit.p 252

Surge, por conta da crise econômica de 1929, o Decreto nº 5.746, do mesmo ano, com vistas ao aperfeiçoamento e adequação dos institutos à nova realidade enfrentada no país. Apresentou como inovações a diminuição do número de síndicos de três para somente um e instituiu porcentagens sobre os créditos para a concessão da concordata.³⁵

Novamente, a legislação obteve êxito no quesito de sua durabilidade, pois só veio a ser substituída em 1945 com o advento do Estado Novo, motivado pela necessidade, novamente, de adequação da legislação em referência ao cenário nacional que, neste episódio, teve fundamentação na ideologia política de fortalecimento dos poderes do Estado.

Surge o Decreto-lei nº 7.661, responsável por profundas inovações como o reforço dos poderes do magistrado, a diminuição da influência dos credores, porque aboliu a assembleia de credores, a substituição da natureza jurídica da concordata, tanto a preventiva quanto suspensiva, que deixam de ter cunho contratual e passam para a forma de benefício a ser concedido pelo Estado.

Mais uma vez o desgaste temporal e a necessidade de adequações à realidade geraram a necessidade de alteração legislativa referente ao direito falimentar, o que ocorreu por meio da Lei nº 7.274, de 1984, por meio da reforma de dispositivos da lei anterior que permitiam a ação de fraudadores. Houve a necessidade de alteração, que ocorreu por meio do Decreto-lei nº 2.279/85, tendo em vista equívocos de redação.

O próximo passo evolutivo leva até o ponto da hodierno do direito, isto é, sob a vigência da Lei nº 11.101/05, também conhecida como a Lei de Recuperação Judicial e Falências. Isso porque, nas palavras de Trajano de Miranda Valverde:

Uma Lei de Falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas que os ardilosos artificios conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos.³⁶

Nessa toada, o Decreto-lei nº 7661/45, ao atravessar meio século regulamentando o direito falimentar brasileiro sob ideologia processualista-iluminista, tornou-se antigo e ultrapassado, haja vista as profundas transformações socioeconômicas.

Fora isso, a novel percepção axiológica do direito, lastreada na livre concorrência e na dignidade da pessoa humana, também se fez responsável para a construção de norma falimentar mais voltada para a salvação da empresa do que da punição por meio da decretação da quebra,

³⁵ SIMONATO, Frederico Augusto Monte. Op.cit p. 253

³⁶ Trajano de Miranda Valverde, apud, Frederico Augusto Monte Simonato. Op.cit p.

tendo em vista os prejuízos mútuos causados a devedores, credores e à sociedade como um todo.

Cabe destacar a influência do Código Civil de 2002, que ao adotar a teoria da empresa, chancelou sua adoção pelo ordenamento pátrio por meio da doutrina, jurisprudência e legislações esparsas, o que, de certo, contribuiu para a evolução do ordenamento jurídico, bem como ao encontro de melhores soluções no que se refere, principalmente, ao direito empresarial e falimentar.

A teoria da empresa, criada na Itália em 1942, como explicitado anteriormente, reforma o paradigma quando deixa de cuidar de determinadas atividades específicas (os atos de comércio) e passa a disciplinar a forma de se produzir ou circular bens ou serviços.

Dessa maneira, houve um alargamento das atividades a serem regulamentadas pelo ramo do direito falimentar que, por movimentarem de forma pujante a economia e contribuírem para o grande desenvolvimento da economia do país, passaram a necessitar abordagem moderna, tecnicista e responsável do ramo, como forma de conferir segurança ao setor econômico do país e viabilizar acesso ao crédito e manutenção de postos de trabalho. Somaram-se à órbita falimentar, além dos comerciantes, as sociedades civis de fins econômicos, bem como o devedor individual, ambos responsáveis por ostensiva exploração de atividade econômica.

Decerto o modelo previsto no texto legislativo de 1945 já não atendia mais aos anseios e necessidades da crise da empresa, havendo, portanto, marco separatório entre o passado e o presente, isto é, entre o processo liquidatório e o recuperatório.³⁷

Conforme ensinamento de Luiz Fux, a presente lei é marcada por resgate da tecnicidade, já que tem como desígnio a tríplice proteção, ao atender aos credores, devedores e à empresa.³⁸ Cabe destaque para o art. 47 da LRF, que dispõe:

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

Trata-se, portanto, de texto normativo cuja tendência se expressa na direção da desformalização, o que pede celeridade na prestação jurisdicional, mas sem deixar para depois a valorização do trabalho e da dignidade humanos, aliados à livre concorrência e ao ideal de progresso.

³⁷ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. (prefácio)

³⁸ Ibid.

Ao fim deste breve esboço, cabe apontar a proposta de alteração da Lei nº 11.101/05, por meio do PL.10.220/2018, que, dentre outras providências, pretendeu incluir os créditos lastreados em alienação fiduciária em garantia no período de suspensão das ações.

1.3 DIREITO ANTERIOR: O INSTITUTO DA CONCORDATA RECALCULADO PELO DECRETO-LEI Nº 7.661/45.

Em que pese a extensa análise acerca da evolução histórica do direito falimentar, faz-se necessária a realização de estudo do direito imediatamente anterior ao que hoje vige em território nacional. Isso porque as diretrizes e rupturas abraçadas pelo novo texto legislativo dizem muito acerca dos institutos, seus respectivos desgastes, inovações, problemas, soluções e princípios.

No direito brasileiro, até o advento da Lei nº 11.101/05, as tentativas de soerguimento da empresa e manutenção da sua atividade eram realizadas através do instituto da concordata. Destaque-se, portanto, que a essência da monografia em tela se faz em torno do instituto da recuperação judicial de empresas, de modo que o trabalho irá se ater somente ao estudo da concordata preventiva, por ser seu instituto antecessor e análogo.

A introdução do instituto no direito brasileiro se fez por meio do Código Comercial de 1850, na modalidade de *concordata suspensiva*, conforme previsto pelo artigo 847 do referido texto normativo. Tal dispositivo, hoje revogado há bastante tempo, dispunha que a concessão da concordata estava sujeita à anuência da maioria dos credores, dotando notório caráter contratualista ao instituto vigente à época. Anote-se que a concordata preventiva só encontrou espaço no ordenamento pátrio em 1890, quando foi introduzida pelo Decreto nº 917.

Já no berço do Decreto-lei nº 7.661/45, a natureza jurídica da concordata passou a ser processualista, pondo fim ao reinado contratualista sobre o instituto. Isso porque a nova concepção de direito concursal favorecia o interesse social e coletivo, mitigando a força dos credores no acordo em face do comerciante em dificuldades financeiras.

O manifesto interesse público do processo de insolvência da empresa impõe a observância dos preceitos constitucionais no que tange ao direito do trabalho, a direitos sociais, a princípios gerais da atividade e organização econômicas, da função social da propriedade e da empresa. A legislação de 1945, portanto, tinha como características o aumento e fortalecimento dos poderes do magistrado e do Ministério Público, bem como a diminuição dos poderes e atribuições das assembleias de credores.

Dessa forma, é seguro afirmar que a concordata se tratava de um favor, uma espécie de privilégio legal em benefício do credor comerciante honesto e de boa-fé, dependente, todavia, do preenchimento dos requisitos formais previstos em lei.

Assim, nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que assegura peremptório³⁹:

O nome 'concordata' esvaziou-se de seu conteúdo, que era o acordo. Hoje, no sistema jurídico brasileiro e noutros sistemas jurídicos, abstrai-se qualquer concordância, ou acordança. Os credores quirografários são sujeitos passivos na ação de decretação de concordata, ou, simplesmente, ação de concordata.

Segundo Leone Bolaffio, ressoando as palavras de Gustavo Bonelli e Giovanni lo Cascio, ensina que a concordata tem por finalidade a salvação do devedor da hecatombe da falência, que resultaria na ruína completa do devedor pondo fim na atividade comercial ou industrial, resultando em dilaceração de seu patrimônio.⁴⁰

A concordata existiu nas espécies preventiva e suspensiva, tendo a primeira o intuito de evitar a declaração de falência do devedor comerciante, enquanto a segunda pretendia suspender o processo de falência (art. 139 do Decreto-Lei nº7.661/45). Para Rubens Requião, do ponto de vista legal, estas são as únicas espécies de concordata. O autor defende, porém, que na teoria existem outras modalidades, classificando-as em: concordata amigável ou extrajudicial e concordata contenciosa ou judicial.⁴¹

A concordata amigável, como seu próprio enunciado esclarece, era processada fora do âmbito judicial, de modo a prescindir da prestação jurisdicional. O devedor e os credores compunham-se amigavelmente, concedendo-se dilação do prazo para que o primeiro pague aos credores, verificando-se ou não abatimento da dívida. Todavia, a lei condena definitivamente a concordata amigável quando, no inciso III do art. 2º, considera caracterizada também a falência se o comerciante convoca os credores e lhes propõe dilação, remição de créditos ou cessão de bens. Assim, para ter lugar essa espécie de concordata extrajudicial, seria necessário que os credores, em sua unanimidade, se compusessem com o devedor, concedendo-lhe dilação de prazo ou abatimento da dívida, ou ambas as vantagens. A concordata judicial, por sua vez, é proposta perante o magistrado e dela podem se opor os credores, assumindo as formas de concordata preventiva ou de suspensiva.

³⁹ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999 p. 46

⁴⁰ LOBO, Jorge.op.cit p. 47

⁴¹ REQUIÃO, Rubens op.cit.

Ambas podiam expressar diferentes modalidades: concordata moratória ou dilatória, concordata remissória e concordata mista, que opera concomitantemente as duas formas anteriores. A primeira visava à prorrogação de prazo do pagamento dos credores, a segunda pretendia um abatimento parcial dos créditos, sendo que a última conjugava os dois efeitos, perquirindo tanto a dilação do prazo como o abatimento no valor da dívida.

Bento de Faria empresta o ensinamento de que “a concordata preventiva tem por fim evitar a falência e todos os seus efeitos, tornando possível a liquidação das obrigações do devedor sem as asperezas e o vexame da execução coletiva [...]”.⁴²

Tratava-se de favor legal destinado ao devedor comerciante ou sociedade comercial, com vistas ao preenchimento dos requisitos legais taxados por exclusão no rol do artigo 140 do texto normativo de 45. A exemplo dos que não poderiam impetrar concordata restam o comerciante de fato, ou seja, aquele que não registrou na Junta os documentos indispensáveis ao regular exercício do comércio, bem como o devedor que deixou de requerer falência no prazo do art. 8º do mesmo texto normativo, dentre outras hipóteses.

Além disso, instituições financeiras em geral (Lei nº 6.024/74), seguradoras (Decreto-lei 73/66), empresas de transportes aéreos (art. 4º do Decreto-lei nº496/69), por exemplo, não eram sujeitas ao regime das concordatas por se submeterem a processo de liquidação extrajudicial.

Dessa maneira, em se tratando dos pressupostos da impetração da concordata, cumpria ao devedor comprovar a inexistência dos impedimentos previstos pelo artigo 140, isto é: (i) demonstrar o arquivamento, registro ou autenticação dos documentos na Junta Comercial, (ii) provar que não havia requerimento de concordata a menos de cinco anos ou o não cumprimento de concordata requerida há mais tempo, bem como (iii) que não deixou de requerer a autofalência dentro do prazo previsto pelo art. 8º, sem relevante razão de direito, e (iv) não ter sido condenado por sentença transitada em julgado por crime falimentar, contra o patrimônio, fé pública, propriedade intelectual ou economia popular.

Em atenção aos efeitos da concordata, esta não privava o concordatário da administração os seus bens, mas apenas tinha seus atos fiscalizados pela figura do *comissário* até sua concessão. Cabe destaque, no entanto, que a concordata só alcançava os credores quirografários, de modo que os demais credores que possuísem privilégios não se viam atingidos. Tal posicionamento se mostrou refletido na Súmula 227 do STF, que afirmou “A

⁴² LOBO, Jorge. Op.cit.

concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho”.

Merece destaque, ainda, o fato de que a concordata não realizava a novação da dívida, de modo que o percentual apresentado pelo concordatário não se fazia possível de substituir o crédito preexistente, o que permitia o acionamento dos avalistas coobrigados com o concordatário com vistas a receber a diferença do crédito em detrimento do acordo realizado por meio do instituto, o que, certamente, dificultava o acesso a crédito e garantias por parte do devedor.

Feita uma análise geral das concordatas, passa-se para as características e pontos relevantes da concordata preventiva.

1.3.1 ASPECTOS DA CONCORDATA PREVENTIVA:

A concordata preventiva nada mais era do que o remédio legal, representado por um instituto jurídico, com vistas a possibilitar a restauração do devedor comerciante ou sociedade comercial regularmente inscritos na Junta comercial, isto é, tinha como objetivo impedir a ocorrência da falência.

Como requisitos e pressupostos legais, o devedor deveria atender o disposto pelos artigos 140 e 158 do Decreto-lei 7.661/45. Ultrapassados os impedimentos do artigo 140, conforme brevemente exposto anteriormente, restava ao devedor o preenchimento dos requisitos do artigo 158, que eram: (i) exercer o comércio regularmente há mais de dois anos; (ii) possuir ativo que correspondesse a mais de cinquenta por cento do passivo quirografário; (iii) não ser falido ou, se foi, estarem declaradas extintas as suas obrigações; (iv) não ter título protestado por falta de pagamento. Anote-se que este último foi, pelo rigor interpretativo, cedendo à corrente mais branda de forma que se passou a admitir a concordata preventiva mesmo em casos em que se notava a existência de título protestado, como se depreende da Súmula 190 do STF, que dispunha “O não pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva”.

A legitimidade, como ressaltado anteriormente, era do devedor comerciante ou sociedade comercial, de forma que, em ocasião de sua falta, a concordata poderia ser requerida mediante representação, na forma do artigo 157 do Decreto-Lei nº 7661/45: (i) pelo comerciante individual, (ii) pelo curador do devedor interdito (iii) pelo inventariante, quando fosse o caso de concordata do espólio, (iv) pela diretoria, nos casos de concordata de sociedades anônimas ou sociedades em comandita por ações, (v) pelo sócio gerente (atualmente

denominado de administrador), nos demais tipos societários; e (vi) pelo liquidante, uma vez que o processo de liquidação não era requisito impeditivo da concordata preventiva.

O devedor não era afastado da administração dos seus negócios, mas deveria ser fiscalizado pelo *comissário*, sendo este nomeado pelo juiz e que deveria atuar no sentido de resguardar o interesse dos credores por meio da sua missão de auxiliar do Juízo.

Em que pese o alcance apenas aos credores quirografários, a concordata era dotada de procedimento de verificação de créditos análogo ao da falência. Em se tratando da realização dos pagamentos, o devedor comerciante deveria apresentar proposta aos credores, com observância de escala progressiva que ia de 50% (em caso de pagamento a vista) ou, em caso de parcelamento, de 60% a 100% do valor do crédito, dependendo do número de parcelas, que vão de 6 a 24 meses, de modo que se computava prazo máximo de 2 anos para o cumprimento.

Ponto interessante a se destacar é que, tendo em vista que o prazo para cumprimento da concordata preventiva carregava como marco inicial a data do ingresso do pedido, as quantias referentes às prestações vencidas antes da sentença concessiva deveriam ser depositadas em juízo, sob pena de decretação de falência. O objetivo era evitar a ocorrência de fraudes e coibir abusos, impossibilitando que o compromisso firmado por meio da concordata recebesse data incerta de cumprimento. A alteração realizada pela Lei nº 7.274/84 passou a exigir que o depósito fosse realizado em dinheiro.

Havia, ainda, procedimento de habilitação de créditos, que era seguido de publicação, marcando início do cômputo de prazo para a oposição de embargos. As matérias para embargos estavam previstas no artigo 143 da Lei, perfazendo as seguintes hipóteses: (i) sacrifício dos credores maior do que a liquidação na falência ou impossibilidade de ser cumprida a concordata [...]; (ii) inexatidão do relatório, laudo e informação do síndico, ou do comissário, que facilite a concessão da concordata; e (iii) qualquer ato de fraude ou de má-fé que influa na formação da concordata.

A concordata poderia ser rescindida se fosse observada a ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 150 do Decreto-lei nº 7661/45. Pela leitura da norma, nota-se a preocupação com fraudes ou abusos, tendo em vista que o dispositivo trata de acontecimentos que iriam contra a natureza do próprio instituto, a exemplo de não pagamento das prestações vencidas, abandono do estabelecimento, venda de bens do ativo a preço vil, dentre outros.

Por fim, em caso de sucesso da concordata, isto é, pagos os credores e saldadas todas as obrigações do concordatário, esse deveria solicitar ao Juízo que ela fosse julgada cumprida, de modo a dar prosseguimento à atividade econômica de forma livre e desembaraçada.

1.4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, cuja vigência teve início em 9 de junho de 2005, revogou as disposições anteriores, ou seja, substituiu o Decreto-lei nº 7.661, que regulamentava os assuntos pertinentes à falência e às concordatas preventiva e suspensiva. Foram 11 anos de tramitação no parlamento até a sanção pelo Presidente da República na data supra, superando-se o ordenamento jurídico pretérito, o qual perdurou por 60 anos.

No decorrer destes 60 anos muito se alterou, principalmente no tocante a dinâmica dos mercados financeiros e formas de comercialização, culminando com o atual estágio neoliberal e globalizado. Sendo, desta forma, incompatível o Decreto-lei de 1945 com as necessidades empresariais moderna.

Tornou-se, portanto, óbvio o esgotamento do modelo de procedimento regulamentado pelo Decreto-lei nº 7661/45 para as empresas em crise, fosse pela tentativa de reorganização da atividade ou de sua liquidação. A referida legislação foi elaborada na época em que o Brasil tinha um diminuto parque industrial, bem como enfrentava reflexos da 2ª Guerra Mundial. Merece destaque, ainda, a transição política no momento em que o ordenamento fora elaborado, isto é, tempos esgotamento do chamado "Estado Novo", em que a legislação era praticamente imposta pelo Poder Executivo.

1.4.1 INOVAÇÕES E ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 11.101/2005

Merece destaque a novel ideologia apresentada pela Lei nº 11.101/05, haja vista que ainda no relatório do projeto de lei, sob numeração de PLC nº 71/2003, foram listados 12 princípios norteadores, quais sejam: preservação da empresa; separação dos conceitos de empresa e de empresário; retirada do mercado de sociedades ou empresários não 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; rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

A base principiológica da legislação atualmente vigente encontra-se em consonância com os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, isso porque os esforços de recuperar as atividades econômicas e, portanto, de recuperar a empresa excederam em muito os meros interesses da relação credor *versus* devedor.

A exegese da Carta Magna emprestou novos conceitos quanto o desenvolvimento das práticas comerciais, haja vista que, se passou a observar que a empresa como geradora de postos de trabalho, o que, direta e indiretamente, garante aos cidadãos fonte de subsistência, cidadania e, conseqüentemente, vai de encontro com a dignidade da pessoa humana. Fora isso as formas de realizar os procedimentos também são mais humanas e menos dramáticas, como será abordado no decorrer do capítulo.

É neste sentido que o artigo 47 da LRF dispõe: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Assim, a regra passa a ser a tentativa de salvamento da empresa, quando economicamente viável, restando a decretação de falência como medida extrema e que deve ser evitada, sendo apenas aplicável quando a preservação da atividade se mostrar inviável.⁴³ Dessa maneira, em caso de não haver condições para a manutenção da empresa no mercado, ela deve ser liquidada e evitar o agravamento da situação como um todo, o que demonstra preocupação com a salubridade do mercado.

A atual legislação também se preocupou em garantir a proteção do trabalhador, conferindo-lhe direito de preferência no recebimento de seus créditos, na forma do artigo 54, *caput* e parágrafo único, da Lei 11.101/2005, além da busca pela preservação dos postos de trabalho conforme falado anteriormente.

Outro quesito que merece extremo destaque, pois que está intrinsecamente ligado ao cerne do presente trabalho de pesquisa, é o interesse da nova legislação em promover redução de custos de acesso ao crédito, conferindo maior segurança jurídica a credores e investidores bem como a diversos atores das mais variadas atividades econômicas.⁴⁴

Sobre esta questão, o Paulo Penalva Santos ressalta que tal intenção do legislador não surtiu grandes efeitos no que tange ao *spread* bancário quando afirma “[...] a intenção do legislador era produzir a redução do ‘custo e do crédito’ – o que, de fato, em parte não se verificou na prática, pois o Brasil possui um dos maiores ‘*spreads*’ bancários do mundo”.

Ponto extremamente importante da Lei nº 11.101/05 é o princípio da celeridade e eficiência do processo, de modo que suas normas visam a efetividade com vistas a acompanhar,

⁴³ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Op.cit. p. 15

⁴⁴ Ibid. p. 18

dentro do possível, a velocidade das transações mercantis e a dinâmica do mercado econômico. Dentre as modificações, pode-se destacar os prazos rígidos que a lei apresenta, em que pese a sua frequente relativização por parte dos julgadores com vistas a evitar o trauma da decretação de falência.

O sistema engenhoso da LRF visa conferir segurança jurídica por meio da clareza de suas normas. Além disso, confere participação ativa aos credores, com vistas a evitar o descaso praticado com eles no ordenamento anterior, coibir fraudes e adequar o processo e os resultados à realidade mercadológica.

Percebe-se, junto com a extinção da concordata e criação do instituto da recuperação judicial de empresas, a aniquilação da figura do comissário bem como a mudança nas atribuições e denominação, que passa a ser chamado de administrador judicial, e deverá, segundo o artigo 21 da LRF, “ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

O artigo 22, I, g, da LRF prevê a necessidade de requerimento ao juiz, feito pelo administrador judicial, para convocação de assembleia geral de credores. Nesse mesmo sentido, a Seção III da, Capítulo II, prevê a formação de Comitê de Credores, constituído mediante deliberação em assembleia geral, contendo, necessariamente, um representante de cada classe de credores, segundo a especificação do artigo 26. Dentre as atribuições do comitê, previstas pelo artigo 27 da LRF, está o auxílio do administrador judicial e do magistrado no decorrer do processo, verificando o seu correto andamento, isto é, órgão da recuperação judicial com caráter fiscalizatório.

Dentre os princípios que merecem destaque resta, ainda, o rigor na punição dos crimes falimentares. Verifica-se, ao realizar breve comparativo entre as penalidades previstas pela legislação anterior, que os crimes punidos com pena de reclusão (artigo 187, do Decreto-Lei nº 7.661/45) tinham pena culminada máxima de 4 anos, ao passo que na legislação atual a dosimetria pode alcançar a soma de 6 anos (artigo 168, da Lei nº 11.101/2005). Outro fator que demonstra maior firmeza é que grande número dos crimes falimentares recebiam, na lei anterior, a pena de detenção, enquanto hodiernamente se adota, para a maioria das condutas tipificadas, a pena de reclusão, sendo a previsão do artigo 178 da LRF a única hipótese de detenção. Isso porque as falências fraudulentas impõem grandes prejuízos à ordem econômica e social, bem como todo o esforço de soerguimento da empresa presente no novel texto normativo, inclusive mediante desburocratização, celeridade e participação ativa de credores, tem de se preocupar sobremaneira com as fraudes que contra ele possam vir a ser tentadas.

1.4.2 CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Em primeiro lugar, há de se ter em mente que a reorganização das atividades financeiras é custosa, morosa e apresenta riscos de insucesso durante o percurso. Consoante ensinamento de Fabio Ulhoa Coelho⁴⁵, “como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus recai na sociedade brasileira como um todo.” O autor conclui dizendo que “O crédito bancário e os produtos e serviços consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas”.

Dessa forma, o Poder Judiciário deve ser criterioso ao definir quais empresas merecem ser recuperadas, isto é, quais delas apresentam, *prima facie*, viabilidade econômica para seu efetivo soerguimento de modo a justificar os esforços a serem suportados pela coletividade durante o processo de reorganização financeira da recuperanda.

O empresário ou sociedade empresária necessita, portanto, demonstrar – por meio de vetores como a importância social, porte econômico, volume de mão de obra, dentre outros - que merece o esforço a ser dispendido pelos credores e pela sociedade brasileira como um todo. Seu soerguimento deve responder também à interesses sociais que tangenciem a função social da empresa e, em *stricto sensu*, a função social da empresa recuperanda.

É de suma importância para conceituar a recuperação judicial de empresas caracterizar os sujeitos legitimados a exercer a sua postulação, tendo em vista que não é qualquer um que pode se valer desse benefício. Isso porque já se denota nesse momento a criação de procedimentos com vistas a reorganizar, sanear e recuperar a empresa em dificuldades, o que só se fez possível por concepção revolucionária de cunho econômico-social.

Destarte, conforme o disposto no art. 1º da LRF, os procedimentos por ela disciplinados só são dotados de aplicabilidade para os empresários e sociedades empresárias, denominados pelo legislador como *devedor*.

A centralização do direito concursal em determinado grupo, o dos empresários, dá continuidade ao critério estabelecido pelo instituto anterior, mesmo que o conceito de empresário se mostre consideravelmente mais extenso do que o conceito de comerciante.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. op.cit

Merece destaque a observação Luiz Roberto Ayoub que não há no contexto econômico atual razão que justifique a exclusão dos não empresários do direito falimentar, de modo que se mostra apenas como mero resquício de opções legislativas pretéritas.⁴⁶

Isto posto, é necessário acentuar os conceitos de empresário e sociedade empresária para que se chegue a uma definição mais específica acerca da recuperação judicial de empresas. Em relação ao primeiro, o art. 966 do Código Civil de 2002, dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.”

As sociedades empresárias também se legitimam a postular a recuperação judicial, de modo que se desperta o interesse acerca da caracterização da sociedade como empresária. O primeiro critério de qualificação está relacionado ao objeto social, de modo que as sociedades que apresentarem como objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro são, por força do artigo 982 do Código Civil de 2002, qualificadas como empresárias.⁴⁷ Dessa forma, a determinação de quais atividades são conceituadas como empresárias permanece atrelada aos critérios de configuração do empresário individual previstos pelo artigo 966 do mesmo código.

Cabe ressaltar, ainda, que as sociedades por ações, e especificamente à elas, é atribuído caráter de empresarialidade em razão da forma, ou seja, do tipo societário, sendo estas empresárias independentemente do seu objeto social.⁴⁸ Já as sociedades que tiverem como objeto o exercício de atividade rural só serão qualificadas como empresárias, excetuadas as por ações, quando da observância do artigo 984 do Código Civil no que tange ao registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial.

Merece destaque, por ser uma quebra de paradigma em referência ao direito falimentar anterior, que as concessionárias de serviço público, como as sociedades de aviação civil, como previsto, respectivamente, pelos artigos 195 e 199 da Lei nº 11.101/05, estão legitimadas a postular recuperação judicial, bem como o parceiro privado das parcerias público privadas.⁴⁹

Tendo isso em mente, pode-se realizar a conceituação do instituto, considerando os demais requisitos para a legitimação da postulação da recuperação judicial de empresas que serão abordados posteriormente.

⁴⁶ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴⁷ Ibid p.12

⁴⁸ Ibid. p. 13

⁴⁹ Ibid.p.13

Sérgio Campinho aponta para duas perspectivas da recuperação judicial de empresas, uma de cunho de direito econômico e outra de cunho processual. Diante disso, o autor conceitua o instituto⁵⁰:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47).

No que tange à perspectiva judicial, o mesmo autor dá prosseguimento à sua definição dizendo:

Sob a ótica processual, a medida se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, com o escopo de viabilizar a superação de sua situação de crise. Mas tira pretensão somente pode ser exercida até a declaração de sua falência (artigo 48, I)

Fábio Ulhoa Coelho, trata da conceituação da *recuperação da empresa* de maneira mais direta, mas não menos acertada, quando, ao lecionar sobre o tema, afirma que se trata de “faculdade aberta pela lei [...] aos devedores que se enquadram no conceito de empresário [...], em razão da qual podem reorganizar suas empresas [...] de acordo com o plano aprovado ou homologado judicialmente.”⁵¹

Absorvendo os ensinamentos expostos, a recuperação judicial de empresas é ainda mais do que um favor legal para a tentativa de soerguimento da empresa e manutenção da sua atividade econômica, mas sim um compromisso responsável do legislador com a sociedade brasileira como um todo. Trata-se de tentativa de manutenção de postos de trabalho, continuidade da circulação de bens, produtos e serviços, bem como a tentativa combate dos efeitos maléficos ocasionados na sociedade por conta das consequências econômicas da falência. Trata-se, portanto, de medida engenhosa, responsável e cautelosa que visa o soerguimento da empresa sob a ótica da tríplice proteção, isto é, aos devedores, credores e sociedade.

⁵⁰ CAMPINHO, Sérgio. op. cit. p.10

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa op.cit. p. 309

1.4.3 NATUREZA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Conforme demonstrado anteriormente, o Decreto-lei nº 7.661/45 não exibia feições contratuais, bem como tratou de reduzir o poder dos credores diminuindo a sua atuação e retirando a força das assembleias, porque os credores quirografários não eram chamados a manifestar sua vontade nas assembleias. Assim, tendo o devedor preenchido os requisitos previstos pela lei, ele passava a fazer jus ao favor da concordata, que deveria ser deferida ou não por decisão judicial, sendo responsável, portanto, pelo aumento de poder do magistrado.

As alterações previstas pela Lei nº 11.101/05 impõem leitura mais moderna acerca da relação econômica da empresa com o mercado, de modo que na recuperação judicial há predileção pela prevalência da autonomia privada (da vontade das partes interessadas) no que tange à finalidade de soerguimento da empresa recuperanda.

Dessa forma, Sérgio Campinho ensina que “A concessão, por sentença, da recuperação judicial, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas [...], porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo”.⁵² Entretanto, o autor admite o controle judicial do plano de recuperação no tocante à sua validade.

O autor entende que o caráter processual da recuperação judicial de empresas tem vistas à uma finalidade única, que seria a aprovação por parte do devedor em conjunto com os credores de proposta destinada a viabilizar a manutenção do exercício da empresa.⁵³ Diminui-se, em relação à concordata, a atuação do magistrado, que hoje atua de forma mais regulatória, isto é, atento à certificação das disposições legais aplicáveis ao plano, como guardião da legalidade, até porque este é impedido de interferir no conteúdo, cuja integralidade de domínio é conferida às partes.

Em face do exposto, Sérgio Campinho sustenta que o presente instituto tem natureza jurídica de contrato judicial e, sendo assim, argumenta que “o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação”.

Nessa linha de ensinamento, ressalta-se que a perfectibilidade do acordo não depende de decisão unânime das vontades dos credores, pois a declaração de vontades cabe à massa de

⁵² CAMPINHO, Sérgio. op.cit. p 11

⁵³ Ibid. p 12

credores, de modo que esta tem o poder de formar maioria e obrigar a minoria (conforme art. 59, *caput*, LRF), o que se justifica pelo caráter de unificação da relação processual que se estabelece.

Então, tomando a literalidade do posicionamento de Sérgio Campinho, é vedado ao magistrado realizar qualquer controle de conteúdo sobre o plano. Isso porque, ao admitir a existência do controle judicial, o autor dá a entender que esta seria exercida por mera certificação de requisitos legais por parte do juiz.

Anote-se lição emprestada por meio do Enunciado n° 44 da I Jornada de Direito Comercial do CJS/STJ dispõe que “A homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”. Entretanto, restaria a dúvida se controle de legalidade poderia significar controle de conteúdo.

Acerca da discussão, merece destaque posicionamento emprestado pela Ministra Nancy Andrighi que, ao votar o Recurso Especial n° 1.314.209 – SP, defendeu o controle jurisdicional das providências decididas em assembleia no tocante à licitude destas. Assim restou elaborada a ementa:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido.⁵⁴

Nancy Andrighi sustenta que a apresentação do plano (pelo devedor) bem como a sua aprovação pelos credores, seja por não objeção ou por votação em assembleia (arts. 56 e 57 da LRF) consubstanciam atos de manifestação de vontade. Dessa forma, afirma que não compete ao juízo interferir na vontade soberana das partes para alterar a substância do plano de recuperação judicial, salvo nas ocasiões expressamente autorizadas (art. 58, §1º da LRF). Entretanto, a Ministra defende que “[...] respeitar o conteúdo da manifestação da vontade [...]

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial: 1314209 SP 2012/0053130-7 **RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.** Recorrente: COMPANHIA BRASILEIRA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTRO(S); Recorrido: AGRÍCOLA SANTA OLGA LTDA E OUTRO. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2012, Data de Publicação: DJe 01/06/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1314209&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 14/06/2019

não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia”⁵⁵, o que, obviamente, resulta de análise de conteúdo.

Dessa maneira, diante da profundidade da fundamentação, o voto merece destaque na sua íntegra, confira-se:

Cinge-se a lide a estabelecer se é possível ao Tribunal reconhecer a ineficácia, em relação ao prejudicado, de uma cláusula constante de plano de recuperação judicial aprovado em Assembleia Geral de Credores, ou se as deliberações tomadas nessa assembleia não são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

A apresentação, pelo devedor, de plano de recuperação, bem como sua aprovação, pelos credores, seja pela falta de oposição, seja pelos votos em assembleia de credores (arts. 56 e 57 da LFRJ) consubstanciam atos de manifestação de vontade. Ao regular a recuperação judicial, com efeito, a Lei submete à vontade da coletividade diretamente interessada na realização do crédito a faculdade de opinar e autorizar os procedimentos de reerguimento econômico da sociedade empresária em dificuldades, chegando-se a uma solução de consenso. Disso decorre que, de fato, não compete ao juízo interferir na vontade soberana dos credores, alterando o conteúdo do plano de recuperação judicial, salvo em hipóteses expressamente autorizadas por lei (v.g. art. 58, §1º, da LFRJ).

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. Qualquer negócio jurídico, mesmo no âmbito privado, representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do CC/02, provier de agente capaz, mediante a utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Na ausência desses elementos (dos quais decorre, com adição de outros, as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e seguintes do CC/02, bem como de anulabilidade dos arts. 171 e seguintes do mesmo diploma legal), o negócio jurídico é inválido. A decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes. Implica, em vez disso, controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude de seu conteúdo.

Na hipótese dos autos, a única questão em discussão diz respeito à possibilidade de o juízo reconhecer a nulidade de uma das cláusulas incluídas no plano de recuperação judicial aprovado, com fundamento em que consubstanciaria condição puramente potestativa, vedada pelo art. 122 do CC/02. Com efeito, a discussão inicialmente travada no agravo de instrumento, acerca da suposta impossibilidade de o próprio devedor apresentar modificações no plano, restou superada, já que, afastada pelo TJSP, não foi objeto de impugnação nesta sede. Também não se poderá, no julgamento deste recurso, avaliar se a cláusula, em si, padece do vício reconhecido pelo Tribunal, providência vedada pelo Enunciado nº 5 da Súmula/STJ. A única questão, portanto, é de fato avaliar se o reconhecimento da ofensa ao art. 122 do CC/02 representa ingerência indevida no plano soberanamente aprovado.

A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deve ser respeitada nos limites da Lei. **A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepujar às condições legais da manifestação de vontade representada pelo Plano. Do mesmo modo que é vedado a dois particulares incluírem, em um contrato, uma cláusula que deixe ao arbítrio de uma delas privar de efeitos o negócio jurídico, o mesmo poder não pode ser conferido à devedora em recuperação judicial. A Lei é o limite tanto em uma, como em outra hipótese.**

Forte nessas razões, considerando ausente qualquer violação aos arts. 35, 47 e 56 da LFRJ, conheço do recurso especial mas nego-lhe provimento. (grifo nosso)

⁵⁵ Ibid

1.4.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA RECUPERANDA

Para que se obtenha o melhor entendimento acerca do que é a função social da empresa recuperanda, se faz necessário analisar o tema mediante pesquisa jurisprudencial, tendo em vista que se debruça especificamente em relação ao seu aspecto teórico e prático, emprestando uma concepção mais completa do que se trata esse princípio tão caro à legislação recuperacional e falimentar dos dias de hoje.

Entretanto, cumpre destaca o posicionamento de Fábio Konder Comparato:

[...] a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só o das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como capitalistas e trabalhadores, mas também os interessados da 'comunidade' em que ela atua.⁵⁶

Entretanto, em que pese ser óbvio o interesse social demonstrado no funcionamento da empresa, qual seria, essencialmente, a sua função social? Seria apenas uma consequência da sua existência e movimentação econômica por meio da criação de postos de trabalho diretos e indiretos ou, por outro ângulo, haveria um dever de agir ativo da empresa/empresário com a sociedade como um todo?

Ainda segundo Fábio Konder Comparato, essa seria uma visão contraditória à real função da empresa que, como uma entidade fundamentalmente capitalista é, por definição, atividade econômica de produção ou distribuição de bens ou serviços, e estaria sempre subordinada ao objetivo principal de apuração e distribuição de lucros.⁵⁷

O jurista conclui afirmando que:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social da empresa. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todos controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.⁵⁸

Portanto, a importante e dura concepção de Fábio Konder Comparato acerca do tema da função social da empresa, no sentido de que seu funcionamento presta serviço à sociedade ao passe que possibilita a circulação de riquezas e a criação de postos de trabalho, mas sem se esquivar da realidade no que tange ao claro objetivo de obtenção de lucro, o que pode, na

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder: **Estado, Empresa e Função Social**, Revista dos Tribunais, volume 732, outubro de 1996. p 39-46

⁵⁷ Ibid

⁵⁸ Ibid

ausência de controle e fiscalização, gerar abusos. Passa-se, agora, à análise jurisprudencial acerca desse princípio no bojo da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Merece destaque o acórdão da Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2166475-19.2017.8.26.000, apresentou na fundamentação de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi importante elucidação sobre o tema.

Preliminarmente, o julgador aponta o tratamento dado por Fábio Ulhoa Coelho à questão, que afirma: “Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas um conjunto bem maior de sujeitos”

É o que se presume da fundamentação da decisão, da qual se retira o seguinte trecho:

Salutar a observação de FÁBIO ULHOA COELHO, com apoio da doutrina, também sobre esse ponto: “Fábio Konder Comparato mostra como do princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF, extrai-se o da função social da empresa. A prosperidade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção (op. cit., pg. 37).

Na mesma linha são as ponderações de PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA, que trata da preservação da empresa, consignando que “existem inúmeros interessados: os empregados, que dela retiram o sustento; os fornecedores, cujo vínculo negocial corrobora com o lucro recíproco; a comunidade em que atua, que tem seus interesses de consumo satisfeitos e o próprio Estado, na condição de arrecadador de tributos ... Nessa situação, importa, em um primeiro momento, buscar a preservação da empresa em atendimento ao princípio da função social que não ostenta apenas um caráter restritivo ou delimitador, mas compreende o reconhecimento dos diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade” (Cadernos Jurídico da Escola Paulista da Magistratura, ano 16, nº 39, pg. 111).

Importantes também as observações de ADRIANA VALÉRIA PUGLIESI: “No direito brasileiro, a Lei n. 11.101/05 modificou expressivamente o enfoque do tratamento do empresário em crise, dando destaque, efetivamente, ao tratamento da crise das empresas, levando em consideração o centro múltiplo de interesses que esta representa: 'do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral'. Essa percepção provocou inegável deslocamento da análise do Direito da crise das empresas, que passou de uma feição meramente privatística (relação credores e devedor) para um caráter publicístico, trazendo a empresa (centro de atividade produtiva) para o cerne de tutela do ordenamento jurídico, ao se buscar disciplina para a manutenção da atividade produtiva, dos postos de trabalho e da preservação da concorrência saudável ao mercado. Essa mudança de perspectiva resulta da constatação de que 'uma empresa que encerra suas atividades devido a uma falência, por ex. provoca uma queda na capacidade produtiva da economia. Se suas instalações e equipamentos são sucateados, haverá uma queda permanente no produto potencial da economia. A atual lei concursal brasileira finalmente atualizou-se ante esse novo panorama social. O abandono do velho instituto da concordata, instituindo-se a recuperação (judicial ou

extrajudicial) é uma demonstração desse movimento” (Direito Falimentar e Preservação da Empresa, Ed. Quartier Latin, 2013, pgs. 25/26).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já deu relevo ao interesse maior da recuperação judicial ao afirmar que “A Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47” (AgRg no CC n. 129.079/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.03.2015). De todo o exposto extrai-se que a falência é um fato antissocial e extremamente prejudicial, “um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia” (Marlon Tomazette, citando o italiano Alfredo Rocco, Curso de Direito Empresarial, Ed. Atlas, 2014, vol. 3, pg. 270), que rompe com o regular sistema econômico pondo em risco a circulação de dinheiro, de bens e de serviços e extinguindo valorosos postos de trabalho, gerando, enfim, consequências nefastas que devem ser evitadas a todo custo. Preconiza TOMAZETTE, nessa linha, que há um sub-ramo do Direito Comercial, qual seja o direito da empresa em crise, que se preocupa em manter a atividade empresarial em funcionamento: “O moderno direito das empresas em crise preocupa-se essencialmente com o valor da empresa e funcionamento, isto é, com a manutenção da atividade, ao invés de dar primazia aos interesses dos credores. Não há mais uma visão liquidatária nesse ramo do Direito, buscando-se, sempre que possível, a manutenção da atividade” (op. cit., p. 08 grifo nosso).

PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA segue nessa linha ao anotar que “A ideia de falência, ressalta Eduardo Tomasevicius Filho, ‘vem sendo substituída pela de reorganização empresarial, a fim de manter a empresa em operação. Afasta-se o empresário, sem, contudo, encerrar a atividade empresarial. Dessa forma, além de atender-se ao princípio da preservação da empresa, que é a unidade de produção do sistema capitalista, são mantidos os empregos e recolhidos os impostos decorrentes do exercício da atividade empresarial” (op. cit., pg. 112).

Merece, ainda, destaque a ementa da decisão, que negou prosseguimento ao agravo de instrumento em tela e manteve a convolação da recuperação judicial em falência, *in fine*:

DECRETO DE FALÊNCIA. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA QUEBRA DA RECUPERANDA. A FALÊNCIA É MEDIDA EXTREMA QUE DEVE SER DECRETADA, ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA O SOERGIMENTO DA EMPRESA. VIABILIDADE EMPRESARIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO NOS AUTOS. EXPRESSIVO PASSIVO, EM MUITO SUPERIOR AO ATIVO. FORTES SUSPEITAS DE IRREGULARIDADES NÃO COMBATIDAS NOS AUTOS. ATIVIDADE EMPRESARIAL IRRECUPERÁVEL. FALÊNCIA BEM DECRETADA. Decreto de falência. Pedido de Recuperação judicial convolado em decreto de quebra. Empresa inviável. Falência. Medida extrema. Esgotamento de todos os meios para o soergimento da atividade empresarial. Princípio da preservação da empresa. Princípio da função social. Lei nº 11.101/2005. A empresa que deve ser preservada para que cumpra sua função social é aquela que se apresenta viável. A empresa deve ter a possibilidade de se reerguer, de dar continuidade à atividade desenvolvida e de produzir e gerar lucros futuros, apesar da crise econômico-financeira pela qual passa e que impede sejam honrados momentaneamente seus compromissos. Paralisação das atividades empresariais e perda do valor dos ativos caracterizada. Processo de recuperação judicial em tramitação há mais de seis anos sem cumprimento do plano. Situação que não pode ser admitida. A inoperância das recuperandas, atreladas às irregularidades cometidas na condução da recuperação judicial, revela justamente que a continuidade da atividade empresarial não é viável. Há suspeita de que os agentes presentes na recuperação voltaram-se à prática de simulações. Tudo a fim de salvar os ativos valiosos, em detrimento dos credores, o que não pode ser desconsiderado no decreto de falência. Ademais, o que fica claro nos autos é que já não se cuida de recuperação de empresa, mas de liquidação de ativos, visto que tudo que havia disponível foi entregue. Há uma distorção nesse tipo de recuperação, porque não visou soergimento da empresa, mas a distribuição de ativos entre os credores que participaram do

processo, excluindo-se os demais, inclusive a Fazenda Pública. Situação de insolvência irrecuperável. Falência bem decretada. Recurso não provido.⁵⁹

Conclui-se que a função social a ser cumprida pela empresa advém de seu próprio funcionamento de maneira responsável, com vistas a contribuir com o desenvolvimento socioeconômico do país pela manutenção de postos de trabalho, produção e divisão de riquezas e todos os demais benefícios de que possam gozar a coletividade como um todo. Isso não exclui o fator do lucro, que é o principal objetivo da empresa. Entretanto, visando o lucro no seu caminho de produção e circulação de bens ou serviços, o empresário gera benefício econômico e social importante para toda a coletividade.

1.5 LEGITIMIDADE E REQUISITOS PARA A POSTULAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O sistema adotado pela Lei nº 11.101/05 dota, com exclusividade o devedor empresário (que exerça regularmente a sua atividade há mais de 2 anos) de legitimidade ativa para a postulação da recuperação judicial que, como se depreende da leitura do art. 48, terá que preencher os seguintes requisitos: (i) não ser falido ou, caso tenha sido, as responsabilidades decorrentes da falência estejam declaradas extintas por sentença transitada em julgado; (ii) não ter obtido concessão de recuperação judicial há menos de 5 anos; (iii) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por crimes falimentares. Portanto, o benefício não pode ser requerido credores, administrador judicial, Ministério Público, ou concedido de ofício pelo juiz.

Para Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli “[...] trata-se de uma hipótese de legitimação indireta, o que não subtrai ao postulante a necessidade de comprovar que o devedor é empresário e exerce ou exercia regularmente a sua atividade”.⁶⁰

⁵⁹ SÃO PAULO. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2166475-19.2017.8.26.0000SP. DECRETO DE FALÊNCIA. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA QUEBRA DA RECUPERANDA. A FALÊNCIA É MEDIDA EXTREMA QUE DEVE SER DECRETADA, ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA O SOERGIMENTO DA EMPRESA. VIABILIDADE EMPRESARIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO NOS AUTOS. EXPRESSIVO PASSIVO, EM MUITO SUPERIOR AO ATIVO. FORTES SUSPEITAS DE IRREGULARIDADES NÃO COMBATIDAS NOS AUTOS. ATIVIDADE EMPRESARIAL IRRECUPERÁVEL. FALÊNCIA BEM DECRETADA. , Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 27/11/2017, , Data de Publicação: 29/11/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526301677/21664751920178260000-sp-2166475-1920178260000/inteiro-teor-526301696?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13/06/2019.

⁶⁰ AYOUB, op.cit.p. 7

O sócio remanescente está legitimado a requerer a recuperação da sociedade, tendo por referência os termos da parte final do art. 48, o que merece observação mais cautelosa. Nesse sentido, Sérgio Campinho comenta:

Na verdade, em se tratando de sociedade empresária, quem requer a recuperação judicial é a própria pessoa jurídica, por intermédio do seu órgão de administração. Portanto, a regra ao referir-se a sócio remanescente deve ser entendida em um contexto peculiar. Parece-nos que o objetivo é o de contemplar aquelas situações da unipessoalidade temporária das sociedades contratuais (Código Civil, artigo 1.033, inciso IV), quando o sócio único, pelo contrato social, não integra a administração da sociedade, que ficava exclusiva nas mãos do sócio que dela se retirou ou faleceu, por exemplo⁶¹

O que se depreende, logo de saída, é que as regras de legitimação para a recuperação judicial prevista pela LRF são formadas por seus artigos 1º e 48. Entretanto, não basta que o devedor seja empresário regular para legitimar-se à postulação, mas se faz, ainda, necessário o preenchimento dos demais requisitos previstos pelo artigo 48, sendo válida, portanto, maior atenção aos critérios de configuração do empresário no ordenamento pátrio, bem como dos requisitos necessários para a legitimação à postulação da recuperação judicial.⁶²

Isso se fundamenta na necessidade de distinção referente à submissão ao estatuto profissional do empresário frente a profissionais que se submetem a estatutos próprios, conforme elucidado por Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli ao afirmarem que “A norma de configuração do empresário serve para identificar aqueles profissionais que se submetem ao estatuto profissional do empresário, em oposição àqueles profissionais que se submetem a estatutos profissionais próprios, distintos do estatuto do empresário”. Anote-se que, dependendo da profissão, o profissional pode não se submeter a nenhum órgão ou estatuto de classe.

Dessa maneira, restam excluídos do conceito de empresário, de acordo com o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, os indivíduos que exercem atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Como regra geral, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli apontam que as profissões intelectuais, bem como as disciplinadas por estatuto profissional próprio sob regime de registro obrigatório, não serão consideradas empresárias.⁶³

Entretanto, existem casos em que as atividades intelectuais poderão ser qualificadas como empresárias, isto é, quando o seu exercício caracterizar *elemento de empresa*, conforme o artigo 966, parágrafo único, parte final, do CC. Trata-se aqui de qualificação de empresário formada com base em argumento de ordem quantitativa em vistas dos inúmeros fatores de

⁶¹ CAMPINHO, op.cit. p 128

⁶² AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit.. p. 5

⁶³ Ibid. p. 10

produção que necessitem de maior organização. Mesmo nesses casos não haverá legitimação para requerer a recuperação judicial, tal qual acontece com os produtores rurais, pela falta dos demais requisitos previstos na lei.⁶⁴

Cabe ressaltar, a necessidade de que os representantes das sociedades empresárias tenham obtido autorização dos sócios, mediante deliberação assemblear, para a postulação da recuperação judicial da empresa, conforme disposição do artigo 1.071, VIII, do Código Civil (leia-se recuperação judicial ao invés de concordata).

Anote-se a legitimidade de postulação de recuperação judicial referente ao produtor rural que, por expressa exclusão legal, não são considerados empresários, mediante o disposto no artigo 971 do Código Civil, o impede esses agentes econômicos de postularem os benefícios do instituto.

O referido dispositivo trata-se, a bem da verdade, de norma de transição da situação dos produtores rurais, de modo que a inscrição na junta comercial é facultativa e, portanto, constitutiva. Assim, mediante regularização do registro por meio da inscrição de seus atos constitutivos na Junta Comercial, o produtor rural e as sociedades que tiverem por objeto o exercício de atividade rural e atendam ao disposto no artigo 984 do Código Civil, estarão, se preenchidos os demais requisitos do artigo 48 da LRF, legitimados a postular a recuperação judicial de empresas.

No que tange ao requisito de exercício regular da atividade há mais de dois anos, o devedor deve comprovar que está efetivamente sendo exercida, medida que exclui a empresa que comprovadamente cessou o exercício de sua atividade sem que tenha sido liquidada. A prova do regular exercício é realizada mediante certidão extraída pela Junta Comercial e documentos contábeis que demonstrem efetivamente a realização da atividade, como balanços contábeis relativos aos três últimos exercícios (art. 51, II, da Lei de Recuperação Judicial e Falências).

Em referência à imposição de não ser falido ou, caso o tenha sido, a necessidade de declaração de extinção das responsabilidades advindas da falência por meio de sentença transitada em julgado, merece destaque que todo pedido de recuperação judicial é, necessariamente, anterior à decretação de falência.

Desse modo, o art. 95 da LRF permite, combinado com o artigo 98 da mesma lei, que o devedor apresente, no prazo de contestação ao pedido de falência ajuizado pelo credor, pedido

⁶⁴ Ibid p. 13

de recuperação judicial, o que obstará a possibilidade de o juiz decretar a falência, o que está embasado pelo artigo 96, IV, da LRF.

Em razão de não ter obtido concessão de recuperação há menos de 5 anos merece destaque em referência ao cômputo do prazo quinquenal, que tem seu início na data da concessão da recuperação judicial, ou melhor, na data da prolação da decisão a que se refere o artigo 58 da Lei nº 11.101/05. Em caso de necessidade de duplo grau de jurisdição, o termo inicial será a data da decisão prolatada pelo órgão *ad quem*.⁶⁵

Ainda nesta seara, conforme o art. 56, §4º, da LRF, caso concedida a recuperação judicial e, posteriormente, aprovada sua desistência, não há óbice à nova postulação de recuperação judicial, de forma que tal hipótese não configura abuso de direito.⁶⁶

No que tange à imposição de não ter como sócio administrador ou sócio controlador pessoa condenada por crime falimentar, tal posicionamento recebe duras críticas da doutrina, uma vez que gera confusão entre a empresa e seus sócios, indo contra o princípio da legislação acerca dessa diferenciação e, também, contra o princípio de preservação da atividade econômica contida no art. 47.

Dessa forma, em que pese o alcance extremamente limitado do dispositivo legal, tendo em vista que depende de condenação de sócio controlador ou de administrador por crime falimentar, a jurisprudência amenizou a rigidez desse requisito. Sobre isso, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli afirmam que:

A jurisprudência, no entanto já tratou de amenizar as consequências desse requisito de legitimação à recuperação, deixando claro que, em razão da separação entre o conceito de empresa e o de empresário, eventual responsabilidade dos administradores deverá ser apurada em conformidade com a regra do art. 82 da LRF.⁶⁷

Por fim, o artigo 2º da Lei de Recuperação Judicial e Falências se ocupa da disposição daqueles aos quais a lei não se aplica, quais sejam: (i) empresa pública e sociedade de economia mista; (ii) instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”.

⁶⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit.. p.28

⁶⁶ Ibid p. 28

⁶⁷ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit.. p.30

1.6 CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A LRF seguiu caminho contrário ao Decreto-lei nº 7.661/45 no que tange aos créditos englobados pela recuperação judicial, tendo em vista que, por força do artigo 147 da antiga legislação, a concordata alcançava apenas os credores quirografários. Dentre as profundas mudanças trazidas pela Lei nº 11.101/05, esta é uma delas, tendo em vista que a recuperação judicial de empresas alcança todos os credores do devedor existentes ao tempo do pedido, conforme previsto pelo artigo 49 da LRF. Segundo Cássio Cavali e Luiz Roberto Ayoub, esta ampliação se dá por conta do próprio princípio do instituto, qual seja o soerguimento da empresa, conforme previsto no artigo 47 do novel texto falimentar.⁶⁸

Isso porque o instituto anterior não era suficiente, tendo em vista que se tratava, ao fim e ao cabo, de moratória legal, sendo necessário maior esforço e requinte da legislação atual para o atendimento de sua finalidade, o que resultou em ampliação dos efeitos do processo recuperacional com vistas a abarcar outras classes de credores, que se relacionam com o devedor, possibilitando a formação de um plano que satisfaça os interesses dos destes, mas também possibilite ao devedor a superação da crise econômico-financeira que enfrenta.

Frisa-se que o objetivo da nova disciplina recuperacional é possibilitar a superação da crise econômico-financeira enfrentada pela empresa, de modo que não se sujeitar à recuperação todos os créditos existentes no tempo do pedido, sem se diferenciar quais desses são por obrigação de dar, fazer ou não fazer (art. 51,III, da LRF).

A mesma regra se aplica, com fundamento no próprio artigo 49, à créditos existentes anteriormente ao pedido da recuperação judicial mesmo que não tivessem ainda eficácia de pretensão, podendo ser créditos contratuais, extracontratuais ou cambiários. O que importa é ser originado por fato anterior ao pedido de recuperação. Em caso de reconhecimento por sentença condenatória posterior ao pedido de recuperação, mas com referência a fato gerador ocorrido antes deste, o STJ entende, por meio do Enunciado 6 de sua Secretaria de Jurisprudência, que o crédito é submetido ao plano se for originado por fato preexistente à concessão de recuperação judicial.⁶⁹

Também estão sujeitos à recuperação judicial aqueles créditos referentes a serviços públicos essenciais nascidos anteriormente ao pedido, isso porque tais serviços influenciam na regular manutenção da atividade econômica. Anote-se que, pelo seu caráter de essencialidade,

⁶⁸ Ibid p. 35

⁶⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, op.cit. p. 38

é proibido o corte de seu fornecimento, por força do artigo 49, §3º, parte final, com o intuito de que não seja prejudicada a manutenção da atividade.

Portanto, via de regra, todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles que são excluídos por mandamento legal, estão submetidos aos efeitos advindos do regular processamento da recuperação judicial.

É assim que dispõe o artigo 49 da LRF, *in verbis*:

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

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

§ 2 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.

§ 3 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.

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

§ 5 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.” (Grifo nosso)

Existem, ainda, além dos créditos expressamente excluídos de sujeição à recuperação judicial pelos §§ 3º e 4º do artigo 49, como apontado por Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavali, “uma série de exceções a prever que determinados créditos não se submetem à recuperação judicial”, a exemplo do que acontece com os créditos tributários, excluídos por força do artigo 187 do CTN.

Outro exemplo desse tipo de crédito são as obrigações contraídas para a propositura e processamento da recuperação judicial, a exemplo dos honorários advocatícios, que não se sujeitam à recuperação.⁷⁰ Esses créditos, no entanto, não são expressamente excluídos pela Lei

⁷⁰ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, op.cit., p. 48

nº 11.101/05, mas seguem de análise de outros requisitos impostos pela própria legislação falimentar.

Tendo em vista o foco do presente trabalho é a proposta da inclusão dos créditos lastreados em alienação fiduciária como sujeitos ao plano deve-se ater a eles.

Entretanto, para isso, faz-se necessário destacar o ensinamento de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli acerca do que os autores chamam de “significado da sujeição de crédito à recuperação”, o que se trata, fundamentalmente, da distinção da norma contida no *caput* do artigo 49 daquela explicitada pelo artigo 59, ambos da Lei de Recuperação Judicial e Falências.⁷¹

Os autores ressaltam que o plano de recuperação judicial afeta os credores de duas formas, sendo a primeira estampada no art. 50 da Lei nº 11.101/05, a qual impõe dilações nos prazos de pagamento e abatimentos nos valores dos créditos, tudo a depender do que estiver acordado no plano de recuperação judicial, o que só recai sobre os créditos sujeitos ao plano recuperacional.

De outra sorte, há possibilidade de afetação daquele credor para o qual a legislação não prevê dilações de prazo para pagamento. Isso porque o plano pode prever e dispor sobre a reestruturação de ativos da devedora, de modo que é permitida a alteração da composição dos ativos, o que modifica o conjunto de bens que respondem pelas obrigações do devedor e, portanto, afeta a esses credores⁷². É nesse sentido que Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, *in fine*:

[...] o plano pode prever reestruturação de ativos da empresa [sic] devedora, como, por exemplo, a venda parcial de bens ou de unidades produtivas isoladas. Nesse caso, o crédito que não foi expressamente objeto do plano deixará de ter garantias patrimoniais que antes possuía. Isto é, conquanto via de regra o plano não possa suprimir garantias reais ou fidejussórias (arts. 59, 50, §1º, e 49, §§ 1º 3 5º, da LRF), o plano pode alterar a composição de ativos da empresa [sic], afetando, desse modo, o conjunto de bens que respondem pelas obrigações do devedor. [...] O plano pode alterar esse conjunto de bens de modo a que, assim, os credores não mais encontrem no patrimônio do devedor os mesmos ativos que antes estavam a garantir a satisfação de seus créditos. E se essa alteração na composição patrimonial estiver prevista em plano de recuperação aprovado em assembleia geral de credores e judicialmente homologado, esse plano vincula a todos os credores sujeitos à recuperação

E, por fim, concluem o raciocínio:

Todos os credores a que a Lei de Recuperação e Falências não sujeitou a recuperação judicial são credores que, de um lado, estão imunes a cláusulas do plano de recuperação que alterem a sua posição creditícia e suas garantias específicas. No entanto, esses credores nada podem opor a alterações na composição patrimonial geral

⁷¹ Ibid p. 45

⁷² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio.op.cit p. 46

da empresa devedora. Por isso, eventual alienação de ativos realizada em consonância com o plano aprovado e homologado será eficaz inclusive perante esses credores não sujeitos ao plano.

Diante do exposto, está aberto o caminho para a análise dos créditos lastreados em alienação fiduciária em garantia, mais especificamente o estudo da sua não sujeição ao plano de recuperação judicial em face da primeira modalidade de sujeição, por expressa exclusão realizada pelo § 3º do artigo 49. Entretanto, cabe a ressalva de que será reservado tópico próprio em capítulo destinado especificamente à alienação fiduciária em garantia, o que se faz por organização metodológica.

1.6.1 CRÉDITOS EXTRAJUDICIAIS EM CASO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA

São os créditos que surgem apenas com a decretação de falência, porque se tratam de créditos não sujeitos à recuperação e que, quando da convocação da recuperação judicial em falência, receberão tratamento mais favorecido.

O artigo 67 da LRF dota a expressão de sentido mais específico, tendo em vista de que trata de créditos originados após a data do pedido de recuperação judicial, que receberão tratamento mais favorecido em caso de insucesso do processo recuperacional e conseqüente convocação em falência. Pode-se afirmar, a contrário sensu, que caso vingue a recuperação, os referidos créditos são extra recuperacionais.

Nem todos os créditos recebem a qualidade de extraconcurais em caso de falência, como ensina o artigo 67 da LRF, vejamos:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcurais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. **Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.** [grifo nosso].

Destaca-se, por fim, o Enunciado 9 da Secretaria de Jurisprudência do STJ: “Classificam-se como extraconcurais os créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência”.⁷³ Portanto, são extraconcurais os créditos que passaram a existir

⁷³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit. p. 67

após o deferimento do processamento da recuperação judicial, vindo a alcançar tal status caso a falência seja decretada, e não antes dela.

2 OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOB O ENFOQUE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, SEU SURGIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, CONCEITO, NATUREZA, EFEITOS JURÍDICOS E SUA NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente, cabe ressaltar que o objeto central da presente monografia trata, em sua essência, de recuperação e satisfação de crédito, com olhar especial voltada para a impossibilidade de satisfação deste em momento de crise econômica enfrentada pela empresa. Nesse escopo, seria impossível concluir o presente estudo sem que fosse feita análise das garantias do credor em face do devedor, o que se pretende realizar por meio do capítulo em tela. Cumpre, ainda, destacar a restrição, por opção teórico-metodológica, ao instituto da alienação fiduciária em garantia, o que não impede breves comentários acerca de temas que o tangenciem.

A atividade empresarial necessita de crédito, seja para sua regular operação seja para a obtenção de novos investimentos e expansão. Além disso, a atividade organizada para a circulação ou produção de bens ou serviços, na forma prevista pelo artigo 966 do Código Civil que define o que é ser empresário, está naturalmente atrelada à ideia de se contrair obrigações de um modo geral. Entretanto, o tratamento dado a essa relação entre o direito concursal e o direito obrigacional será dado, por conta da delimitação do tema, sob a ótica dos direitos reais de garantia, posto que a alienação fiduciária em garantia é uma de suas espécies.

O surgimento da alienação fiduciária em garantia no Brasil se deu, segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, por meio do Decreto-lei nº 911/69, uma vez que alterou o artigo 66 da Lei nº 4.728/65 com vistas a fomentar o consumo no país através da flexibilização de acesso aos bens de consumo.⁷⁴ Em um primeiro momento havia a discussão sobre a sua aplicabilidade em relação aos bens imóveis, o que não se opera atualmente por conta da Lei nº 5.914/97.

A compreensão da importância do instituto da alienação fiduciária em garantia para o desenvolvimento econômico do país necessita da sua análise histórica, o que fundamenta o seu surgimento e sua finalidade, bem como aponta para sua aplicação prática nos dias de hoje. Mostra-se, por consectário lógico, necessário o estudo da evolução dos direitos reais em garantia, o que merece tópico próprio.

⁷⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Laumen Juris, 2010. p. 461

2.1 ESBOÇO HISTÓRICO E INTRODUÇÃO DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA.

Como ressaltado no tópico anterior, o direito concursal guarda intrínseca relação com o direito das obrigações e, por consectário lógico, com o direito das coisas, também denominado de direitos reais. A rotina da atividade empresarial tangencia estes ramos do direito corriqueiramente de modo que guarda certa influência sobre a sua formação, ao passo que o surgimento de novas formas de produzir, consumir, distribuir os produtos que fornecem torna-se necessário, também, atualização da tutela jurisdicional prestada. Dessa forma, é correto afirmar que a evolução histórica do direito falimentar serve, em inúmeras partes, aos direitos reais de garantia o que, todavia, não extingue a necessidade dos apontamentos específicos que serão feitos no presente capítulo.

O processo de humanização do direito creditório, conforme demonstrado anteriormente, alcançou o que hoje se denomina, nas palavras de Marco Aurélio Bezerra de Melo, de “[...] sujeição patrimonial do devedor em contraposição à sujeição corporal que se findara.”⁷⁵. Cabe destaque aqui ao marco histórico da *Lex Poteilia Papiria*, 326 a.C, responsável pela inauguração dessa novel forma de tratativa dos créditos não satisfeitos, conforme demonstrado anteriormente.

É nesse contexto de mitigação da sujeição corporal que se impôs aos juristas, em especial aos romanos, a necessidade de criação de novos mecanismos capazes de garantir a satisfação do crédito sob a novel ótica da responsabilidade patrimonial do devedor. Novamente, Marco Aurélio Bezerra de Melo⁷⁶, proporciona importante e assertiva passagem referente ao tema, *in verbis*:

O término da sujeição corporal estava a exigir da fértil imaginação do povo romano a criação de novos mecanismos de garantia do credor que levassem em consideração a máxima atual de que é o patrimônio que responde pelas obrigações do devedor, conforme estabelece o artigo 391 do Código Civil que ‘pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor’.

Em complemento ao posicionamento de Marco Aurélio Bezerra de Melo, merecem destaque as palavras de Maria Helena Diniz que, ao tratar de transição entre a sujeição corporal e a sujeição patrimonial da dívida afirmou que “[...] a idéia de garantia de dívida ligou-se ao patrimônio ou aos bens do devedor, sua vida e liberdade deixaram de responder pelos seus débitos”.⁷⁷

⁷⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Op.cit.** p. 375.

⁷⁶ *Ibid.*, p.375

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 4º volume: direito das coisas. 22. ed. ver. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 461.

Entretanto, como ressalta a autora, esse sistema de garantia genérico não se mostrou suficiente, possibilitando fraudes e simulações, restando aberto o caminho para o surgimento de duas novas espécies de garantia: (i) *pessoal* ou *fidejussória* (que não será abordada pela monografia em tela), por meio da qual terceiro obrigava-se a pagar o débito oriundo da relação principal em caso de inadimplemento (ii) *real* (protagonista deste capítulo), pela qual se destina todo ou parte do patrimônio do credor ou de terceiro com a finalidade; e de assegurar o cumprimento da obrigação.⁷⁸

Dentre as espécies de garantia real, a primeira a surgir foi a *fidúcia*, por meio da qual o devedor transmitia ao credor o domínio de um bem, de modo que este deveria ser devolvido quando satisfeita a obrigação⁷⁹. Não logrou grande êxito por se mostrar insuficiente, principalmente em face do devedor, que não tinha meios para impedir alienação da coisa nem, tampouco, de reivindicá-la. Como forma de superar tal dificuldade, surgiu o penhor, por meio do qual era transferida somente a posse do bem ao credor, que atuava na figura de depositário, permanecendo o devedor com a propriedade.⁸⁰ Em que pese o avanço, permaneceu a impossibilidade de uso e fruição da coisa. A espécie de garantia real com maior relevância foi a hipoteca, que permitiu a comunhão da garantia real do credor com a manutenção da posse e da propriedade com o devedor, conforme ensina Marco Aurélio Bezerra de Melo “A derradeira fase da evolução se deu com a hipoteca em que a garantia real do credor persiste, possibilitando que o devedor permaneça na posse e propriedade do bem”.⁸¹

Hodiernamente, em se tratando de garantias reais, cumpre destacar que temos, no direito brasileiro, positivados o penhor, a anticrese, a hipoteca e a propriedade fiduciária, que guardam em comum a existência de um ou mais bens vinculados ao cumprimento de uma obrigação, sendo facultada a sua excussão para a efetivação do direito do credor. Dessa forma, é notória a maior proteção conferida ao credor por meio da utilização de garantia real, tendo em vista que há um bem determinado sobre o qual incide o gravame, sendo sua liberação condicionada, em regra, ao adimplemento da obrigação.

Cumprido, ainda, destacar o conceito dos direitos reais em garantia, posto que, além de guardar relação direta com todas as modalidades positivadas pelo ordenamento pátrio, a sua definição influencia a produção de efeitos jurídicos característicos, presentes em todas as espécies do gênero. Dessa maneira, torna-se possível a abordagem direta do instituto da

⁷⁸ Ibid., p. 462.

⁷⁹ Ibid., p. 462.

⁸⁰ MELO, op. cit. p. 376

⁸¹ Ibid. p. 376

alienação fiduciária em garantia sem que se corra o risco de relegar a segundo plano as semelhanças guardadas com as demais espécies de garantia real.

Pode-se dizer que direito real de garantia é o que vincula determinada coisa (dada em garantia pelo devedor) diretamente ao poder do credor, com o intuito de assegurar a este que haverá a satisfação de seu débito em caso de inadimplência. Assim se posiciona Marco Aurélio Bezerra de Melo ao dizer que “Os direitos reais em garantia são direitos subjetivos constituídos pelo devedor ou por um terceiro em favor do credor, mediante a afetação de um bem, cujo valor representativo, no momento da execução, garantirá o cumprimento da obrigação”.⁸² O autor arremata marcando a diferença existente entre os direitos reais de garantia com os direitos reais de gozo e fruição, *in verbis*:

Diferenciam-se dos direitos reais de gozo ou fruição, tais como as servidões, o usufruto, o uso e a habitação, pois estes são constituídos mediante a restrição dos poderes dominiais em favor do titular do direito real sobre a coisa, enquanto nos direitos reais de garantia a coisa é apenas afetada para garantir o crédito. Nos primeiros, o direito se realiza independentemente de uma relação de direito pessoal, ao passo que os direitos reais de garantia vivem à margem e sob a dependência do direito pessoal de crédito que a ele cede.⁸³

Não é diferente o entendimento de Maria Helena Diniz que, ao conceituar o direito real de garantia, lança mão de grande ensinamento elaborado por Orlando Gomes ao afirmar que “[...] o direito real de garantia é o que confere ao seu titular o poder de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação”.⁸⁴

Não deixa, porém, a autora, de construir a sua própria definição, quando conclui:

Fácil é notar que: a) nos direitos reais de garantia há vinculação de certo bem do devedor ao pagamento de um débito, sem que o credor possa dele usar e gozar, mesmo quando retém o objeto em seu poder (penhor), e qualquer rendimento desse bem é destinado exclusivamente à liquidação da dívida (anticrese), ao passo que, nos direitos reais de gozo, o seu titular pode usar e fruir das utilidades da coisa, da qual tem posse direta, implicando restrições ao *jus utendi e fruendi* do proprietário do bem; b) os direitos reais de garantia são acessórios, pressupõem sempre a existência de um direito de crédito, a que servem de garantia enquanto os de gozo são autônomos; c) os direitos reais de garantia visam obter certa soma em dinheiro, mediante sua alienação, sendo, portanto, direitos ao valor da coisa; os direitos reais de gozo são direitos à substância do bem, para a utilização de suas utilidades ou vantagens, ou, por outras palavras, nos de garantia o titular só poderá obter a satisfação do débito, por meio do preço ou da renda da coisa dada em garantia e nos de gozo o titular pode usar o bem diretamente.⁸⁵

Superada a conceituação dos direitos reais de garantia, importa destacar que as demais características, a exemplo de efeitos jurídicos, requisitos, vencimento, dentre outros, serão

⁸² Ibid. p.376

⁸³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de op. cit. p. 376

⁸⁴ ORLANDO, Gomes. Alienação fiduciária em garantia. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. apud. DINIZ, Maria Helena, op. cit.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p.464

tratados especificamente dentro de tópico destinado exclusivamente à alienação fiduciária em garantia. Isso se explica por opção metodológica, conferindo maior para o instituto sob estudo.

2.2 REFERÊNCIA HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO COM FOCO NOS BENS IMÓVEIS

O Direito brasileiro, de inspiração romanista, guarda fortíssimas raízes com o antigo direito romano, que conheceu uma espécie de negócio jurídico, denominada de “fidúcia”, vocábulo que significa confiança, segurança. O instituto, segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, “nasceu no direito romano sob duas óticas: a fidúcia *cum amico* e a fidúcia *cum creditore*”.⁸⁶ A primeira modalidade consistia na transferência da propriedade a um amigo diante de alguma circunstância capaz de originar tal interesse, mas com a confiança de que quando tal motivação cessasse o bem seria restituído a ele (alienante). Já na segunda, o devedor (fiduciante), transferia a propriedade da coisa ao credor (fiduciário), como forma de garantia de determinada obrigação, confiando que, em razão do adimplemento, a propriedade do bem lhe seria restituída.⁸⁷ A opinião do autor recebe a chancela de Maria Helena Diniz⁸⁸ que adota posicionamento substancialmente idêntico ao tratar da fidúcia romana, confira-se:

A fidúcia cum amico era tão-somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias como o risco de perecer na guerra, viagem, perdas em razão de acontecimentos políticos etc. A *fidúcia cum creditore* já continha caráter assecuratório ou de garanti, pois o devedor vendia seus bens ao credor, sob a condição de recuperá-los se, dentro de certo prazo, efetuasse o pagamento do débito.

Merece destaque que, em que pese a afirmativa da autora de que “o devedor vendia seus bens ao credor”, o que ocorria de fato, pela natureza própria do instituto, era a transferência dos bens em favor do credor, o que está presente em ambas as modalidades da fidúcia romana, muito bem pontuado pela própria Maria Helena Diniz em passagem posterior, quando disse:

Como se vê, nestas duas espécies de fidúcia havia uma transferência da coisa ou direito para determinado fim, com a obrigação do adquirente de restituí-lo ao alienante, depois de cumprido o objetivo a que se pretendia.⁸⁹

⁸⁶ MELO, op. cit. p. 459

⁸⁷ Ibid. p. 459

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p.569

⁸⁹ Ibid. p.569

O instituto, entretanto, não teve vida duradoura, posto que muito desfavorável ao devedor que não poderia utilizar ou fruir da coisa em razão da transferência da sua propriedade, bem como se via bastante vulnerável ao credor, chegando a depender exclusivamente de sua vontade. Mesmo que, posteriormente, houvesse a *actio fidúcia*, esta ação era pessoal contra o credor e apenas conferia a possibilidade de indenização pela quebra do pacto fiduciário, não havendo impacto direto sobre a destinação da coisa. Depreende-se, portanto, que a confiança era elemento fundamental para o perfeito desenrolar da fidúcia romana.

Ao traçar um paralelo com os dias, Marco Aurélio Bezerra de Melo⁹⁰ expressa a assertiva opinião de que a confiança ainda se faz necessária, mesmo que não seja mais requisito fundamental, sob a forma de boa-fé, confira-se:

Na atualidade, exige-se boa-fé de modo mais intenso do devedor a quem se transfere apenas a posse direta do bem na qualidade de depositário e este tem maior garantia, pois com a quitação da dívida opera-se a condição resolutiva extinguindo-se automaticamente a propriedade do credor sem que dele se exija nenhum comportamento, positivo ou negativo.

Nesse ponto observa-se aproximação do direito brasileiro como direito germânico, posto que a distinção da fidúcia deste em relação à romana se faz em torno da condição resolutiva sob a qual a coisa era dada em garantia, haja vista determinação acerca do o retorno da propriedade ao devedor quando cumprida a obrigação.

Merece destaque, ainda, a forma por meio da qual a alienação fiduciária em garantia foi introduzida no direito brasileiro, bem como o contexto histórico em que ocorreu a sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio. Sobre isso, anote-se lição de Maria Helena Diniz⁹¹, que aponta para o crescente processo de industrialização enfrentado pelo Brasil a partir de 1930, que apresentou crescimento econômico por meio de redistribuição de renda. Entretanto, ainda segundo a autora, tal modelo teria originado, na década de 60, crise econômica que veio a representar ociosidade do parque industrial brasileiro, o que induziu o Governo a buscar novas formas de promoção da economia nacional. Nesse contexto, uma das soluções seria o fomento das empresas privadas com vistas a gerar desenvolvimento, o que carecia de nova estrutura econômico-jurídica, tendo surgimento do mercado de capitais, por meio da Lei nº 4.728/65.

Assim, por intermédio do Decreto-lei 911/69, que alterou o art. 66 da Lei de Mercado e Capitais (Lei nº 4.728/65), a alienação fiduciária em garantia teria, finalmente, sido

⁹⁰ MELO, op. cit. p. 460

⁹¹ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 570

introduzida ao direito brasileiro, com o escopo de melhorar vantajosamente as operações de crédito e possibilitar o financiamento de bens de consumo. É o que defende Marco Aurélio Bezerra de Melo⁹², que disse:

Assim, temos que no Brasil a lei que instituiu a alienação fiduciária em garantia foi o Decreto-lei nº 911/69, que alterou o artigo 66 da Lei nº 4.728/65 (lei de mercado de capitais) com claros objetivos de fomentar o consumo no país, contribuindo para o seu crescimento e permitindo à população o acesso mais efetivo aos chamados bens de consumo, como automóveis, motocicletas e eletrodomésticos [...]

Entretanto, o artigo 1º do Decreto-lei nº 911/69 implementou no Brasil a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, posto que, por força sua, o artigo 66 da Lei nº 4.728/65 foi dotado de novel redação, *ipsis litteris*:

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.⁹³

Nessa toada, Hércules Aghiarian ressalta a impossibilidade da aplicação do instituto em referência a bens imóveis, com fundamento de que os direitos reais só podem ser criados por lei, tendo em vista o princípio da taxatividade. Fato é que a alienação fiduciária não era, na época da publicação da obra, prevista pelo artigo 674 do antigo Código Civil e, por atenção à característica de segurança que se atribui ao conceito clássico de propriedade, o autor defende que foi imperiosa a necessidade do surgimento da Lei nº 9.514/97, responsável, dentre outras coisas, por “criar um novo direito real incidente sobre bens imóveis: a Alienação Fiduciária de bens imóveis”.⁹⁴

Ainda em se tratando da introdução do instituto no direito brasileiro, o autor ressaltou a inadequação do Código Civil vigente à época em referência direta à hipoteca, de forma que afirmou que “a anticrese soa como um instituto vetusto e de existência abandonada em nossa codificação, quando melhor superada pelo também pouco aplicado penhor judicial de renda, de frutos”.⁹⁵ Ressalta, também a dupla finalidade da alienação fiduciária de tornar-se “supedâneo”

⁹² MELO, op. cit. p. 461

⁹³ BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

⁹⁴ AGHIARIAN, Hércules. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia**: lei 9.514/1997. Boletim de Doutrina ADCOAS. Rio de Janeiro. v.3. n.7. p.172-179. jul. 2000.

⁹⁵ Ibid

garantidor, substituindo a hipoteca, bem como o estímulo à circulação de riquezas ocasionado pela menor burocracia e maior eficácia técnica do novo instituto.

Em consonância, ao menos em parte, com a opinião do autor supramencionado, o Código Civil de 2002 também passou a disciplinar o instituto, mesmo que em linhas gerais, conforme se depreende dos artigos 1.361 a 1.368, sob o título “Da propriedade fiduciária”, voltada para a coisa móvel, e que tem aplicabilidade condicionada à observância da legislação especial.

Portanto, não restam dúvidas de que a alienação fiduciária em garantia surgiu para dar robustez e dinamismo ao sistema de crédito brasileiro, intuito de fomentar a circulação de riquezas por meio de incentivo à concessão de crédito haja vista a grande proteção que confere ao credor, especialmente em se tratando de hipótese de incidência sobre bem imóvel, bem como a flexibilização e conforto conferidos ao devedor que pode usar e gozar da coisa mesmo enquanto esta não lhe pertence totalmente.

2.3 CONCEITO, ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Em um primeiro momento cumpre, por força didática, elucidar que a alienação fiduciária em garantia comporta diferentes regimes jurídicos, determinados por lei especial. As suas diversas espécies podem incidir sobre bens móveis e imóveis, infungíveis e fungíveis, tendo em vista a Lei nº 10.931/2004, que alterou a redação do artigo 66-B da Lei nº 4.728/1965, afirmando, em seu § 3º, que “É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível [...]”⁹⁶. O código Civil também foi alvo de edição imposta pelo referido regime legal, recebendo a inclusão do art. 1.368 – A que positiva o fracionamento dos regimes jurídicos de incidência da propriedade fiduciária ao afirmar que “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais [...]”⁹⁷. Tal anotação se mostra de suma importância tendo em vista que a presente monografia abordará, tão somente, a modalidade incidente sobre bens imóveis o que não impede, todavia, apontamentos a serem feitos comparativamente à espécie surgida anteriormente, isto é, aquela incidente sobre bens móveis.

⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 4.278, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, DF: Presidência da República [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

Conforme já explicitado, os textos legais que regulamentam a alienação fiduciária em garantia de bens móveis (Decreto-lei 911/69) e de bens imóveis (Lei 9.514/1997) são diversos, o que poderia gerar o entendimento equivocado de que se tratam de dois institutos completamente independentes quando, a bem da verdade, mesmo que presentes particularidades, o conceito, natureza jurídica e desdobramentos e efeitos jurídicos se mostram extremamente semelhantes. Cabe, ainda, reiterar que o instituto foi introduzido no Brasil por meio da Lei nº 4.728/1965, que, por sua vez, se viu alterada pelo Decreto-lei 911/69, dotando de nova redação o artigo 66 da referida lei, confira-se:

Art 1º O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: (Vide Lei nº 10.931, de 2004)

‘Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. [...]’⁹⁸

Posteriormente, houve o surgimento da Lei nº 9.514/1997, que passou a regulamentar a incidência da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis. No ano de 2007 o artigo 22 da referida Lei, responsável pela definição e incidência do instituto, foi alterado, por força da Lei nº 11.481/2007, tendo agora a seguinte redação:

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

§ 1 A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfiteúaticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação

IV - a propriedade superficiária.

§ 2 Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1o deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.⁹⁹

Pela leitura de ambos os dispositivos, pode-se definir a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico por meio do qual o fiduciante (devedor ou alienante) transfere ao fiduciário (credor ou adquirente) a propriedade, em caráter resolúvel, e a posse indireta da

⁹⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

coisa (móvel ou imóvel), permanecendo com a posse direta, sob a pretensão de, uma vez quitada a obrigação, adquirir a condição de pleno proprietário do bem. Nesse sentido, vale destaque para as palavras de Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁰⁰, confira-se:

Alienação fiduciária em garantia ou propriedade fiduciária é o direito real de garantia pelo qual o devedor aliena ao credor, para fins de garantia, a propriedade de um bem resolúvel e a posse indireta, permanecendo o devedor com a posse direta, tornando-se proprietário pleno com a quitação integral da obrigação à qual adere.

Adotando linha de raciocínio semelhante, podemos citar Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que conceituam o instituto da alienação fiduciária em garantia da seguinte maneira:

Como negócio jurídico bilateral, perfaz-se a alienação fiduciária quando o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem móvel (excepcionalmente de imóvel), em garantia de financiamento efetuado pelo devedor alienante – que se mantém na posse direta da coisa – resolvendo-se o direito do credor fiduciário com o posterior adimplemento da dívida garantida.¹⁰¹

O objetivo em vista é de garantir, por meio da propriedade fiduciária, uma obrigação assumida pelo devedor fiduciante em prol do credor fiduciário, que se converte automaticamente em proprietário e possuidor indireto do bem garante para que, em hipótese de inadimplemento, tenha satisfeita a dívida de maneira mais célere e eficaz. Cabe, em atenção ao artigo 1.368-A do Código Civil, trazer a possibilidade de se chamar de propriedade fiduciária a propriedade resolúvel sobre a qual versa o artigo 22 da Lei nº 9.514/1997, sob a necessária ressalva de que, tecnicamente, a primeira é, em realidade, modalidade específica da segunda. Anote-se, ainda, que o artigo 23 do mesmo texto legal abarca a expressão “propriedade fiduciária de coisa imóvel”.

De forma diferente do instituto romano, onde o requisito basilar para seu funcionamento era a confiança, o que determina a restituição da propriedade ao devedor, hodiernamente, é cláusula inserida no negócio jurídico originário, restando imposto ao credor que o faça ao tempo do adimplemento da obrigação. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰², a fidúcia expressaria, tão somente, o princípio de confiança basilar de toda e qualquer relação obrigacional, sob a pena de que o princípio da boa-fé objetiva seja lesado, confira-se:

Portanto, em uma renovada visão do direito civil, tenhamos a fidúcia como uma expressão do princípio da confiança, base e substrato de qualquer relação obrigacional em sua concepção finalista de processo. Ou seja, o negócio jurídico de alienação

¹⁰⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit. p. 461

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 530

¹⁰² Ibid. p. 530

fiduciária é um conjunto de atos coordenados que, desde a fase pré-contratual (tratativas) até a fase pós-contratual, requer que os contratantes atuem com lealdade e cooperação, a fim de que não sejam lesadas as legítimas expectativas comuns, caracterizadas pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

Sobre isso, exemplar é o posicionamento de Orlando Gomes¹⁰³, que atenta para a mitigação do elemento *confiança*, ao afirmar o legislador “preferiu o mecanismo da propriedade resolúvel e determinou a *reversão indeclinável da propriedade* ao fiduciante, com o implemento da *condição resolutiva*, o fator *confiança fidúcia* desaparece de cena [...]”. Isso porque, segundo o autor quando a própria lei introduz a alienação fiduciária no esquema da propriedade resolúvel, o risco que demanda confiança está eliminado, uma vez que com o implemento da condição resolutória o fiduciante se torna, automaticamente, proprietário da coisa e tem o poder de reivindicá-la em caso de descumprimento do pacto por parte do fiduciário. Termina seu raciocínio dizendo que a segurança de reaver a coisa não está na correção moral do fiduciário, mas na disposição legal que determina a reversão.

Marco Aurélio Bezerra de Melo concorda com o posicionamento que o elemento da confiança já não mais se faz revertido pelo mesmo grau de importância da época romana, posto que o autor defende que a proteção legal confere ao devedor fiduciante a recuperação da propriedade do bem alienado em caso de cumprimento de sua obrigação.¹⁰⁴

Divergem, entretanto, os autores quanto ao que tange às suas definições acerca da alienação fiduciária em garantia com base em uma peculiaridade pouco enfrentada pelos escritores de modo geral. Marco Aurélio Bezerra de Melo defende que a alienação fiduciária em garantia teria recebido a designação de propriedade fiduciária, por força do Código Civil de 2002 (vide artigos 1.361 a 1.368-A)¹⁰⁵, o que dá a falsa impressão de que se trata de um único instituto que atende por duas denominações diversas. Sob a ótica de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, trata-se a primeira de negócio jurídico, enquanto a segunda seria a garantia real em si. José Carlos Moreira Alves, defensor do mesmo posicionamento, afirma categórico:

Os autores que se têm ocupado, em nosso país, com a alienação fiduciária em garantia não fazem, com a necessária nitidez, distinção que é indispensável para o estudo sistemático desse instituto jurídico. Dão eles a impressão de que a alienação fiduciária é nova forma de garantia real. E daí nascem erros inadmissíveis, pois a alienação fiduciária não é modalidade de garantia real, tal qual não são o contrato de penhor e o contrato de hipoteca. O penhor e a hipoteca é que são espécies de garantia real.¹⁰⁶

¹⁰³ GOMES, Orlando. Perfil Dogmático da Alienação Fiduciária. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. São Paulo, 2011. vol.5. p 475-81. 2006.

¹⁰⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit. p 464

¹⁰⁵ Ibid.p 459

¹⁰⁶ ALVES, José Carlos Moreira apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit. p. 530

Maria Helena Diniz reafirma o posicionamento, conceituando a alienação fiduciária em garantia como “negócio jurídico subordinado a uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, com o implemento dessa condição [...]”. A autora arremata a sua definição dizendo:

[...] a alienação fiduciária é um negócio jurídico, que apresenta os seguintes caracteres : a) é bilateral, já que cria obrigações tanto para o fiduciário como para o fiduciante; b) é oneroso, porque beneficia a ambos, proporcionando instrumento creditício ao alienante, e assecuratório ao adquirente; c) é acessório, pois depende, para sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir; d) é formal, porque requer sempre, para constituir-se, instrumento escrito, público ou particular; e) é indivisível, pois o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia ainda que esta compreenda vários bens, exceto disposição expressa no título ou na quitação (CC, ARTS. 1.367 e 1.421).

A propriedade fiduciária (CC, art. 1361, §§ 1º a 3º) difere da alienação fiduciária em garantia, mas é uma garantia real, pela qual se transfere o direito de propriedade limitado ou resolúvel de bem móvel infungível, em benefício de um credor, para garantir uma obrigação, ou melhor, uma concessão de crédito, restringindo os poderes do proprietário fiduciário.

A anotação acerca da diferenciação supracitada se faz necessária para a própria definição do instituto e de sua natureza jurídica. Como recuperação do deslize cometido ao tratar alienação e propriedade fiduciária como um só instituto, Marco Aurélio Bezerra de Melo defende o caráter contratual de sua estrutura que, quando registrado no cartório competente se constitui em um direito real de garantia. Nas palavras do autor “Estruturalmente, é contrato, e no campo dos efeitos jurídicos é direito real de garantia após o devido registro no cartório competente”.¹⁰⁷

No mesmo sentido é a definição realizada por Sílvio Rodrigues, realizada sob o prisma de negócio jurídico, confira-se:

“negócio jurídico mediante o qual o adquirente de um bem transfere o domínio do mesmo ao credor que emprestou o dinheiro para pagar-lhe o preço, continuando, entretanto, o alienante a possuí-lo pelo *constituto possessório*, resolvendo-se o domínio do credor, quando for ele pago de seu crédito”.¹⁰⁸

Dessa forma, para a real compreensão do instituto no que tange à sua natureza jurídica e fundamentação dogmática, se faz impositiva a lição de Orlando Gomes¹⁰⁹, de forma que precisamos atentar para discussão jurídica acerca da diferenciação entre a alienação fiduciária em garantia e o negócio simulado. Isso porque, segundo o autor, a alienação com intuito de garantia seria realizada por negócio aparente, de comum acordo entre as partes, mas que ocultaria o verdadeiro fim, uma vez que não transferiria realmente a propriedade do bem, mas apenas a atribuiria com finalidades de garantia. Em contraponto, existe o argumento de que as

¹⁰⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit. p 462

¹⁰⁸ RODRIGUES, Sílvio. apud. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. Op.cit.

partes não praticavam simulação, por se tratar de real interesse de transmissão do direito de propriedade, sob a finalidade de garantia de um crédito. Em que pese o emprego de meio jurídico maior para garantir fim menor, o fim atípico da alienação fiduciária, que não fere o Direito, restaria abarcado no princípio da autonomia privada, de forma a se constituir garantia por meio diferente do qual normalmente ocorre, o que serviria apenas como artifício para a viabilidade dogmática do negócio de alienação fiduciária.

O autor dá continuidade à problemática ressaltando que, no direito brasileiro, o negócio translativo se trava na área dos direitos das obrigações. Isso porque, com base na tradição romana há diferenciação entre o título e o modo de aquisição, que juntas atribuem eficácia real ao contrato.¹¹⁰ Dessa forma, no contrato de compra e venda o que há é a obrigação de transferir o domínio de certa coisa mediante o pagamento de preço certo em dinheiro, vide art. 1.122 do Código Civil. Ressalta grande sutileza ao afirmar que “O vendedor não transfere. Obriga-se a transferir. A transmissão da propriedade somente se efetiva com a tradição, ou transcrição, mas esse modo de aquisição não requer novo acordo de vontades”.¹¹¹

A crítica apontada por Orlando Gomes se constrói acerca da causa da transmissão, de forma que haveria incongruência entre o a intenção das partes, qual seja o financiamento e garantia da dívida, e o meio jurídico (transferência de propriedade) adotado, sob a alegação de que seria uma falsa causa. O próprio autor aponta para a solução do problema, tendo em vista o caráter acessório da alienação fiduciária, quando diz que “o fim menor se expressa em outro negócio jurídico que não o condiciona”.¹¹²

Dessa maneira, pode-se concluir que a alienação fiduciária é, em si, contrato, por meio do qual determinado se transfere a propriedade resolúvel de determinado bem em garantia, sendo que esta pode figurar na modalidade de propriedade fiduciária de bem móvel (quando nos casos previstos pelo art. 1.361 do Código Civil) ou de bem imóvel (vide artigo 22 de Lei nº 9.514/97).

O que realmente importa para o instituto é que o credor fiduciário (sujeito ativo do negócio jurídico), que representa o concedente do empréstimo, se envolve em relação jurídica para com o devedor fiduciante, representado pela pessoa natural ou jurídica que busca o crédito e se utiliza do mecanismo contratual da alienação fiduciária em garantia com a intenção de obter melhores taxas de juros.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. Op.cit. p 475-81.

¹¹¹ ibid

¹¹² ibid

Assim, é notória a existência corriqueira de 3 relações jurídicas, posto que o contrato de alienação fiduciária que constitui a propriedade fiduciária tem caráter acessório, conforme descrito por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹¹³ da seguinte maneira:

A deseja contrair um empréstimo de R\$ 50.000,00. O seu único patrimônio é um veículo. Tendo B o desejo de fornecer o numerário necessário, faz-se um projeto em três etapas progressivas: (a) um contrato de mútuo, através do qual o credor B entrega ao devedor A a importância de R\$ 50.000,00; (b) um contrato acessório de alienação fiduciária, pelo qual o cumprimento da obrigação principal é vinculado à promessa de transferência do veículo da propriedade do devedor A para a do credor B; (c) finalmente, o contrato de alienação fiduciária, é submetido ao registro e o credor B adquire a propriedade fiduciária e resolúvel do bem, enquanto o devedor A adquire um direito real à aquisição da titularidade quando integrar o cumprimento da obrigação principal.

Marco Aurélio Bezerra de Melo chancela o posicionamento dos autores supracitados, ao afirmar que a propriedade fiduciária normalmente é constituída face a aquisição de “um produto”, de forma que o adquirente para viabilizar a obtenção de empréstimo e, então, poder comprar o bem, aliena ao mutuante o que acabou de adquirir. Dessa forma, afirma o autor que normalmente realizam-se 3 relações jurídicas, sendo a primeira uma compra e venda em que o vendedor recebe à vista, a segunda o contrato de mútuo que permite o pagamento da coisa e, de forma acessória, o contrato de alienação fiduciária da coisa em favor do credor.¹¹⁴ Anote-se, ainda, o ensinamento da Súmula nº 28 do STJ no sentido de que nada obsta que o devedor aliene bem que já lhe pertencia, como a hipótese de um empresário alienar ao credor equipamento de sua empresa para conseguir o empréstimo com condições de juros mais favoráveis do que as usuais.

Ambas as situações mostram o caráter de negócio jurídico acessório da alienação fiduciária posto que, seja para financiar a compra de um bem, seja para tomar empréstimo sob melhor taxa de juros, a aplicabilidade do instituto está vinculada a relação jurídica obrigacional sem a qual não teria razão de haver bem dado em garantia. Inclusive, em casos de financiamento para aquisição de bem, o vendedor não participa da relação fiduciária, tendo em vista que não lhe remanesce crédito.

Conclui-se, portanto, que o objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia é a transferência da coisa, que servirá como garantidora do crédito, o que acarreta o desdobramento da posse, na forma do artigo 1.197 do Código Civil. Assim que a essência do instituto funciona, isto é, por meio do constituto possessório que, mediante inversão do *animus possidendi*, o devedor fiduciante passa a exercer a posse em nome de outrem até a quitação integral das

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.

¹¹⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.464

prestações, tempo em que o credor fiduciário é dotado da posse indireta, atuando como proprietário resolúvel.

Merece destaque que não existem duas modalidades coexistentes de domínio, mas há, na alienação fiduciária em garantia, uma duplicidade proporcionada diretamente pela utilização da propriedade resolúvel ou da propriedade fiduciária. Ao firmar o negócio jurídico, o fiduciário adquire propriedade limitada, ao passo que se torna proprietário sob condição resolutiva, enquanto o fiduciante (alienante) se mantém como proprietário sob condição suspensiva, isto é, não tem propriedade atual da coisa, mas expectativa de direito que se concretiza com o pagamento da dívida.¹¹⁵

Anote-se que a propriedade fiduciária, conforme disposta no Código Civil, não se encontra topograficamente inserida dentre os direitos reais de garantia (uma vez que prevista pelos artigos 1.361 a 1.368). Entretanto, segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo é essa a real natureza do instituto, o que o autor justifica argumentando que o bem gravado permanece vinculado ao cumprimento de obrigação de direito pessoal, que se torna eficaz mediante o registro em cartório competente e, por isso, recebe aplicação, no que couber, do disposto nos artigos 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436 do Código Civil.¹¹⁶

Sob o mesmo prisma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald enfatizam que os contratos não possuem eficácia real, sendo indispensáveis a tradição e seu registro como modos de transmissão da propriedade, vide artigos 1.226 e 1.227 do Código Civil. Fora isso, tanto a propriedade fiduciária quanto a propriedade resolúvel não encontram explicitamente descritas no artigo 1.225 do Código Civil, mas sempre estiveram implícitas em seu inciso I, sob a qualidade de modalidade especial de propriedade.¹¹⁷

Restando qualquer dúvida acerca do caráter de garantia real conferido pela alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, ressalta-se que a sua tipificação, por lei especial, lhe atribuiu causa específica, bem como afastou o obstáculo erguido pela regra *numerus clausus* dos direitos reais. Além disso, cabe lembrar o disposto pelo artigo 1.368-B do Código Civil, incluído pela lei nº 13.043/2014, que diz “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”. Não restam dúvidas, portanto, da natureza de direito real da alienação fiduciária em garantia.

Diante o exposto, pode-se concluir que a alienação fiduciária em garantia é dotada de natureza jurídica *sui generis*, posto que se trata de contrato com a finalidade exclusiva de

¹¹⁵ GOMES, Orlando. Op.cit. p 475-81.

¹¹⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.463

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.534

transferência/alienação da propriedade , de forma que promove a manutenção da posse direta em favor do fiduciante, a quem realmente importa consolidar a propriedade plena do bem.

2.3.1 REQUISITOS

Realizada a conceituação da alienação fiduciária em garantia, resta, ainda, a compreensão fática de quem, o que e como se pode alienar em garantia. Dessa maneira, interessa destacar a classificação tripartida dos requisitos realizada por Maria Helena Diniz, que se mostra extremamente didática, em: Subjetivo, objetivos e formais¹¹⁸.

Cabe a ressalva, antes de tudo, acerca de que, tratando-se de direito real de garantia, é aplicável, no que couber, o disposto pelos artigos 1.419 a 1.430 do Código Civil. Sendo assim, apenas as pessoas que puderem alienar e as coisas que puderem ser alienadas é que poderão ser figurar no contrato de alienação fiduciária em garantia, vide artigo 1.420 do mesmo ordenamento legal.

Os requisitos subjetivos dizem respeito a quem pode alienar e adquirir em garantia. Dessa maneira, o que se depreende é que o instituto pode ser exercido por pessoa, física ou jurídica, seja ela de direito público ou privado. Tal afirmativa encontra respaldo jurídico no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 9.514/1997, bem como no artigo 5º do Decreto-lei nº 911 que, ao facultar ao credor a opção de realizar execução fiscal, admitiu a possibilidade de alienação fiduciária em garantia de dívida a pessoa jurídica de direito público. Se depreende, portanto, que o instituto não é privilégio das sociedades financeiras. Maria Helena Diniz aponta para um desdobramento prático da questão, ao passo que defende, fundamentando-se artigo 5º do Decreto-lei nº 911/1969, que “não só o Estado, mas também as entidades autárquicas poderão dele valer-se [...]”.¹¹⁹

Como pressuposto legal, os sujeitos do negócio jurídico deverão ser dotados de capacidade genérica para os atos da vida civil, bem como da capacidade de disposição, sendo requisito necessário ao alienante, portanto, o domínio do bem dado em garantia e a possibilidade jurídica de dispor dele livremente.

Merece, ainda, destaque que a alienação fiduciária em garantia não é incompatível com outras formas de garantia, de modo que nada impede que a subsistência de outras modalidades, a exemplo da fiança, quando relacionada ao contrato principal. É nesse sentido que se posiciona

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p.574

¹¹⁹ Ibid.

o Código Civil, ao dispor, por meio do seu artigo 1.368 que “o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária”¹²⁰. Anote-se, ainda, a previsão do artigo 6º do Decreto-lei nº 911/1969 no sentido de que “o avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária”.¹²¹

Em se tratando de requisitos objetivos, podemos dizer que determinam o bem que poderá ser objeto do negócio fiduciário. Segundo A. Buzaid, a alienação fiduciária em garantia tem amplo campo de aplicação, podendo abranger direitos reais, direitos sobre coisas imateriais e a assunção de obrigações abstratas.¹²²

O que se depreende da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico é que, inicialmente, a alienação fiduciária em garantia era restrita aos bens móveis infungíveis, vide o artigo 66 da Lei nº 4.728/1965. Em que pese as alterações promovidas pelo Decreto-lei nº 911/1969, só havia menção aos bens móveis, tendo em vista a regulamentação realizada sobre o mercado de capitais. Anote-se, para efeito elucidativo, que a referida legislação ainda vigora, tendo em vista que o Decreto nº 8.302/2014 revogou todas as alterações realizadas acerca do tema, ilustradas pelo Decreto nº 356/1991, vide seu artigo 87, IV, que, por sua vez foi revogado pelo Decreto nº 2.173/1997, substituído, a seu tempo, pelo Decreto 3.048/1999.

O Código Civil de 2002 tomou posição, conceituando propriedade fiduciária, por meio de seu artigo 1.361, como “a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. Contudo, o referido diploma legal não contém a disciplina geral do instituto, de forma que a regência das normas especiais permitiu movimento da doutrina e jurisprudência no sentido de entender cabível a sua incidência sobre bens imóveis. Essa discussão específica teve fim por meio da Lei nº 9.514/1997 que regulamentou a alienação fiduciária de coisa imóvel, vide artigos 22 a 33 do referido diploma.

Por fim, a Lei nº 10.931/2004 deu novo entendimento para a problemática uma vez que, ao incluir o artigo 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/1965, que veio admitir a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível e de títulos de crédito, no âmbito do mercado financeiro de

¹²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

¹²¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹²² BUZOID, Alfredo. apud DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 577

capitais, ao positivar que “É admitida a alienação fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito [...]”.

A mesma Lei foi responsável pela alteração do Código Civil que, ao realizar a inclusão do artigo 1.368-A determinou o princípio da especialidade da norma jurídica, pondo fim aos diversos pontos de discussão acerca da incidência do instituto, posto que o referido dispositivo determina que “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se a disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código Civil naquilo que não for incompatível com a lei anterior”.

Acerca da abordagem dos *requisitos formais*, pode-se afirmar que são estes as exigências legais que devem ser preenchidas para que a alienação fiduciária em garantia seja constituída, isto é, seja dotada de sua *eficácia* de direito real de garantia. Em que pese a tratativa específica para os casos de incidência do instituto sobre bens imóveis, o que será tratado em tópico específico, cabe, neste ponto, realizar um apanhado mais amplo, mostrando os requisitos nas diferentes leis especiais que regulamentam o objeto de estudo. A adoção dessa linha permitirá compreensão mais completa do instituto, sendo devidamente apontados os dispositivos legais que servem de fundamentação para a exigência dos itens descritos.

A alienação fiduciária em garantia requer instrumento escrito para que seja constituída, podendo este ser público ou particular conforme o artigo 38 da Lei nº 9514/97. O artigo 24 do mesmo dispositivo legal determina, por sua vez, o que deverá conter o contrato que serve de título ao negócio fiduciário, isto é: (i) O valor principal da dívida, ou sua estimativa; (ii) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário, ou seja, o pagamento da dívida; (iii) a taxa de juros e os encargos incidentes, se houver; (iv) cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; (v) cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; (vi) a indicação do valor do imóvel e dos critérios para respectiva revisão (em casos de venda em leilão público); (vii) cláusula acerca dos procedimentos a serem adotados em caso de consolidação da propriedade pelo fiduciário, sob a observação do artigo 27 da Lei nº 9.514/97.

Encontramos inúmeras semelhanças ao analisar as demais legislações destinadas a regulamentar a alienação fiduciária em garantia como, por exemplo, o artigo 1.361 do Código Civil que afirma, em seu parágrafo primeiro, que a propriedade fiduciária é constituída mediante o registro do contrato, podendo ser celebrado por instrumento público ou privado, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor. É verdade que o dispositivo, em

sua literalidade, da a entender que, nos casos de veículos, bastaria o registro na repartição competente para o licenciamento para a constituição da garantia. Entretanto, conforme ensinamento de Marco Aurélio Bezerra de Melo, os órgãos executivos de trânsito não têm a delegação estadual para a constituição de garantia real (vide artigo 22 do Código de Trânsito Brasileiro. Some-se a isso a Lei nº 6.015/73, que em seu artigo 129, § 5º, confere ao Registro de Títulos e Documentos a competência, dentre outras coisas, de realizar o registro os contratos de alienação fiduciária. Dessa forma, o autor afirma ser essencial o registro no cartório de títulos e documentos para a constituição da garantia real, servindo a anotação do gravame junto ao órgão administrativo de licenciamento de veículos para dar maior publicidade ao ônus.

Ressalte-se, também, o artigo 1.362, I a V, do Código Civil, que exige que conste no contrato, a exemplo do já citado artigo 38 da Lei 9.514/97, o total da dívida, o prazo para pagamento, a taxa de juros e a descrição da coisa (como também o faz o artigo 66-B, § 1º, da Lei nº 4.728/65).

Voltando a tratar de alienação fiduciária em garantia que tenha por objeto coisa imóvel, faz-se necessário escritura pública e seu assento no registro imobiliário, conforme artigo 23 da Lei nº 9514/97 e artigo 167, I, 35, da Lei nº 6.015/73. Conforme ensinamento de Maria Helena Diniz, a inobservância do requisito confere apenas direito de crédito, restando ausente a oponibilidade *erga omnes*, cessando, também, o efeito de execução direta.¹²³

2.4 CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.

Conforme ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a propriedade fiduciária é composta pela conjugação de seis elementos tradicionais que resultam nesse “[...]modelo jurídico extremamente complexo [...]”, quais sejam: desdobramento da posse; *constituto possessório*; propriedade resolúvel; direito real de garantia em coisa própria; patrimônio de afetação e direito real de aquisição.¹²⁴

A bipartição da posse, salientam os autores, se mostra como consequência da transferência da propriedade fiduciária do bem ao credor, permanecendo, porém, a coisa sob a posse direta do fiduciante (artigo 23, parágrafo único, da Lei nº 9.514/1997; art. 1.361, § 2º, do Código Civil), podendo usar e gozar do bem, por sua conta e risco (artigo 24, V, da Lei nº 9.514/1997 e artigo 1.363 do Código Civil). Entretanto, o credor fiduciário permanece na posse

¹²³ DINIZ, Maria Helena, op. cit. 579

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.p.538

indireta da coisa, de forma limitada, haja vista que o uso e fruição estão concentrados com o devedor fiduciante.

É essa característica que permite a transmissão da propriedade como forma de garantia real aliada à manutenção do uso e da posse direta da coisa pelo fiduciante. Dessa forma, não se pode equiparar o devedor a mero depositário, isso porque ele não se trata de mero detentor da coisa, mas sim de possuidor direto, o que lhe confere o direito de uso e fruição do bem sem subserviência à ordens do proprietário fiduciário. Por isso, também, é que os riscos de deterioração e perda, bem como os encargos advindo da coisa deverão recair sobre responsabilidade de seu possuidor direto, isto é, do devedor fiduciante.

Outro desdobramento interessante é que tanto o fiduciário quanto o fiduciante, na qualidade de possuidores, poderão exercer, de forma autônoma, tutela possessória em face de terceiros, da mesma forma que estão legitimados à proteção possessória recíproca.

O *constituto possessório*, por se tratar, segundo o Código Civil de 2002, de modo de aquisição da posse, se mostra como outro traço característico da alienação fiduciária em garantia. Isso porque viabiliza, pela sua essência, os efeitos práticos de aplicação do instituto sob análise. É por meio da cláusula *constituti* que aquele que era proprietário (fiduciante) do bem se converte em possuidor direto, enquanto a posse indireta é destinada ao novo proprietário (fiduciário). Trata-se, portanto, de meio de aquisição e perda da posse por força de consenso¹²⁵, sem que se faça necessária tradição real ou simbólica, posto que estas se mostram dispensadas para a adoção da tradição ficta ou consensual, conforme artigo 1.267, parágrafo único, do Código Civil.

Anote-se, ainda, a definição dada por Clóvis Beviláqua, no sentido de que “Constituto possessório é a operação jurídica em virtude da qual aquele que possuía em seu próprio nome, passa, em seguida, a possuir em nome de outrem”.¹²⁶ Tem-se, aqui, a essência funcional do instituto da alienação fiduciária em garantia que, sem observar a esse desdobramento da posse, não existiria, pelo menos não da maneira que conhecemos.

Apesar de não haver, no Código Civil, menção expressa acerca do *constituto possessório*, basta que os interessados prevejam os atos translativos de domínio para que seus efeitos sejam produzidos. Isso porque, conforme defende Marco Aurélio Bezerra de Melo, a liberdade contratual, no âmbito do direito privado, só se faz extinta por meio de ordem pública expressamente contrária à sua existência, o que não acontece no ordenamento jurídico

¹²⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.53

¹²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.

pátrio.¹²⁷ O autor defende, ainda, que a possibilidade de transmitir a posse de forma consensual se trata de uma exteriorização da propriedade, fundamentada pelos artigos 1.196 e 1.204 do Código Civil. Cumpre destacar o Enunciado nº 77 da I Jornada de Direito Civil, que, pondo fim a discussão, afirma categórico que “A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constitio* possessório”.

É necessário, ainda, apontar os artigos 421 e 425, ambos do Código Civil, que trazem o princípio da autonomia da vontade no âmbito contratual, e que possibilita maior aproveitamento do instituto ao fundamentarem seu grande objetivo que é, ao fim e ao cabo, a conveniência dos contratantes acerca da posse de determinada coisa.

Toda propriedade fiduciária é, conforme demonstrado anteriormente, uma propriedade resolúvel, tendo em vista que já nasce com previsão de sua extinção, resultado do adimplemento integral da obrigação por parte do devedor fiduciante. A constituição da propriedade em nome do fiduciário só tem escopo de garantia pelo tempo que durar a obrigação, de forma que a primeira só subsiste enquanto a última não for satisfeita. Anote-se que no mesmo ato em que se estabelece a transferência da propriedade da coisa ao credor, já se firma, também, o retorno da propriedade ao devedor, de forma condicional.

A essência da propriedade fiduciária é a extinção da titularidade do credor fiduciário ao término da obrigação contraída, o que, nos casos de mútuo se alcança com o pagamento integral das parcelas estipuladas. O devedor terá o domínio restituído, de forma automática, quando da averbação de cancelamento do título em cartório, configurando, portanto, a exoneração da garantia, uma vez que adimplida a obrigação principal, a acessória não tem mais razão de existir.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald encontram, no mecanismo resolúvel da propriedade fiduciária, argumento para defender a impossibilidade de tratamento do fiduciante como mero depositário, mas sim possuidor direto e “[...] proprietário potencial da coisa sob condição suspensiva”.¹²⁸

Os autores defendem, como outra característica da propriedade fiduciária, a existência de “[...] um direito real de aquisição titularizado pelo fiduciante”, que já estaria presente antes mesmo da integralização do débito, por se tratar de “[...] direito eventual que possui valor patrimonial, mesmo no período pregresso à verificação da condição (adimplemento total) que converterá o seu direito expectativo em uma propriedade definitiva.”¹²⁹

¹²⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit.53

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.p.541

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit. p.541

Dessa maneira, os autores afirmam que a propriedade fiduciária constitui direito eventual, o que definem ser “mais que expectativa de direito e menos que direito adquirido”¹³⁰, de forma que consiste na retomada da propriedade do bem em face do cumprimento de uma condição, o que recebe fundamentação legal tanto no artigo 1.361, *caput*, do Código Civil, quanto no artigo 25 da Lei nº 9.514/97.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald argumentam, ainda, que o devedor poderá exercer atos de conservação desse direito expectativo, fundamentando sua afirmativa no artigo 130 do Código Civil, confira-se:

O direito eventual é um ‘direito a adquirir direito’, que já integra o patrimônio do fiduciante desde que transmitiu a propriedade ao credor em garantia da obrigação. Por isso, mesmo no período de pendência, o devedor poderá praticar atos de conservação desse direito expectativo (art. 130, CC), manejando ações possessórias para tutelar a sua posse direta perante terceiros, inclusive contra o próprio fiduciário. Ademais, poderá promover ações reais contra quem quer que viole o direito de propriedade, pois mesmo antes da reversão da propriedade para a sua titularidade, o seu direito eventual já possui natureza real.¹³¹

A Lei nº 13.043/14 introduziu o artigo 1.368-B ao Código Civil, de forma que materializou a tese dos autores, tendo em vista que o referido dispositivo afirma que “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”.¹³² Assim, o direito real de aquisição não está vinculado ao fiduciante peremptoriamente, mas pode ser transmitido, inclusive *causa mortis*.

Dessa maneira, existe a possibilidade de transferência do direito real de aquisição, que em nada se confunde com a coisa, uma vez que o fiduciário permanece com a propriedade resolúvel do bem, conforme se depreende da leitura do § 3º do artigo 804 do Código de Processo Civil, que torna ineficaz esse tipo de cessão sem prévia notificação do credor.

Quando a propriedade fiduciária se transforma em propriedade definitiva, isto é, ao passo que, via de regra, a obrigação é satisfeita e o fiduciante que era possuidor direto da coisa e detinha direito real de aquisição sobre ela passa a ser pleno proprietário é que se percebe o fenômeno da tradição *brevi manu*. O que ocorre é a inversão da natureza da posse – em análise completa da alienação fiduciária em garantia podemos chamar de reversão da posse -, por meio da qual aquele que figurava como possuidor direto da coisa passa a ser seu proprietário, reunindo a plenitude do domínio do bem. Trata-se de hipótese de tradição ficta abarcada no

¹³⁰ Ibid. p. 541

¹³¹ Ibid. p.542

¹³² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

artigo 1.267, parágrafo único, do Código Civil, que carrega o ensinamento de que a tradição é subentendida quando o adquirente já se encontra na posse da coisa por ocasião do negócio jurídico.

Sob esse prisma é que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que a propriedade fiduciária se assume, simultaneamente, “[...] como resolúvel (pelo ângulo do credor fiduciário) e como direito real de aquisição (pelo ângulo do devedor), haja vista o direito eventual do fiduciante à aquisição em caráter definitivo da propriedade”¹³³.

Outro traço marcante propriedade fiduciária a que os autores fazem referência, em que pese já ter sido abordada anteriormente, é o fato de se tratar de direito real de garantia em coisa própria. Dessa forma, o fato da transferência da propriedade do bem ao fiduciário torna essa modalidade de direito real em garantia extremamente mais interessante aos credores do que as demais espécies do gênero. Isso porque o bem é acrescido ao patrimônio do credor e, em caso de inadimplemento da obrigação pelo fiduciante, poderá ser liquidado para a satisfação da dívida.

Por fim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam, ainda, que a propriedade fiduciária configura patrimônio de afetação.¹³⁴ Isso porque trata-se, segundo os autores, de um bem separado do patrimônio geral do titular que é imune ao alcance dos seus credores, tendo em vista que está vinculado e reservado para a satisfação do interesse do devedor fiduciante, que só alienou o bem em garantia pela confiança de que irá cumprir com a obrigação, normalmente o pagamento das parcelas do contrato de mútuo realizado para aquisição da coisa, e, conseqüentemente, receber a propriedade novamente.

A tratativa da propriedade fiduciária como patrimônio de afetação reveste o devedor fiduciante de proteção, tendo em vista que dessa maneira é possível realizar a circulação do direito de propriedade, que integra o patrimônio do credor e lhe confere garantia perante a dívida, mas é tratado de forma distinta do seu patrimônio geral, o que garante ao alienante que não terá ferido o seu direito por responsabilidade exclusiva do adquirente. Nas palavras de Melhim Chalhub, se mantém “[...] essa massa patrimonial completamente imune às vicissitudes que estejam sujeitos os demais patrimônios dessa pessoa”.¹³⁵

A constituição como patrimônio de afetação resultaria da proteção do direito eventual do fiduciante, fundamentada pelo artigo 130 do Código Civil, tendo em vista que a finalidade da alienação fiduciária em garantia se expressa em aquisição de crédito e garantia pela

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.p.542

¹³⁴ Ibid. p.545

¹³⁵ CHALUB, Melhim apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson., op. cit.

transferência da propriedade ao concessor, denominado de fiduciário, mas sempre com o intuito do alienante de vir a ser pleno proprietário da coisa, o que se efetiva no momento em que este satisfaz a obrigação principal.

Vale, ainda, destacar o posicionamento de Tupinambá Miguel Castro Nascimento que, ao tecer considerações sobre a segregação patrimonial do bem afetado, afirma que “[...] o titular da propriedade fiduciária não pode constituir sobre o objeto da garantia qualquer direito pessoal ou real, como locar, dar por empréstimo, empenhar etc”. E conclui o raciocínio dizendo que “Como proprietário, só tem o poder jurídico sobre a substância da coisa, lembrando muito seu poder dominial como uma propriedade desnudada, sem direito a exercer qualquer utilidade”.¹³⁶

Entretanto, como a medida adotada se mostra cabível para proteger direito eventual do credor fiduciante, os créditos periodicamente depositados em favor do fiduciário podem ser atingidos pelas dívidas contraídas por ele, tendo em vista que são de seu pertencimento de pleno direito. Ressalta-se, aqui, a possibilidade de penhora dos direitos aquisitivos derivados do contrato da alienação fiduciária em garantia, conforme previsão do artigo 835, XII, do Código de Processo Civil.

2.5 A MORA DO DEVEDOR FIDUCIANTE E SEUS EFEITOS

O inadimplemento frustra o projeto contratual, isto é, foge ao curso natural esperado de seu cumprimento. Dessa inexecução por parte do devedor é que nasce a sua obrigação de restituir a coisa, para que o credor venha a ter satisfeito o seu crédito após a adoção das medidas legais cabíveis para liquidação do bem. Isso porque a posse indireta por parte do fiduciante, bem como seu direito real de aquisição (também denominado de direito eventual), se justificam pelo regular pagamento das prestações referentes ao financiamento obtido, motivo de ocorrência, no caso concreto, da alienação fiduciária em garantia, que se mostra, na esmagadora maioria dos casos, acessória ao contrato de mútuo.

Para que isso ocorra é necessário, preliminarmente, que se constitua o fiduciante em mora, o que se verifica independentemente de notificação por parte do credor, por se tratar de mora *ex re*, de acordo com o artigo 397, *caput*, do Código Civil. No entanto, ela precisa ser comprovada. No caso de alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis, adota-se, para fins de busca e apreensão a notificação prescrita pelos artigos 2º, §2º e 3º do Decreto-lei nº 911/69,

¹³⁶NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direitos reais limitados**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

sendo desnecessária o recebimento pessoal por parte do devedor. Também no sentido da comprovação da mora é que se posiciona o STJ que, por meio de sua Súmula de nº 72 positivou que “A comprovação da mora é imprescindível para a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Anote-se entendimento majoritário da de que a lei adotou a teoria da expedição, tendo em vista que para concessão de liminar de busca e apreensão basta que o credor comprove o encaminhamento da notificação ao endereço assinalado no contrato. É nesse sentido que leciona o Verbete nº 55 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confira-se:

Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar.

Entretanto, a legislação e as súmulas referidas acima não se aplicam aos casos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. Isso porque a constituição em mora do devedor fiduciante no que tange à propriedade fiduciária de imóveis é *ex persona*, conforme o artigo 26, § 1º e seguintes, da Lei nº 9514/1997, cuja leitura demonstra que o devedor deverá ser intimado pessoalmente pelo oficial do competente Registro de imóveis, tendo o prazo de quinze dias para purgar a mora. O fiduciante inadimplente também poderá ser intimado por meio de seu representante legal ou, na ausência de outros meios legais, por meio de edital.

Outra diferença a ser ressaltada é que, em se tratando de alienação fiduciária de bens imóveis, é indispensável que a notificação destinada à constituição da mora seja acompanhada do cálculo atualizado da dívida. Assim, a Súmula nº 245 do Superior Tribunal de Justiça não incide na modalidade do instituto referente à bens imóveis, isso porque, ao estabelecer que “A notificação destinada a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”, torna-se restrita à propriedade fiduciária de bem móvel, haja vista a especialidade da matéria guardada pela Lei nº 9514/97.

Se o devedor fiduciante realizar a purga da mora, dentro do prazo de quinze dias, por meio da satisfação da prestação vencida e as que vencerem até a data do pagamento, os juros, as penalidades e os demais encargos contratuais e legais, o contrato de alienação fiduciária em garantia praticará seus efeitos regulares, de forma que o alienante passará a ser o proprietário pleno do bem. Entretanto, em caso contrário, será consolidada a propriedade em favor do fiduciário, mediante regular averbação na matrícula do imóvel. Isso porque o artigo 26 da Lei nº 9.514/97 dispõe que vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Caso contrário, o oficial do Registro de Imóveis deverá promover, condicionado ao pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, o registro,

observando-se, ainda, se há incidência de laudêmio, na forma do artigo 26, §7º, da Lei nº 9514/97.

Não se mostra oportuno desenvolver a questão referente à busca e apreensão concernente aos bens móveis, isso porque não poderá ser utilizada pela modalidade estudada por meio da presente monografia. Dessa maneira, cumpre tão somente destacar que o credor não está obrigado a promover a busca e apreensão da coisa em execução, mas poderá intentar a já mencionada ação executiva ou executivo fiscal contra o fiduciante, seus avalistas ou credores. Sendo a dívida paga por terceiro, este se sub-rogará nos direitos do credor fiduciário. Já nos casos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a sub-rogação só irá ocorrer em favor do terceiro interessado, a exemplo do fiador, vide artigo 31 da Lei nº 9.514/97)

Referencie-se a teoria do adimplemento substancial, instrumento que, com fundamento nos princípios da função social do contrato e na boa-fé objetiva, acaba por suprimir a faculdade do credor de resolver o contrato tendo em vista que o devedor já se encontra muito próximo de efetivar seu adimplemento. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹³⁷ realiza a defesa da teoria por meio da função limitadora da boa fé objetiva, lecionando, *in verbis*:

A segunda principal função do princípio da boa fé é limitadora: veda ou pune o exercício do direito subjetivo, quando caracterizar abuso da posição jurídica. O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção de contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante, em relação ao contrato total. O princípio do adimplemento substancial, derivado da boa fé, exclui a incidência da regra geral que permite a resolução quando não observada a integralidade do adimplemento.

2.6 A VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

O artigo 1.365 do Código Civil veda, expressamente, a possibilidade de incidência de cláusula comissória ao afirmar que “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. No mesmo sentido caminha o artigo 1.428 do mesmo Códex, em que pese não constar expressamente previsão em face da alienação fiduciária em garantia, mas que poderia ser perfeitamente utilizado por analogia.

A Lei nº 9514/97, ao que parece, vide seu artigo 27, também se posiciona pelo afastamento de possibilidade do pacto comissório, tendo em vista que o referido dispositivo

¹³⁷MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit. p. 477

impõe que o credor fiduciário que teve a propriedade consolidada em seu nome promova público leilão para a alienação do bem, no prazo de trinta dias, tendo como marco inicial para o cômputo a data do registro tratado pelo artigo 26,§7º, do mesmo texto legal.

Entretanto, autores como Marco Aurélio Bezerra de Melo, Melhim Namen Chalub, Cácio Mário da Silva Pereira e Pontes de Miranda, entendem que a referida proibição perde seu sentido de ser, tendo em vista que, na propriedade fiduciária o credor já é proprietário do bem, ainda que resolúvel, de forma que a impossibilidade de ficar com o que já é seu soaria sem sentido. Não que os autores defendam o enriquecimento sem causa ou a supressão do devido processo legal para a permissão automática do credor de permanecer com o bem dado em garantia, mas defendem que essa permanência deveria ser uma possibilidade. Em face do exposto, Marco Aurélio Bezerra de Melo defende, ainda, que há “[...] impropriedade técnica do atual artigo 1.365 do Código Civil, que fulmina de nulidade o pacto comissório na alienação fiduciária”.¹³⁸

Por fim, o autor defende que não há que se falar em pacto comissório na alienação fiduciária em garantia, tendo em vista que o bem já é de propriedade de credor, de modo que a imposição legal de venda da coisa se faz para evitar o enriquecimento sem causa, confira-se:

Já vimos que não há que se falar em vedação ao pacto comissório na alienação fiduciária em garantia, tendo em vista que o bem já é de propriedade do credor fiduciário, mas para evitar o enriquecimento sem causa, a lei impõe a venda forçada da coisa e, no caso, apesar da permissão da alienação extrajudicial, esta se fará em público leilão com fiscalização maior do devedor fiduciante, sendo o tratamento mais justo do que na propriedade fiduciária de bem móvel.

Nessa toada, principalmente no que concerne à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, tendo em vista a metodologia adotada pelo artigo 27 da Lei nº 9514/1997, parece mais acertado que não se trata, tecnicamente, do afastamento do pacto comissório em si, que resultaria da própria natureza do instituto, mas sim de uma proteção legal com vistas a impedir o enriquecimento ilícito por parte do credor fiduciário, de forma que, *data máxima vênia*, imperioso se faz discordar da previsão trazida pelo Código Civil.

2.7 CRÉDITOS LASTREADOS EM PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O crédito garantido por alienação fiduciária em garantia não fica submetido à recuperação judicial, fundamentado em mandamento expresso do artigo 49, § 3º da LRF, de

¹³⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. op. cit. p.480

modo que em caso de venda do bem, o produto obtido não será destinado à empresa recuperanda.

Merece destaque, entretanto, que caso o bem alienado fiduciariamente não seja suficiente para saldar a dívida de maneira integral, o montante que resta poderá ser habilitado na recuperação e, dessa maneira, estaria sujeito aos seus efeitos. É nesse sentido que dispõe o Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial do CJF, quando diz “O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial”. Isso porque a alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico acessório, de modo que a sua satisfação, resolução ou extinção não se impõe em face do principal, que pode subsistir de maneira independente.

Merece, ainda, destaque de que a constituição da alienação fiduciária depende de registro no Registro de Títulos e Documentos de domicílio do devedor ou do registro competente conforme disposto pelo art. 1.361 do Código Civil, sem o qual não se faz oponível a terceiros, o que tornaria o crédito meramente quirografário.¹³⁹

Outro ponto relevante se faz em torno dos bens de capital lastreados em alienação fiduciária em garantia, que sejam essenciais ao exercício da atividade da empresa recuperanda, de modo que estes não poderão ser retirados da devedora durante o período de suspensão das ações e execuções. Podem ser considerados bens de capital aqueles que tem importância no processo de produção, na sua durabilidade ou permanência. Entretanto, em face do foco do presente trabalho ser a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a questão acerca do bem de capital não será desenvolvida.

Os créditos garantidos por alienação fiduciária de títulos de crédito ou de outros créditos não se sujeitam à recuperação judicial, também por força do art. 49, § 3º, conforme brilhante ensinamento do Des. Romeu Ricupero, ao dizer que “[...] a cessão fiduciária mais não é do que a alienação fiduciária que tem por objeto direitos creditórios ou títulos de crédito”.¹⁴⁰ Sobre o tema, anote-se o informativo de jurisprudência nº 0578 do Superior Tribunal de Justiça que, em março de 2016, exarou o seguinte entendimento:

Não se submetem aos efeitos da recuperação judicial do devedor os direitos de crédito cedidos fiduciariamente por ele em garantia de obrigação representada por Cédula de Crédito Bancário existentes na data do pedido de recuperação, independentemente de acessão ter ou não sido registrada no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor. É a partir da contratação da cessão fiduciária, e não do registro, que há a imediata transferência, sob condição resolutiva, da titularidade dos direitos creditícios dados em garantia ao credor fiduciário. Efetivamente, o CC limitou-se a disciplinar a

¹³⁹AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit.. p. 79

¹⁴⁰ Ibid. p. 71

propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis, esclarecendo que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciárias 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" (art. 1.368-A). Reconhece-se, portanto, a absoluta inaplicabilidade à cessão fiduciária de títulos de crédito (bem móvel, incorpóreo e fungível, por natureza) da disposição contida no § 1º do art. 1.361 do CC ("Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro"). Já no tratamento ofertado pela Lei n. 4.728/1995 no § 3º do art. 66-B, não se faz presente a exigência de registro, para a constituição da propriedade fiduciária, à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito. Além disso, o § 4º dispõe que se aplica à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei n. 9.514/1997. Segundo o art. 18 da referida lei, o contrato de cessão fiduciária em garantia, em si, opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida. Por sua vez, o art. 19 confere ao credor fiduciário direitos e prerrogativas decorrentes da cessão fiduciária que são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independentemente de seu registro. Por outro lado, o posterior registro da garantia ao mútuo bancário destina-se a conferir publicidade a esse ajuste acessório, a radiar seus efeitos perante terceiros, função expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004 ao dispor sobre Cédula de Crédito Bancário. Note-se que o credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios não opõe essa garantia real aos credores do recuperando, mas sim aos devedores do recuperando (contra quem, efetivamente, far-se-á valer o direito ao crédito, objeto da garantia), o que robustece a compreensão de que a garantia sob comento não diz respeito à recuperação judicial. O direito de crédito cedido não compõe o patrimônio da devedora fiduciante (que sequer detém sobre ele qualquer ingerência), sendo, pois, inacessível aos seus demais credores e, por conseguinte, sem qualquer repercussão na esfera jurídica destes. Não se antevê, desse modo, qualquer frustração dos demais credores do recuperando que, sobre o bem dado em garantia (fora dos efeitos da recuperação judicial), não guardam legítima expectativa. Aliás, sob o aspecto da boa-fé objetiva que deve permear as relações negociais, tem-se que compreensão diversa permitiria que o empresário devedor, naturalmente ciente da sua situação de dificuldade financeira, ao eleger o momento de requerer sua recuperação judicial, escolha, também, ao seu alvedrio, quais dívidas contraídas seriam ou não submetidas à recuperação judicial. Por fim, descabido seria reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário representado por Cédula de Crédito Bancário emitida em favor de instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro. Assim, e nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, uma vez caracterizada a condição de credor titular da posição de proprietário do bem dado em garantia, o correlato crédito não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, remanescendo incólumes os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, conforme dispõe a lei especial regente.¹⁴¹

Por fim, merece destaque a questão relacionada à “trava de domicílio bancário” que, segundo lição proposta por Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli pode ser entendida como expressão “[...] utilizada para designar o tratamento emprestado pelo sistema recuperacional ao

¹⁴¹ REsp 1.412.529-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/12/2015, DJe 2/3/2016.

crédito garantido pela modalidade indicada no art. 49, §5º, da LRF e ao crédito garantido pela modalidade indicada no art. 49, §3º, da LRF”¹⁴².

A hipótese prevista pelo art. 49, § 5º, não se mostra relevante ao presente trabalho, pois trata de modalidade de crédito garantido por penhor. Dessa forma, como a propriedade do bem continua sendo do devedor, a presente modalidade permanece sujeita ao período de suspensão das execuções referente à recuperação judicial.

Em contraponto, a possibilidade elencada pelo artigo 49, §3º, de cessão fiduciária de recebíveis possibilita que o crédito em tela não seja afetado pelo período de suspensão das ações e, conseqüentemente, se submeta à forma de resolução pactuada no instrumento celebrado.

Dessa maneira, não há motivos para que uma instituição financeira incentive a utilização de outras formas de garantia de crédito senão a alienação fiduciária em garantia, posto que a proteção à essa classe de credores e, também, à propriedade fiduciária em si, como positivada pelo sistema da LRF cria, a bem da verdade, uma supergarantia bancária. Ao passo que a grande maioria dos credores empresta sacrifícios para o soerguimento da empresa, as instituições financeiras (que talvez sejam os credores que menos sentiriam os efeitos de tais esforços) permanecem fora do alcance do plano de recuperação judicial.

Nessa toada, Cássio Cavali e Luiz Roberto Ayoub emprestam importante posicionamento à problemática e, sendo esta a essência do presente projeto de pesquisa, tal passagem merece integral destaque, vejamos:

É inequívoco que crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeita à recuperação judicial, em razão do disposto no art. 49, § 3º, da LRF. Entretanto, esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com as demais normas do sistema de direito concursal constituído pela Lei nº 11.101/05, que alinha os incentivos aos agentes econômicos para que desenhem as estruturas de governança de seus interesses. Com efeito, a não sujeição pura e simples do crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis constitui forte incentivo para os agentes econômicos optarem por essa forma de garantia, em detrimento de outras formas, que sujeitam o crédito à recuperação judicial. É fato notório que a constituição de penhor sobre títulos de crédito cedeu lugar à cessão fiduciária como forma de garantia das operações de mútuo bancário.

A solução para a problemática em tela perpassa por admitir a sujeição de créditos lastreados em alienação fiduciária, principalmente no que tange à bens imóveis e móveis duráveis, no período de suspensão das ações e execuções e sofrer as conseqüências que o mercado impuser. A garantia do credor não se esvazia, passa-se, tão somente, a admitir um esforço do fiduciário de aguardar determinado período de tempo para poder executar seu crédito, com vistas a aumentar as chances de soerguimento da recuperanda.

¹⁴² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. Op.cit..65

3 DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 49, §3º, DA LRF NO SENTIDO DE SUBMETER OS CRÉDITOS LASTREADOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AO PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES PELO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme demonstrado pelo primeiro capítulo, que realizou a análise do desenvolvimento histórico do direito concursal, o tema é dos que mais se desgasta no decurso do tempo. A Lei 11.101/2005, em que pese ser extremamente funcional e contar com ótimos dispositivos, não seria a única a se ver imune aos desgastes gerados pelo passar dos anos.

Nesse prisma, existem alguns projetos de lei em tramitação que visam realizar alterações na LRF. Diante da delimitação do tema, será adotada a análise daqueles que se destinam a alterar o disposto pelo artigo 49, em especial o seu §3º, isto é, os que visam, com maior ou menor grau, tornar os créditos lastreados em propriedade fiduciária sujeitos ao plano de recuperação judicial.

Anote-se que, ainda em 2005, ano em que a LRF entrou em vigor, a legislação já foi alvo de projeto de lei que visava a sua alteração, qual seja o PL 6229/2005, com o intuito de alterar o art. 6º, §7º, no sentido de incluir os créditos fiscais na recuperação judicial. O relatório não deixou passar ileso a redação do artigo 49, posto que requereu a sua supressão, porém sem adentrar nos motivos do requerimento.¹⁴³

Feita a ilustração acerca da velocidade de desgaste da legislação recuperacional, tendo em vista que a propositura de alterações se deu quase que de maneira imediata, passa-se a abordar a questão de forma mais específica.

Para isso, destaque-se o PL 4.586/2009¹⁴⁴, de relatoria de Carlos Gomes Bezerra, que já visava, expressamente, sujeitar créditos lastreados em alienação fiduciária ao plano de recuperação judicial, fazendo referência àqueles garantidos por cessão fiduciária de títulos de crédito, sendo sugerida a seguinte redação:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive aqueles garantidos por cessão fiduciária de títulos de crédito, ainda que não vencidos.

¹⁴³ BRASIL. Projeto de Lei 6.229 de 23 de novembro de 2005. [Altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que “Regula recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial]. Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>. Acesso em 13/06/2019.

¹⁴⁴ BRASIL. Projeto de Lei 4.586 de 03 de fevereiro de 2009. [Dá nova redação ao caput do art. 49 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”.] Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em : https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=631077&filename=PL+4586/2009. Acesso em: 13/06/2019.

Destaque-se, ainda, a íntegra da justificação oferecida quando da propositura do projeto, veja-se:

O objetivo primordial desta proposição é o de evitar que persista qualquer dúvida no tocante à sujeição dos créditos garantidos por cessão fiduciária de títulos de crédito no processo de recuperação judicial. 2 Este projeto de lei tem, portanto, o propósito de explicitar no corpo do art. 49 os créditos garantidos por cessão fiduciária de títulos que tem uma natureza jurídica completamente distinta e não se confunde com a figura do “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”, conforme previsto no § 3º do mesmo artigo. Para melhor explicar e fundamentar nosso objetivo com esta proposição, pedimos licença para reproduzir, logo a seguir, um artigo muito pertinente a respeito do tema, que foi publicado no jornal Valor Econômico, em sua edição de 23 de setembro de 2008, de autoria do advogado Lincoln Fernando Pelizzon Estevam: “Trava bancária e recuperação de empresas A atual Lei de Recuperação de Empresas estabelece, em seu artigo 49, que todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial a ela estão sujeitos, ainda que tais créditos não tenham vencido. Em seguida, elenca as exceções a essa regra nos seus parágrafos 3º e 4º, que excluem da recuperação judicial tanto 1) o 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 cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, quanto 2) a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação. Mas e o crédito garantido por cessão fiduciária de títulos de crédito – garantia conhecida no meio empresarial como “trava bancária”: estaria ele sujeito ou não aos efeitos da recuperação judicial? Penso que sim, pois a lei não incluiu essa figura expressamente no rol das exceções à regra da sujeição à recuperação judicial. A cessão fiduciária de títulos de crédito foi instituída pelo artigo 66-B, parágrafo 3º da Lei de Mercado de Capitais, na redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004, que passou a admitir a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito. Com isso, o sistema legal brasileiro passou a contar com duas espécies do gênero “negócios fiduciários”: 1) a alienação fiduciária de coisa, que pode ser móvel ou imóvel, e 2) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito. Não é preciso grande esforço para reconhecer que, se não fossem espécies distintas, bastaria ao legislador tratar ambas simplesmente como alienação fiduciária. Não as igualou e nem poderia, pois a distinção decorre do fato de que apenas na alienação fiduciária o credor 3 assume a condição de proprietário fiduciário da coisa, pois a propriedade fiduciária somente pode ser constituída sobre a coisa, e não sobre o direito/credito. É assim que o Código Civil define, como fiduciária, a propriedade resolúvel sobre a coisa – no caso, móvel e infungível – que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. Portanto, não resta dúvida de que alienação fiduciária e cessão fiduciária são institutos distintos: somente na alienação o credor passa à condição de proprietário fiduciário da coisa (bem móvel ou imóvel), enquanto na cessão fiduciária ele figura apenas como cessionário do crédito (direito pessoal). Então, se a legislação prevê a existência dessas duas modalidades distintas de negócio fiduciário (alienação fiduciária e cessão fiduciária), pela mesma razão a exceção prevista pela Lei de Recuperação de Empresas deveria contemplar ambas as espécies. Mas o legislador não desejou assim. Excluiu da recuperação judicial apenas e tão somente o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou 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 das normas jurídicas. Quem não conhece

a velha máxima pela qual não é permitido ao intérprete restringir naquilo que o legislador não o fez? Ora, a trava bancária já era prevista desde o advento da Lei nº 10.931. Então, a Lei de Recuperação de Empresas, que é posterior – de 2005 – deveria elencar expressamente também essa figura jurídica como uma das hipóteses de exceção ao regime legal da recuperação judicial. Inédita, nesse sentido, é a recente decisão dada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), que proferiu um dos primeiros julgamentos que se tem notícia acerca da sujeição do credor garantido por cessão fiduciária de títulos de créditos aos efeitos da recuperação judicial. Ao julgar o tema, anotou com autoridade o desembargador Jorge Góes Coutinho que “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”. Essa linha de raciocínio faz ainda mais sentido quando se constata que o legislador excluiu apenas e tão somente as garantias fiduciárias recaídas sobre bens (leia-se “coisas”) de propriedade da empresa em recuperação, tais como máquinas, equipamentos, veículos e imóveis. Tanto é assim que esse mesmo dispositivo legal ainda reafirma que prevalecerão seus direitos de propriedade “sobre a coisa”. Ora, ao se valer do termo “coisa”, a lei só faz reforçar o conceito de proprietário fiduciário nele inscrito para destacar que a exceção ao regime da recuperação judicial se destina apenas a assegurar o direito que o credor, na condição de proprietário que é, possui sobre coisas (bens móveis ou imóveis) cuja propriedade lhe foi transferida por alienação fiduciária. Nada de novo, pois tal orientação se compatibiliza com o próprio sistema da legislação falimentar, eis que a proteção apenas ao proprietário fiduciário, dada pela exclusão de seu crédito da recuperação judicial, nada mais é do que a antecipação de uma segurança – que ele já tem – de não ver sua coisa, que lhe foi alienada fiduciariamente, sujeita a uma eventual arrecadação na falência. Mas certamente essa não foi a intenção do legislador em relação aos créditos garantidos por cessão fiduciária de títulos. O ideal de superação da crise econômico-financeira das empresas, cuja oportunidade é dada com o processo de recuperação judicial, depende da disponibilização dos meios necessários: para cumprir tal missão, a lei deve ser aplicada para reconhecer que a sujeição dos créditos garantidos por cessão fiduciária ao regime da recuperação e, por conseqüência, a liberação das travas bancárias em benefício das empresas em crise, são medidas de fundamental importância para tornar possível essa superação. E viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa é permitir, nessa ordem de prioridades, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Pensar o contrário é ver o que não está escrito na lei. Ou pior, é entregar o destino da nova lei a interesses egoístas das instituições financeiras, que querem apenas a recuperação do crédito bancário e não da empresa, voltando os olhos para a sombra do obsoleto e revogado decreto falimentar de 1945.” Assim, diante dessas substanciais considerações, acreditamos que a necessidade de ajuste no caput do art. 49 da nova Lei de Recuperação e Falência de Empresas está suficientemente fundamentada, razão pela qual esperamos contar com a atenção e o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação desta matéria.¹⁴⁵

Conforme se depreende da leitura do trecho acima, ainda não havia referência contra as supergarantias bancárias, mas sim uma discussão já superada acerca da valoração da cessão fiduciária para efeitos de sua sujeição ao plano. A relatoria do projeto dava a entender que cessão fiduciária e propriedade fiduciária são tratadas por legislações distintas e, com base nisso, não receberiam o mesmo tratamento dado ao § 3º do artigo 49.

¹⁴⁵ Op. Cit

Em linhas muito mais significativas para a discussão proposta pelo presente trabalho, foi proposto, em 2017, o PL 8.252/2017¹⁴⁶, de relatoria do deputado Rubens Pereira Junior, com vistas a acrescentar §6º ao artigo 49, o que possibilitaria o magistrado (a pedido da recuperanda ou dos credores) designar audiência para repactuação dos créditos previstos pelo § 3º do mesmo dispositivo. Dessa forma, o artigo em tela passaria a ter a seguinte redação:

Art. 49.....

 § 6º – O Magistrado da causa poderá, a pedido da empresa em recuperação ou dos seus credores, determinar audiência, entre esta e o credor previsto no § 3º, deste artigo, para que possam repactuar sobre créditos decorrentes de contratos que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade

Merece destaque a integralidade da justificativa apresentada para fundamentar o projeto de lei em tela, confira-se:

Dentre vários aspectos normatizados pelo diploma legal em comento temos um que é, ao nosso julgo, deveras prejudicial à empresa em recuperação, principal destinatária da norma. Trata-se do preceituado no artigo 49, § 3º, que institui um óbice bastante gravoso no que tange a possibilidade da empresa em recuperação obter algum valor com a prestação de serviços com bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, nesse sentido assim se pronuncia a citada norma, in verbis:

[...]

Ora Senhoras e Senhores parlamentares, essa normativa, estabelece, para que se entenda a questão em comento, o seguinte: 3 que a empresa em recuperação – portanto já passando por severo momento de dificuldade financeira – não poderá se utilizar de seus bens, móveis ou imóveis, porventura adquiridos em contratos que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade. Assim o que buscamos com a presente proposta é possibilitar aos magistrados que estiverem a frente do processo de recuperação judicial de empresas, convocarem uma audiência, demonstrado obviamente o interesse das partes, em repactuar sobre créditos decorrentes de contratos que contenham as características anteriormente elencadas. Dessa forma acreditamos facilitar, no curso do processo de recuperação judicial, tanto os interesses da empresa recuperanda, quanto dos seus credores, aquela porque poderá dispor dos bens para obter algum lucro e os credores porque terão maior facilidade em recuperar seus créditos junto à mesma. Assim, por entendermos ser a presente proposição, deveras relevante e significativa, para todas as partes envolvidas em processo de recuperação de empresas, tanto os que devem quanto os detentores de crédito é que submetemos a mesma, a ínclita apreciação de Vossas Excelências e pugnamos por seu reconhecimento pelos nobres pares e por sua consequente aprovação.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BRASIL. Projeto de Lei 8.252 de 10 de agosto de 2017. [Acresce o § 6º ao artigo 49, da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, possibilitando ao Magistrado da causa convocar audiência de repactuação e dá outras providências.] Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1584971&filename=PL+8252/2017. Acesso em 13/06/2019.

¹⁴⁷ Ibid

Em que pese não ter a capacidade nem a pretensão de tornar os créditos lastreados em alienação fiduciária em garantia expressamente sujeitos ao plano de recuperação judicial, o Projeto de Lei 8.252/2017, não se pode diminuir a sua importância, uma vez que reacendeu a discussão acerca do tema. Entretanto, mesmo que seja aprovado e entre em vigor, a inclusão do texto proposto não sujeita o crédito ao plano, mas abre uma possibilidade de negociação que, não sendo vedada por lei, já existe.

Feita uma primeira análise acerca das propostas de alteração da legislação vigente, passa-se à última e mais relevante de todas, representada pelo PL 10220/2018 enviado ao Congresso Nacional pelo então presidente da República, Michel Temer.

O projeto de lei visa a modernização da Lei 11.101/2005, que regulamenta a falência e a recuperação de empresas, e foi elaborado por uma equipe multidisciplinar, contando com juristas, magistrados, membros do Governo e da Fazenda Nacional.

O projeto carrega uma série de inovações, em observação às decisões jurisprudenciais desses mais de 10 anos de vigência da LRF, de modo que existe um sem número de objetivos, a exemplo de maior celeridade, facilitação na obtenção de financiamento, consolidação substancial definição de juízo competente, dentre outras.

Nesse escopo, reacendeu, como em uma chama de esperança, a discussão acerca da sujeição dos créditos lastreados em alienação fiduciária ao plano de recuperação judicial, como uma forma de conferir maiores chances para o reerguimento da empresa que enfrenta crise financeira.

Entretanto, antes de adentrar ao imbróglio em si, merece destaque a proposta apresentada pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pelo Ministério da Fazenda de acordo com a Portaria nº 467 de 16/dez/2016¹⁴⁸, confira-se:

[...]A LRJEF trouxe impactos positivos consideráveis, como melhora na proteção dos direitos dos credores, redução no custo do empréstimo e aumento no montante de crédito tomado pelas empresas. A Lei 11.101/2005 permitiu que os processos de recuperação fossem agilizados em relação ao que era praticado anteriormente. Todavia, passados quase doze anos de sua vigência, já se observa a necessidade de aperfeiçoamento de diversos dispositivos. 4. O projeto em tela contou com a experiência prática de juízes, advogados especializados, acadêmicos de direito e de economia, procuradores da Fazenda Nacional, auditores fiscais da Receita Federal, profissionais de finanças e de instituições financeiras públicas e privadas que

¹⁴⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016. [Institui grupo de Trabalho com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e de outros instrumentos legais associados aos temas recuperação e falência de empresas]. Distrito Federal: Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portaria-ndeg-467-de-16-de-dezembro-de-2016>. Acesso em : 13/06/2019.

apresentaram e analisaram suas dificuldades cotidianas na operacionalização do texto legal, no âmbito de Grupo de Trabalho (GT) instituído pelo Ministério da Fazenda de acordo com a Portaria No 467 de 16/dez/2016. Ao longo de seis meses foram debatidos os principais problemas do sistema de recuperação judicial e falências do país, bem como analisadas as soluções possíveis para tais problemas. O texto deste projeto aqui descrito contou substancialmente com propostas, sugestões e análises trazidas por esses especialistas que participaram do GT além de outros interlocutores experientes nos temas recuperação judicial e extrajudicial/falências que, mesmo não listados no GT, participaram de diversas reuniões no Ministério da Fazenda. 5. Os cinco princípios norteadores para alterações propostas nas Leis 11.101/2005 e 10.522/2002 foram os seguintes: i) preservação da empresa: em razão de sua função social, a atividade economicamente viável deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza, cria emprego e renda e contribui para o desenvolvimento econômico. Este princípio, entretanto, não deve ser confundido com a preservação - a qualquer custo - do patrimônio do empresário ou da empresa ineficiente; ii) fomento ao crédito: o sistema legal dos países da América Latina – Brasil inclusive – apresenta um histórico de pouca proteção ao credor, o que gera uma baixa expectativa de recuperação de crédito, impactando negativamente esse mercado por meio da elevação do custo de capital. A correlação entre a melhoria do direito dos credores e o aumento do crédito é demonstrada na literatura empírica sobre o tema. Uma consequência prática desse princípio é que o credor não deve ficar, na recuperação judicial, em situação pior do que estaria no regime de falência. Garantir ex-ante boas condições de oferta de crédito amplia a oferta de financiamentos e reduz seu custo; iii) incentivo à aplicação produtiva dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (fresh start): célere liquidação dos ativos da empresa ineficiente, permitindo a aplicação mais produtiva dos recursos, aposta na reabilitação de empresas viáveis, remoção de barreiras legais para que empresários falidos - que não tenham cometido crimes - possam retornar ao mercado após o encerramento da falência; iv) instituição de mecanismos legais que evitem um indesejável comportamento estratégico dos participantes da recuperação judicial/extrajudicial/falência que redundem em prejuízo social, tais como: proposição pelos devedores de plano de recuperação judicial deslocados da realidade da empresa (em detrimento dos credores), prolongamento da recuperação judicial apenas com fins de postergar pagamento de tributos ou dilapidar patrimônio da empresa etc. v) melhoria do arcabouço institucional incluindo a supressão de procedimentos desnecessários, o uso intensivo dos meios eletrônicos de comunicação, a maior profissionalização do administrador judicial e a especialização dos juízes de direito encarregados dos processos. 6. De acordo com o relatório “Doing Business”, do Banco Mundial, a taxa de recuperação de crédito no Brasil é de aproximadamente 16 centavos por dólar, desempenho abaixo da média da América Latina e Caribe, de 31 centavos por dólar, e muito abaixo da média das economias de alta renda da OCDE, de 73 centavos por dólar, indicando haver espaço para substancial melhoria do quadro legal de recuperação de créditos no Brasil. 7. Desde a edição da Lei 11.101/2005, o número de requerimentos de RJ dentro do arcabouço da LRJEF tem crescido substancialmente, envolvendo não apenas empresas de pequeno e médio porte, mas também grupos empresariais representativos de parcela relevante do PIB brasileiro. O número de RJs atingiu um recorde histórico em 2016, quando foram protocolados 1.863 pedidos (44,8% a mais do que as 1.287 ocorrências registradas em 2015). O resultado é o maior para o acumulado do ano desde 2006. Em 2017, foram requeridas mais 1.420 RJ, 61% dos pedidos foi de micro e pequenas empresas que, historicamente, lideraram os requerimentos de RJ. 8. Além destes números do último ano, uma análise em um intervalo de tempo maior aponta que, no período entre junho de 2005 e dezembro de 2014: de um total de 3.522 empresas que tiveram a RJ deferida, somente 946 tiveram o processo encerrado no período. Destas, apenas 218 (ou 23%) voltaram à ativa e as demais 728 tiveram a falência decretada. Embora a falência não represente necessariamente uma falha do sistema, visto que algumas empresas se mostram inviáveis ao longo do processo de recuperação judicial, o fato é que o sistema ainda é moroso e gera baixo índice de recuperação de empresas, o que reforça a necessidade de mudança no quadro legal. 9. Este projeto de Lei especifica mudanças necessárias para aprimorar o sistema recuperacional brasileiro, garantindo um

processo mais previsível, rápido e transparente às empresas que devem ser recuperadas e uma falência célere às empresas que não têm viabilidade, restituindo o maior valor possível aos credores e liberando ativos e trabalhadores para empregos mais eficientes e produtivos. A seguir são listadas as alterações propostas para cada um dos dois regramentos legais alterados por este projeto: Lei nº 11.101/2005 e Lei nº 10.522/2002. No caso da Lei 11.101/2005 as propostas de mudanças por capítulo são listadas individualmente devido ao grande número de alterações apresentadas.[...]¹⁴⁹

É no capítulo III do projeto de alteração que se encontra o substrato do presente trabalho, confira-se:

O Capítulo III trata especificamente da recuperação judicial. A Seção I atualiza as disposições gerais sobre a recuperação judicial e reduz o prazo de 5 (cinco) para 2 (dois) anos como condição para se obter uma nova recuperação judicial. Esta proposta vai na direção de dar maior dinamismo ao sistema econômico permitindo aos empresários tentarem, por mais de uma vez, obter sucesso em seus empreendimentos. **Também foram incluídas cláusulas no projeto para uniformizar o entendimento de quais créditos se sujeitam ou não à recuperação judicial e a determinação de que os contratos bilaterais não se extinguem automaticamente em razão do pedido de recuperação judicial, pois cabe às partes, em cada caso específico, decidir a conveniência da manutenção do contrato. Outra inovação importante é a que esclarece quais são as ações ineficazes antes do processo de recuperação judicial, tenha ou não o devedor a intenção de fraudar credores.** Também foi incluída a conversão de dívida em capital como um dos meios de recuperação judicial, visando aumentar as chances de recuperação da empresa e de restituição de créditos aos credores. Há um novo procedimento no caso de renegociação de dívidas: o ganho da pessoa jurídica decorrente de abatimento de dívida negociado com credores em processo de recuperação judicial não será considerado na base de cálculo do PIS/Cofins e não haverá limite de 30% (trinta por cento) para a redução permitida para o cálculo do valor do lucro líquido para fins de cálculo do imposto de renda (IR) – via adições e exclusões permitidas pela legislação do IR - e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – via compensação da base de cálculo negativa da CSLL. Neste último caso, requer-se que a renegociação não se realize com pessoa jurídica controladora, controlada ou interligada, assim como acionista controlador, sócio ou administrador da empresa devedora. O objetivo da alteração é reduzir a exigência de desembolso financeiro da empresa recuperanda em momento no qual está com suas finanças fragilizadas ampliando as chances de uma efetiva recuperação.

[...]

Este projeto cria uma Seção IV-**A dedicada ao financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial, suprindo uma lacuna da atual Lei 11.101/2005. Esta atualização permite que o devedor celebre contratos de financiamento, inclusive garantidos por oneração ou alienação de bens e direitos, seus ou de terceiros, para financiar suas atividades de reestruturação.** São listados critérios a serem observados, para que bens já onerados sejam novamente dados em garantia. Em caso de falência do devedor, o valor do financiamento efetivamente entregue ao devedor durante a recuperação judicial será considerado extraconcursal e conferirá preferência ao financiador (exceto em casos em que o financiador seja sócio ou parente até o quarto grau).

¹⁴⁹ BRASIL. Projeto de Lei 10.222 de 10 de maio de 2018. [Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.]. Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em : https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018. Acesso em 13/06/2019.

Superada a análise de fundamentação da proposta de alteração da LRF, passa-se, então, a analisar os dispositivos referentes aos créditos lastreados por alienação fiduciária em garantia por meio dos dispositivos que o legislador pretende implementar.

Dessa forma, destaque-se a novel redação pretendida para o artigo 49 da LRF:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial os créditos cuja contrapartida tenha ocorrido até a data do pedido de recuperação e as obrigações existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, mesmo ilíquidos.

§ 4º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do caput do art. 86 e os créditos fiscais e do FGTS.

§ 6º Após o ajuizamento da recuperação judicial, os credores não poderão alegar compensação, legal ou convencional, com créditos sujeitos à recuperação judicial.

§ 7º Sujeitam-se à recuperação judicial os créditos, inclusive trabalhistas, decorrentes de contrapartidas ou fatos anteriores ao ajuizamento da recuperação judicial, mesmo que a sua constituição tenha ocorrido em data posterior.

§ 8º Nos contratos de execução continuada ou trato sucessivo, não se consideram créditos sujeitos à recuperação judicial aqueles decorrentes de prestações e contraprestações que, ao tempo do pedido, estejam por cumprir.

§ 9º Fica facultado ao devedor denunciar contratos que inviabilizem a sua recuperação, hipótese em que inscreverá como crédito quirografário as perdas e os danos devidos à contraparte.

§ 10. Os contratos bilaterais não se resolvem em razão do pedido da recuperação judicial e será considerada nula qualquer disposição contratual em contrário, exceto quanto às exceções expressamente previstas nesta Lei.

§ 11. A partir do deferimento do processamento, e a pedido da devedora, o juiz poderá decidir que contas correntes de titularidade da devedora não estarão sujeitas a qualquer modalidade de constrição extrajudicial ou judicial, exceto mediante autorização do juízo da recuperação judicial, desde que ofertada outra garantia útil e atendido o disposto no art. 805 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil.

§ 12. O pedido de recuperação judicial não afeta as garantias prestadas no âmbito de operações compromissadas ou com derivativos.

§ 13. Os patrimônios de afetação constituídos para cumprimento de destinação específica não se submetem aos efeitos da recuperação judicial e obedecerão ao disposto em legislação específica, de forma a se manterem separados e incomunicáveis em relação ao patrimônio geral da empresa sob regime de recuperação e aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos, até que seja formalizado o ato de desafetação, quando o resultado patrimonial, positivo ou negativo, será consolidado no patrimônio geral da empresa sob regime de recuperação judicial.

§ 14. Consideram-se abrangidos os créditos relativos a honorários advocatícios de sucumbência cuja execução ou cujo cumprimento de sentença, inclusive provisório, era possível anteriormente ao pedido de recuperação judicial.” (NR)¹⁵⁰

O que se depreende da leitura do dispositivo é que, prima facie, os créditos sob garantia fiduciária permanecem excluídos da recuperação judicial de empresas. Entretanto, sob a análise do § 10, parece que o legislador busca equilibrar a relação entre o credor fiduciário e o devedor em recuperação, tendo em vista que a alienação fiduciária em garantia se trata, conforme

¹⁵⁰ Op. cit

demonstrado anteriormente, de contrato bilateral oneroso. Assim, evita-se um abuso de direito por parte do credor.

O grande avanço apresentado pelo PL 10220/2018, no que tange ao tema do presente trabalho, se mostra na pela proposta de introdução do artigo 49 – A, cujo texto dispõe:

Art. 49-A. **São ineficazes em relação ao processo de recuperação judicial, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:**

I - o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título, ressalvadas as obrigações de direito público;

II - o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III - a constituição de direito real de garantia, incluída a retenção, nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial, na hipótese de dívida contraída anteriormente;

IV - a prática de atos a título gratuito, inclusive pela constituição de garantias fidejussórias, nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial; e V - a fusão ou a incorporação ocorrida nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial. § 1º Os atos referidos no caput que tenham sido previstos e realizados na forma definida em plano de recuperação judicial ou plano de recuperação extrajudicial serão declarados ineficazes. § 2º São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, se restar comprovado o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pelos credores.(NR)¹⁵¹

O artigo 49 -A, III, determina expressamente a ineficácia da constituição da garantia real em face do plano de recuperação judicial, mas ainda deixaria em aberto a dúvida se o termo “constituição” de garantia real estaria se referindo à eficácia do contrato celebrado ou à prática de seus efeitos no período de suspensão das ações e execuções.

A resposta vem pela novel redação proposta ao artigo 50 da LRF, que segue responsável pela previsão dos meios de recuperação judicial, e passa a abraçar a supressão da alienação fiduciária como uma das formas de promover o soerguimento da empresa, confira-se:

Art.50.....
.....

III - alteração do controle societário, inclusive por meio da conferência de bens e da conversão de dívida em capital;

IV - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, inclusive por meio da conferência de bens e da conversão de dívida em capital;

§ 1º Na alienação de bem objeto de direito real de garantia ou alienação fiduciária, a supressão da garantia ou a sua substituição somente será admitida por meio da aprovação expressa do credor titular da garantia.

¹⁵¹ Op. cit

§ 3º A supressão de garantia acessória ou decorrente de penhora por crédito não sujeito à recuperação judicial gozará da mesma proteção prevista no § 1º.” (NR)¹⁵²

Dessa maneira, a sensação que resta é de quem ganhou mas não levou, isto é, a supressão da garantia fiduciária se mostra admitida como forma de recuperação judicial, mas só receberá os efeitos do plano de recuperação mediante aprovação expressa do credor titular da garantia. Suspeita-se que essa norma não receberá aplicação prática, de modo que se entende fora da realidade que uma instituição bancária relativize a garantia de recebimento do seu crédito.

¹⁵² Op.cit

4 CONCLUSÃO

O referido projeto de alteração da Lei de Recuperação Judicial e falências se mostra robusto, completo, complexo e promissor. Diversos são os pontos positivos que se mostram propostos no dispositivo legal.

Entretanto, em referência aos créditos lastreados em alienação fiduciária e a sua proposta (ao menos a expectativa) de sujeição ao plano de recuperação judicial de empresas mostrou-se esvaziada.

A bem da verdade, parece-nos que houve a sujeição de tais créditos ao plano, mas não da maneira correta. Isso porque a novel redação proposta ao artigo 50, §1º, da Lei 11.101/2005 admite a supressão da alienação fiduciária em garantia como uma modalidade de recuperação judicial e, além disso, o faz de forma expressa. O grande problema do dispositivo se encontra em sua parte final, que faculta ao credor fiduciário a aceitação, ou não, dessa condição por meio de manifestação expressa de anuência.

Seria ingenuidade acreditar que a mera positivação da possibilidade de supressão da *supergarantia fiduciária* mediante acordo de vontade entre credor e devedor seria capaz de fomentar a sua aplicabilidade prática. Fora isso, essa possibilidade, como não vedada por dispositivo legal, sempre existiu na vigência da LRF.

Dessa maneira, entre mortos e feridos salvaram-se todos. A realidade é que a situação acerca das garantias lastreadas em alienação fiduciária permanecem as mesmas, havendo uma discrepância entre os esforços realizados pelos demais devedores em face da contribuição dada pelas instituições financeiras.

É transparente que a concessão de crédito é instrumento capaz de fomentar e viabilizar o regular exercício empresarial. O acesso à taxas de juros mais baratas certamente é capaz de potencializar o funcionamento da empresa e viabilizar o alcance de melhores resultados, uma vez que o incremento de sua lucratividade e o aumento das transações por ela realizada alcançam, por fim, maior eficácia de sua função social.

Entretanto, o que não se pode admitir é a tamanha discrepância entre os sacrifícios realizados pelos credores, principalmente no que tangencia a relação bancária. A sujeição dos créditos lastreados em garantia fiduciária ao plano de recuperação judicial em nada altera a substância real da garantia conferida ao credor. Trata-se, apenas, de colaboração com a empresa recuperanda para a manutenção da sua atividade, o que não se faz por piedade ao empresário ou favor legal conferido a este, mas pelo interesse público e social em referência aos frutos da sua atividade.

Destaque-se, ainda, que o risco é inerente a todos os tipos de atividade econômica que buscam, como finalidade, o lucro. Dessa maneira, o oferecimento de crédito aos empresários em dificuldade não pode ser visto como um favor ou concessão realizado pelos banqueiros, mas sim como o mais puro e livre exercício de sua atividade.

Por isso, é tamanha a indignação frente a não sujeição desses créditos ao plano de recuperação judicial de forma involuntária. O aumento das taxas de juros (*spread bancário*), que seria sofrido pelo mercado não teria, em substância de garantia de crédito, nenhuma razão de existir.

Portanto, o PL 10220/2018, no que tange à supressão das supergarantias bancárias se mostrou falho. Tentou abordar o tema de maneira pueril, de modo que foi infeliz e, *prima facie*, ineficiente. Importa, ainda, destacar que cedeu ao *lobby* bancário que, mais uma vez, atuou de forma implacável no sentido de manter vantagens extremamente discrepantes em face dos diferentes agentes com quem fazem contrato e da coletividade como um todo.

O princípio do soerguimento da empresa é, no direito recuperacional, basilar fundamental para todos os demais desdobramentos acerca do tema. Todos os esforços devem ser implementados para salvaguardar a empresa viável e, com ela, os interesses coletivos advindos de sua atividade. Não há sombra de dúvidas em se afirmar que, tão importante quanto a concessão de novos créditos à recuperanda é, também, a manutenção de seus ativos, de forma que não realizar a real e eficaz inclusão dos créditos lastreados em alienação fiduciária em garantia ao plano de recuperação judicial mostra-se como um grave e lamentável equívoco.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, **Hércules. Alienação fiduciária de imóveis em garantia: lei 9.514/1997.** Boletim de Doutrina ADCOAS. Rio de Janeiro. v.3. n.7. p.172-179. jul. 2000.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas.**3. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019

BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 30 jun. 2019

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.278, de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, DF: Presidência da República [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em: 15 jun. 2019

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016. [Institui grupo de Trabalho com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e de outros instrumentos legais associados aos temas recuperação e falência de empresas]. Distrito Federal: Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portaria-ndeg-467-de-16-de-dezembro-de-2016>. Acesso em : 13/06/2019.

BRASIL. Projeto de Lei 6.229 de 23 de novembro de 2005. [Altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que “Regula recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial]. Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>. Acesso em 13/06/2019.

BRASIL. Projeto de Lei 4.586 de 03 de fevereiro de 2009. [Dá nova redação ao caput do art. 49 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”.] Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em : https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=631077&filename=PL+4586/2009. Acesso em: 13/06/2019.

BRASIL. Projeto de Lei 8.252 de 10 de agosto de 2017. [Acresce o § 6º ao artigo 49, da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, possibilitando ao Magistrado da causa convocar audiência de repactuação e dá outras providências.] Distrito Federal: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1584971&filename=PL+8252/2017. Acesso em 13/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial: 1314209 SP 2012/0053130-7 **RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO..** Recorrente: COMPANHIA BRASILEIRA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTRO(S); Recorrido: AGRÍCOLA SANTA OLGA LTDA E OUTRO. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2012, Data de Publicação: DJe 01/06/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1314209&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 14/06/2019

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial** 17.ed. rev. atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 9.ed – São Paulo: Saraiva, 2013

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**, Revista dos Tribunais, volume 732, outubro de 1996

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 4º volume: direito das coisas. 22. ed. ver. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2017

GOMES, Orlando. Perfil Dogmático da Alienação Fiduciária. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. São Paulo, 2011. vol.5.

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Laumen Juris, 2010.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direitos reais limitados**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar** 17. ed.atual São Paulo, Saraiva, 1998

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática I** . Rio de Janeiro: Forense, 2012

SÃO PAULO. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2166475-19.2017.8.26.0000SP. DECRETO DE FALÊNCIA. CONVOCAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA QUEBRA DA RECUPERANDA. A FALÊNCIA É MEDIDA EXTREMA QUE DEVE SER DECRETADA, ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA O SOERGIMENTO DA EMPRESA. VIABILIDADE EMPRESARIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO NOS AUTOS. EXPRESSIVO PASSIVO, EM MUITO SUPERIOR AO ATIVO. FORTES SUSPEITAS DE IRREGULARIDADES NÃO COMBATIDAS NOS AUTOS. ATIVIDADE EMPRESARIAL IRRECUPERÁVEL. FALÊNCIA BEM DECRETADA. , Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 27/11/2017, , Data de Publicação: 29/11/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526301677/21664751920178260000-sp-2166475-1920178260000/inteiro-teor-526301696?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13/06/2019.

SIMONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008