

# *A alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro: as posições assumidas pelo proprietário fiduciário na Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação e Falências)*

DR. RENAN MALCHER

**SUMÁRIO:** *Introdução. 1. A alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro: 1.1. O negócio fiduciário lato sensu; 1.2. A alienação fiduciária em garantia no Brasil: evolução histórica legislativa, conceituação, sujeitos do negócio jurídico (o proprietário fiduciário e o devedor fiduciante) e âmbito de aplicação (bens móveis fungíveis, infungíveis e imóveis); 1.3. A alienação fiduciária em garantia no direito comparado – aceitabilidade do instituto no Direito Português. 2. As Posições Assumidas pelo Proprietário Fiduciário na Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falências: 2.1. A Lei 11.101/05: a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de empresas no Direito brasileiro; 2.2. Implicações para o proprietário fiduciário na recuperação judicial e na falência: 2.2.1. Na qualidade de credor de empresa em recuperação judicial; 2.2.2. Na qualidade de requerente da recuperação judicial; 2.2.3. Na qualidade de credor na falência; 2.2.4 Na qualidade de falido. Conclusões.*

## **Introdução**

O presente trabalho tem como tema e foco a alienação fiduciária em garantia e as posições assumidas pelo proprietário fiduciário na Lei de Recuperação e Falência de Empresas brasileira.

O tema é de extrema relevância para o direito comercial brasileiro, vez que uma breve pesquisa jurisprudencial revela um alto grau de litigiosidade envolvendo os interesses das partes na alienação fiduciária em garantia no âmbito dos processos de recuperação judicial de empresas e falência.

De outro modo, a análise central das posições assumidas pelo proprietário fiduciário na LRF é um tema escasso de tratamento doutrinário, por parte dos doutrinadores falimentares, recuperacionais e comercialistas brasileiros, care-

*RDS X (2018), 1, 135-178*

cendo o direito brasileiro das conceituações e hipóteses aqui levantadas, o que reflete também no nosso âmbito de pesquisa.

O trabalho, então, está dividido em dois capítulos centrais:

- (i) O primeiro versa sobre a análise da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, onde procuramos não só uma delimitação conceitual do negócio jurídico sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, mas buscamos entender um pouco (por não ser foco) a sua origem histórica e o seu âmbito de aplicação no direito português;
- (ii) O segundo parte para o enfrentamento direto do tema central, cuja discussão levantamos. Para se chegar ao específico tema central, algumas reflexões de cognição sumária são postas pelo caminho.

Este trabalho, portanto, se preocupa em conceituar e dar um panorama geral da Lei 11.101/05, Lei de Recuperação e Falência de Empresas brasileira, bem como os preceitos básicos e o âmbito de sua aplicação; chegando a tratar especificamente das regras e normas referentes ao Direito Recuperacional (que se refere a Recuperação Judicial e Extrajudicial de empresas) e do Direito Falimentar.

Ao fim, buscamos de maneira sintética e sucinta, aplicar os conceitos expostos ao longo do caminho para, finalmente, analisar caso a caso as posições assumidas pelo proprietário fiduciário na Lei de Recuperação e Falência brasileira.

## 1. A alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro

### 1.1. O negócio fiduciário *lato sensu*

A origem no negócio fiduciário<sup>1</sup> nos remete ao Direito Romano. A fidúcia romana apresentava-se em três modalidades: a *fiducia cum creditore*, a *fiducia remanipationis causa* e a *fiducia cum amico*. Para o presente trabalho apenas nos interessa a análise das modalidades *cum creditore* e *cum amico*<sup>2</sup>, conceitos que serão abordados a seguir.

<sup>1</sup> Em relação a historicidade da fidúcia, obrigatória é a leitura da obra de CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Do Trust no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2014. Pag. 703-722.

<sup>2</sup> Assim cita FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, São Paulo: LTr, 1999. Pag. 23: “A fidúcia romana, como sabido, apresentou-se em três modalidades distintas: a *fiducia cum creditor*, acerca da qual Moreira Alves estabeleceu conveniências e inconveniências na sociedade romana, como visto supra; a *fiducia remanipationis causa*; e a *fiducia cum amico* (...).”

A sistemática da fiducia romana era bastante simples e de fácil funcionamento: através de um contrato o fiduciário recebia do fiduciante a propriedade sobre uma coisa infungível, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, se obrigando nos termos do pacto fiduciário celebrado no momento da entrega da coisa, a restituí-la ao fiduciante (havendo o adimplemento de dívida contraída) ou a lhe dar destinação determinada no pacto.

A distinção entre a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore* se dava exatamente no objetivo da celebração do pacto fiduciário: quando o fiduciário recebia do fiduciante a propriedade sobre uma coisa infrangível para dar a coisa a destinação determinada no pacto, ou seja, a administração da coisa, estava-se diante da *fiducia cum amico*; já quando o objetivo do pacto era o estabelecimento da transferência da propriedade de certa coisa para o fiduciário para garantia de uma dívida contraída pelo fiduciante, onde, ao final, havendo o adimplemento da dívida, surgia para o fiduciário o dever de restituição do bem ao fiduciante, estava-se perante a *fiducia cum creditore*.

Em termos simples, mas não muito técnicos, a *fiducia cum amico* se tratava de um negócio fiduciário para fins de administração de determinado bem, enquanto a *fiducia cum creditore* era um negócio fiduciário para fins de garantia.

António Barreto Menezes Cordeiro<sup>3</sup> sintetiza o exposto acima da seguinte maneira:

### ***Negócios Fiduciários para administração e negócio fiduciário em garantia***

Com raízes que remontam ao Direito romano, é usual apresentarem-se duas grandes modalidades de negócios fiduciários: (1) para administração (*fiducia cum amico*) e (2) em garantia (*fidúcia cum creditore*). A ligação entre estas duas realidades é puramente histórica: os propósitos perseguidos e os interesses acau-telados não poderiam ser mais distintos.

Na *fidúcia cum creditore*, a transmissão do direito tem como objetivo acau-telar, de forma mais efetiva, a posição do credor, no caso do devedor não cumprir atempadamente as obrigações assumidas. Por regra, o fiduciário não pretende sequer ter um controlo material sobre o direito, mas apenas um título formal que lhe possibilite invocar uma especial ligação em caso de insolvência do “beneficiário”.

A realidade subjacente à *fidúcia cum amico* em nada se assemelha: o fiduciário assume, voluntariamente, a obrigação de atuar sempre no melhor interesse do beneficiário, sendo esse propósito preciso da relação constituída.

<sup>3</sup> CORDEIRO, António Barreto Menezes. Depósito fiduciário: proteção do beneficiário. Revista Vida Judiciária n° 186 – novembro/dezembro de 2014, Pag. 10.

Transpondo a análise para o presente trabalho, a alienação fiduciária em garantia, nos moldes atuais, guarda certa identidade e origem na *fiducia cum creditore*, fazendo-se a ressalva que a atual configuração do instituto jurídico não se equivale a fidúcia para fins de garantia romana.

O foco do presente trabalho é justamente o negócio fiduciário para fins de garantia, que se abordará mais profundamente a seguir.

### **1.2. A alienação fiduciária em garantia no Brasil: evolução histórica legislativa, conceituação, sujeitos do negócio jurídico (o proprietário fiduciário e o devedor fiduciante) e âmbito de aplicação (bens móveis fungíveis, infungíveis e imóveis)**

No Direito brasileiro a alienação fiduciária em garantia foi introduzida, primeiramente, pela Lei do Mercado de Capitais<sup>4</sup>, mais precisamente no seu artigo 66, originalmente introduzida para facilitar o tráfego jurídico no sentido de facilitar os na circulação de crédito e financiar a aquisição de alguns bens de consumo. Na redação original do artigo 66 o instituto guardava muita similaridade ao *trust receipt* do direito anglo-saxão, numa lógica voltada ao comércio.

Mais adiante, o Decreto-Lei nº 911/69 veio para aperfeiçoar o citado artigo 66, melhorando a definição do instituto jurídico e instituindo regras processuais no sentido de aumentar a segurança jurídica relacionada a efetividade e instrumentalidade da garantia, que mais tarde seria revogado pela Lei 10.931, de 2004, que abordar-se-á mais adiante. Neste momento a celebração do pacto fiduciário era restrita ao mercado de capitais e somente poderiam figurar na qualidade de credor fiduciário as instituições financeira, sendo a sua aplicabilidade proibida aos demais particulares. Aqui afastou-se bastante o objetivo do instituto em relação a ideia central do *trust receipt*.

Após a previsão na Lei de Mercado de Capitais da alienação fiduciária em garantia, restrita a bens móveis, a Lei 9.514, de 1997, também intitulada Lei do Sistema Financeiro Imobiliário, veio a alargar o espectro de utilização do instituto, estendendo a sua aplicabilidade aos bens imóveis, que em seu artigo 22 conceitua o citado negócio fiduciário: “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.”

<sup>4</sup> Lei 4.728/1965.

Mas a principal novidade trazida pela LSFI foi o alargamento da possibilidade de celebração do instituto a todo e qualquer particular, referindo-se a lei que “a alienação fiduciária em garantia poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica (...)”.

Portanto, até 1997 existiam duas modalidades de alienação fiduciária em garantia: a de coisas móveis, celebrada no âmbito do mercado financeiro e de capitais, cuja posição de credor fiduciário só poderia ser assumida por instituição financeira; e a de coisas imóveis, sendo liberada a sua celebração a todo e qualquer particular.

Entretanto, com a entrada em vigor, no ano de 2002, do novo Código Civil o instituto foi definitivamente incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, incorporado através da regulamentação da propriedade fiduciária, no artigo 1.361, tratando especificamente do caso de móveis infungíveis: “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

Após a edição do Código Civil, com o intuito de uniformizar conceitos e atualizar as leis especiais sobre o assunto, foi editada a Lei 10.931, de 2004 (institui o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias), de modo que o atual panorama do instituto no Brasil ficou regido da seguinte maneira:

- a) O Código Civil disciplina a propriedade fiduciária, prevê o contrato de alienação fiduciária de bens móveis infrangíveis, dispõe de regras operacionais da garantia e é aplicável de forma supletiva e secundária na omissão das leis especiais.
- b) A Lei de Mercado de Capitais disciplina a alienação fiduciária em garantia de bens móveis fungíveis, sendo o âmbito de sua celebração restrito ao mercado financeiro e de capitais, nas hipóteses previstas em lei (Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos), onde só poderão figurar como credor fiduciário as instituições financeiras;
- c) A Lei do Sistema Financeiro Imobiliário dispõe sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, tendo como objeto não só a propriedade plena, mas também: bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do *laudêmio*, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; e a propriedade superficiária (hipóte-

ses incluídas pela Lei nº 11.481, de 2007). A sua celebração, neste caso, é permitida a todo e qualquer particular e o bem alvo da contratação pode ser imóvel já propriedade do devedor fiduciante.

A conceituação atual da alienação fiduciária em garantia, na esteira da interpretação legislativa vigente no ordenamento jurídico brasileiro, nos conduz a um negócio jurídico pelo qual o devedor transfere ao credor propriedade resolúvel de bens móveis ou imóveis<sup>5</sup>, com o intuito de garantir o pagamento de dívida contraída, que quando da sua liquidação o devedor volta a ter a propriedade do bem transferido.

Trata-se de negócio jurídico pelo qual há efetiva transferência da propriedade do bem de propriedade do devedor ao credor, sabendo-se que tal propriedade, dita fiduciária<sup>6</sup>, é limitada e funcionalizada pelo pacto fiduciário firmado entre as partes<sup>7</sup>.

A peculiaridade da alienação fiduciária em garantia encontra-se em relação a posse do bem alvo da propriedade fiduciária – a legislação brasileira determina que, instituída a propriedade fiduciária, ocorre o desmembramento da posse do bem: o proprietário fiduciário fica investido na posse indireta do bem, enquanto o devedor fiduciante investe-se na posse direta. Em outras palavras: o devedor fiduciante, que aliena o bem ao seu credor, na vigência do pacto fidu-

<sup>5</sup> No seu Curso de Direito Civil, COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Direitos Reais e Direito Autoral. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 515, estabelece uma distinção entre direitos reais *de* garantia e direitos reais *em* garantia, estabelecendo que: “Enquanto os direitos reais *de* garantia oneram bem da propriedade do devedor, os direitos reais *em* garantia incidem sobre a propriedade resolúvel do credor. Este último torna-se titular da propriedade da coisa originariamente pertencente ao devedor, como forma de assegurar-se do recebimento de seu crédito.”

<sup>6</sup> Nos termos do Código Civil Brasileiro:

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

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

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

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

<sup>7</sup> Neste sentido: GOMES, Orlando. Direitos Reais, 21ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2012. Pag. 358: “O fiduciário passa a ser dono dos bens alienados pelo fiduciante. Adquire, por conseguinte, a propriedade desses bens, mas, como o próprio título de constituição desse direito, está estabelecida a causa de sua extinção, seu titular tem apenas propriedade restrita e resolúvel, O fiduciário não é proprietário pleno, senão titular de um direito sob condição resolutiva.”

ciário pode usar o bem<sup>8</sup>, dando assim a sua destinação necessária (e em certos casos obrigatória).

Aqui se deve fazer uma clara distinção – a de alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária: a alienação fiduciária em garantia emana das relações obrigacionais consubstanciadas no contrato celebrado entre as partes, onde estarão previstos os termos do negócio jurídico celebrado, bem como as a condição resolutiva expressa a qual fica dependente e limitada a propriedade resolúvel do credor; já a propriedade fiduciária, como todo e qualquer direito real, apenas é constituída com o seu respectivo registro em cartório competente<sup>9</sup>.

Portanto, a propriedade fiduciária não surge com a simples formalização do contrato de alienação fiduciária em garantia, mas sim do registro competente. Isso nos remete a uma clássica lição de Orlando Gomes: “Trata-se de negócio translativo vinculado a negócio obrigacional, com eficácia subordinada ao adimplemento da obrigação assumida, no contrato, pelo fiduciante.”<sup>10</sup>

Das afirmações, tiram-se as seguintes possibilidades de resultado do negócio jurídico:

- a) O devedor fiduciante liquida a dívida na sua integralidade, quando extingui-se o pacto fiduciário, com ele a propriedade resolúvel do credor fiduciário e o devedor voltará a ter a propriedade plena do bem alienado;
- b) O devedor fiduciante não paga a dívida relacionada a garantia constituída, quando o credor fiduciário poderá consolidar sua propriedade com o intuito de, tão logo, alienar o bem alvo do pacto fiduciário para pagar-se e indenizar o devedor nas quantias eventualmente já pagas, descontados os custos dos procedimentos de alienação.

Em relação ao primeiro item, não existe muita complexidade na sua funcionalização: no momento que o devedor paga a sua dívida, conclui-se o negócio e o primeiro retoma a propriedade plena do bem. Diga-se: a obrigação de

<sup>8</sup> Nos termos legais, o devedor é investido na condição de possuidor direto e depositário (artigo 1.316, § 2º e 1.363, do Código Civil Brasileiro).

<sup>9</sup> No caso de bens móveis o registro é realizado em Cartório de Notas e Registro de Documentos; já no caso de bens imóveis, o registro é realizado com anotação na margem na matrícula do imóvel, em sede de Cartório de Registro de Imóveis.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., pag. 359.

restituir é elemento natural do contrato<sup>11</sup>, bem como a pretensão do devedor fiduciante é de natureza real, não podendo o credor recusar-se a restituição.

Já em referência a segunda possibilidade, no caso de inadimplemento do devedor fiduciante, uma consideração importantíssima deve ser feita: a vedação ao pacto comissório.

A legislação brasileira vigente em relação a alienação fiduciária de coisa imóvel e móvel ingungível é clara ao estabelecer que o proprietário fiduciário não poderá ficar com a propriedade do bem estabelecida no pacto fiduciário: exige a lei que, havendo inadimplemento do devedor fiduciante, o credor fiduciário deverá consolidar a propriedade do bem alvo do pacto com único intuito – aliená-lo para indenizar a si próprio (reaver seu crédito) e indenizar o devedor na quantia eventualmente já paga ao longo da vigência do negócio jurídico celebrado. Em relação a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel apenas uma ressalva deve ser feita: depois da tentativa frustrada de venda do bem alvo do pacto, o proprietário fiduciário fica desobrigado a aliená-la, podendo então ficar com o bem.

Polêmica em relação ao assunto fica guardada na alienação fiduciária de bem móvel fungível, quando a LMC estabelece a possibilidade do proprietário fiduciário, ao término do pacto, ficar com o bem alvo da fidúcia.

Outro ponto que já levantou discussão doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro foi em relação a quais bens poderiam ser alvo de alienação fiduciária em garantia: bens “novos” (não pertencentes ao patrimônio do devedor fiduciante), cuja a alienação fiduciária em garantia serviria exatamente para adquiri-los; ou poderiam ser alvo de alienação fiduciária em garantia os bens já havidos em propriedade do devedor, cuja afetação a alienação fiduciária seria faculdade do próprio devedor para garantir um mútuo?

Tal assunto já não é mais problema no ordenamento jurídico brasileiro: o artigo 51 da Lei 10.931 estabelece que a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis pode ser usada como garantia para as *obrigações em geral*, ou seja, podendo ser celebrada fora do âmbito da aplicação de leis especiais, podendo qualquer bem do devedor, seja novo ou cuja propriedade já lhe era sua, ser alvo do pacto para garantir um mútuo.

Quanto a vinculação da alienação fiduciária em garantia a um contrato de mútuo, entendo que é obrigatória. Daí o entendimento da acessoriedade da alienação fiduciária em garantia ao contrato de mútuo: o instituto nunca vai servir para garantir uma compra e venda, mas sempre uma dívida assumida num mútuo. Ademais, para a compra e venda já existe um meio eficaz e bastante

<sup>11</sup> Idem, pag. 360.

parecido com a alienação fiduciária em garantia que serve de reforço a posição do credor: a venda com reserva de propriedade.

Ponto final – e característico – da alienação fiduciária em garantia (e da propriedade fiduciária, na forma descrita acima) é a proteção do fiduciante pela constituição de patrimônio separado (afetado) do credor fiduciário, constituído pelos bens cuja propriedade do último é condicionada a condição resolutiva expressa no pacto fiduciário (razão de ser da propriedade fiduciária: resolúvel por natureza).

A afetação funcional do patrimônio não é novidade no direito brasileiro, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho<sup>12</sup>:

Cada vez mais o legislador tem se valido da figura do patrimônio separado (também chamado de patrimônio de afetação ou segregado) para proteger interesses de credores, na falência de alguns empresários. O patrimônio separado não integra a massa falida e continua a ser gerido e liquidado tendo em vista unicamente o objetivo que inspirou sua constituição.

Afora o reconhecimento explícito trazido por leis especiais ao negócio fiduciário para fins de administração, a experiência legislativa brasileira nos conduz a aceitação do patrimônio de afetação: falamos aqui dos artigos 49 e 50 da Lei 4.728/65, quando da regulamentação dos fundos de investimentos, pela qual estabeleceu regras contábeis no sentido de segregar fundos de investimentos uns dos outros e do patrimônio da gestora do fundo; quando da regulamentação dos Fundos de Investimento Imobiliários pela Lei n.º. 8.668/93, de novo há previsão clara de instituição de um patrimônio de afetação, no artigo 7º; fala-se também do caso da securitização de recebíveis imobiliários, previsto na Lei n.º. 9.514/97; além da criação do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, trazido pela Lei 10.931 de 2004.

Conforme já concluído num *paper*<sup>13</sup> apresentado por mim ao Prof. Dr. Manuel Januário da Costa Gomes, na Cadeira de Direito Bancário:

Portanto, quanto à questão da segregação patrimonial, temos inúmeros exemplos na legislação brasileira de negócios fiduciários de gestão (estrito senso) já tipi-

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: direito de empresa, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 395.

<sup>13</sup> MALCHER, Renan. O negócio fiduciário estrito senso em Portugal e no Brasil: sua dimensão externa e a solução apresentada pelas legislações luso-brasileiras quanto a proteção da posição do fiduciante. 2015.

ficados<sup>14</sup> e que podem, de forma analógica, orientar a interpretação e admissibilidade da afetação funcional do patrimônio integrante do acervo fiduciário da esfera patrimonial do fiduciário, resguardando a posição originalmente vulnerável do fiduciante.

### 1.3. *A alienação fiduciária em garantia no direito comparado – aceitabilidade do instituto no Direito Português*

A alienação fiduciária em garantia no Direito Português é um assunto polêmico. Por mais que nos dias atuais exista a regulamentação legal do instituto, através do Decreto-Lei 105/2004, de 8 de maio, alterado pelo Decreto-Lei 192/2012, de 23 de agosto, o seu âmbito de aplicação está limitada ao âmbito financeiro (do mercado financeiro português) – chamada fidúcia financeira<sup>15</sup>, estudada no âmbito do direito bancário –, a certos valores mobiliários e implica *intervenientes supervisionados*<sup>16</sup>, prevendo a norma a prevenção a abusos (principalmente em relação a posição vulnerável do devedor fiduciante).

Num contexto geral, a doutrina portuguesa não é unânime a respeito da aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia em modos gerais, como vista e concebida no Direito Brasileiro.

Entre os que entendem que a lei portuguesa não admite, em termos gerais, a alienação fiduciária em garantia está o Prof. Dr. António Menezes Cordeiro, que em sua obra *Tratado de Direito Civil, Volume X – Direito das Garantias*, defende que:

<sup>14</sup> Sobre o caráter de negócio fiduciário para administração do patrimônio de afetação e da propriedade fiduciária dos fundos de investimento imobiliário, discorre MARTINS, Raphael Magalhães. Análise da “Aclimação” do *Trust* ao Direito Brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 06, nº 01. Pag. 48: No “patrimônio de afetação” da incorporação imobiliária e na “propriedade fiduciária” dos Fundos de Investimento Imobiliário, por outro lado, a finalidade é a de administração. Isto é, determinada universalidade de bens é transferida para um terceiro, com o propósito específico de ser administrada por este. Isto é, na medida em que presumidamente o incorporador e o administrador do fundo têm maiores condições técnicas do que aqueles que cederam, fiduciariamente, seus bens para gerir tal patrimônio.”

<sup>15</sup> Abordada por MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Bancário – 5ª Ed.* Almedina: Lisboa, 2014. Pag. 820-822.

<sup>16</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado. Vol. X – Direito das Garantias.* Almedina, 2015. Pag. 856: “II. O Decreto-Lei nº. 105/2004, de 8 de maio, por último (neste momento) alterado pelo Decreto-Lei nº. 192/2012, de 23 de agosto, veio permitir, no seu estrito âmbito de aplicação, a alienação fiduciária em garantia (financeira). Tem uma aplicação limitada a certos valores mobiliários e implica *intervenientes supervisionados*. Além disso, comporta normas que previnem abusos.”

Como aludido várias vezes, a lei portuguesa não permite em geral a alienação fiduciária em garantia. Recordamos os seus três grandes óbices:

- permite defraudar a proibição dos pactos comissórios;
- não pode ter natureza real, por violação do artigo 1306.º/1, do Código Civil, deixando o devedor fiduciante no desamparo;
- é muito violenta para o devedor, privado da titularidade da coisa à mercê dos riscos que possam atingir a coisa, o credor e o patrimônio deste<sup>17</sup>.

O doutrinador português, inclusive, sujeita a possibilidade da aplicabilidade do instituto a uma reforma legislativa adequada<sup>18</sup>.

Outros doutrinadores portugueses contrários a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no Direito Português são Beleza dos Santos<sup>19</sup>, Manuel de Andrade<sup>20</sup>, Galvão Telles<sup>21</sup> e Pessoa Jorge<sup>22</sup>, cuja argumentação jurídica se assemelha ao defendido por Menezes Cordeiro.

Entre os defensores da aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia no Direito Português estão Castro Mendes<sup>23</sup>, Oliveira Ascensão<sup>24</sup>, Carvalho Fernandes<sup>25</sup>, Pais de Vasconcelos<sup>26</sup>, Pestana de Vasconcelos<sup>27</sup> e Menezes Lei-

<sup>17</sup> Sobre a eficácia externa dos negócios fiduciários imporante citar as obras de FIGUEIREDO, André. *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros: com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*. Almedina: Lisboa, 2013; CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Do Trust no Direito Civil* (2013); PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular sobre a posição do cessionário na insolvência do cedente*. Lisboa: Coimbra, 2007. Idem, *Direito das Garantias 2ª ed.* Lisboa: Almedina 2015, pag. 581-592.

<sup>18</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado....* Pag. 855-856: “*Até que sobrevenha uma reforma legislativa adequada, a proibição mantém-se. (...)*”

<sup>19</sup> BELEZA DOS SANTOS, José. *A simulação em Direito Civil*, Volume 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1921. (pag. 120 e ss.)

<sup>20</sup> DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. *Teoria Geral da Relação jurídica. Fato jurídico, em especial*. Coimbra, Coimbra Editora, 1992. (pag. 175, e ss.)

<sup>21</sup> GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992. (pag. 193)

<sup>22</sup> PESSOA JORGE, O mandato sem representação, Coimbra, Almedina, 1995. (pag. 326 e ss.).

<sup>23</sup> MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil II*, Lisboa, AAFDL, 1985. (pag. 165 e ss.).

<sup>24</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil II – Acções e factos jurídicos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003. (pag. 308 e 326).

<sup>25</sup> FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica, 2001. (pag. 316 e ss.).

<sup>26</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995. (pag. 277 e ss.).

<sup>27</sup> Na obra PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das Garantias...* Pag. 568, cita que: “*Entre nós, o recurso a estes negócios fiduciários era, até recentemente, pouco comum na prática comercial, não porque se lhes não reconhecessem vantagens como garantias de ‘primeira régua’, mas devido às sobras de ilicitude que pairavam sobre esta categoria negocial. Entendemos que não há, hoje, face ao desenvolvimento dos*

tão<sup>28</sup>, que sinteticamente cita os argumentos dos defensores da aplicação da alienação fiduciária em garantia:

A esta posição vieram, porém, sucessivamente opor-se Castro Mendes, Oliveira Ascensão, Carvalho Fernandes, Pais de Vasconcelos, para quem a *fidúcia cum creditore* não constitui necessariamente uma hipótese de simulação ou uma situação de fraude a lei. A simulação estaria afastada por ausência de *animus decipiendi* e também porque a alienação fiduciária em garantia não é necessariamente secreta e a fraude a lei não obsta a uma inadmissibilidade geral de alienação fiduciária em garantia, mas apenas à quem seja fraudulenta. Esta figura poderia ser assim genericamente admitida com base na liberdade contratual (art. 405º), o que seria confirmado por a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade (art. 1306º, nº 1) e admitir mesmo situações de propriedade fiduciária, no âmbito do mandato sem representação (arts. 1180º e SS.) e da cessão de bens aos credores (arts. 831 e SS.). A jurisprudência veio recentemente a reconhecer a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia.

Em síntese, e em análise geral, no direito português existem dois tipos de alienação fiduciária em garantia: a alienação típica e a alienação atípica.

A alienação fiduciária em garantia típica é a chamada por Menezes Cordeiro de fidúcia financeira, prevista no Decreto-Lei 105/2004, de 8 de maio, alterado pelo Decreto-Lei 192/2012, de 23 de agosto, o seu âmbito de aplicação está limitada a contratação no mercado financeiro, a certos valores mobiliários e implica *intervenientes supervisionados*, prevendo a norma a prevenção a abusos.

Em breve comparação legislativa com o Direito Português, chega-se a conclusão que a alienação fiduciária em garantia típica do Direito Português se assemelha bastante a prevista na Lei de Mercado de Capitais brasileiro, que disciplina a alienação fiduciária em garantia de bens móveis fungíveis, sendo o âmbito de sua celebração restrito ao mercado financeiro e de capitais, nas hipóteses previstas em, onde só pode figurar como credor fiduciário as instituições financeiras.

Já a alienação fiduciária em garantia atípica, que pelo própria classificação já nos indica não guardar uma previsão legal, é toda alienação fiduciária celebrada fora do âmbito de aplicação do Decreto-Lei 105/2004. Depois de breve análise da temática, viu-se que a sua admissibilidade no Direito Luso ainda é polêmica, visto que a doutrina portuguesa ainda é divergente quanto a sua aceitabilidade.

*estudos sobre o tema, razões para que essas dúvidas possam subsistir, inexistindo obstáculos à admissibilidade de alienação em garantia atípicas.”*

<sup>28</sup> MENEZES LEITÃO, Luís Manoel. *Garantias das Obrigações* 4ª Ed. Almedina: Lisboa, 2012. Pag. 237.

Nossa opinião formada quanto ao assunto é de que a alienação fiduciária em garantia atípica não deve ser celebrada (não apenas pelos motivos apresentados pelos doutrinadores portugueses que são contra) em decorrência da enorme insegurança jurídica causada pelo desamparo legal do instituto.

Na prática, a legalidade da celebração do negócio jurídico sempre poderá ser contestada em juízo, o que torna a litigiosidade do assunto uma contingência para as partes, que têm liberdade de contratar, mas o farão a sua conta e (elevado) risco.

De outro lado, o ordenamento jurídico português ainda evolui numa solução adequada quanto a eficácia externa dos negócios fiduciários, termos em que o devedor fiduciante sempre estará em posição complicada e vulnerável frente ao pacto fiduciário, dada a ausência de regulamentação específica quanto a falência do credor fiduciário e a sua eventual violação ao pacto.

Portanto, defendemos a posição de Menezes Cordeiro, entendendo que a plena aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia está sujeita a uma intensa reforma legislativa adequada que venha para clarificar, legalizar e regulamentar as posições assumidas pelas partes nesse tipo de negócio fiduciário.

## **2. As posições assumidas pelo proprietário fiduciário na Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falências**

### **2.1. *A Lei 11.101/05: a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de empresas no direito brasileiro***

A Lei 11.101/05 é sucessora do Decreto-Lei 7.661/45, tendo sido responsável pela reforma do Direito Falimentar brasileiro e pela importantíssima criação dos institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas, instituindo assim, junto ao Direito Falimentar, o Direito Recuperacional<sup>29</sup>.

A atualização da lei era necessária frente a inúmeras críticas aos antigos institutos da concordata preventiva e suspensiva<sup>30</sup>, bem como já havia a necessidade

<sup>29</sup> Incumbe-nos o esclarecimento quanto a autonomia do Direito Recuperacional como sub-ramo do Direito Comercial. Como o foco deste trabalho não é a defesa da autonomia de tal sub-ramo do Direito, cito apenas que entendo que o Direito Recuperacional é o conjunto de regras e princípios específicos aplicáveis a Recuperação de Empresas, cujo estudo se dá de forma autônoma como de diversos sub-ramos do Direito Comercial, como o Direito Falimentar, o Direito de Empresa, etc.

<sup>30</sup> As críticas giravam em torno do papel esvaziado do credor nas concordatas, conforme entendimento de CERREZZI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial das Sociedades por Ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. Pag. 77: “*Aos credores restava a possibilidade de embargar a concordata, alegando, dentre outros motivos, (i) que seu sacrifício seria maior que no caso de falência ou que, evidentemente,*

de adequação do sistema falimentar brasileiro em decorrência da introdução da teoria da empresa.

A Lei se divide em três principais frentes: a primeira referente a regras comuns aplicáveis ao direito falimentar e recuperacional; a segunda referente a regras aplicáveis unicamente ao direito recuperacional (Recuperação Judicial Geral, Judicial de Micro e Pequenos Empresários e Recuperação Extrajudicial); e a terceira referente a regras aplicáveis unicamente ao direito falimentar. Sua principal inovação, sem sobra de dúvidas, foi a criação da Recuperação Judicial e Extrajudicial de empresas, que veio para suceder os tão criticados institutos da concordata preventiva e suspensiva.

A Recuperação Judicial de Empresas nada mais é do que um processo especial concursal, que a nosso ver pode ser chamado de multidisciplinar<sup>31</sup>, pelo qual o devedor empresário em crise econômico-financeira superável, chama seus credores (os sujeitos a recuperação judicial) para renegociação de dívidas, disciplinando regras benéficas ao devedor para que tome fôlego e retome suas atividades de maneira a gerar benefícios a si próprio, a sociedade como um todo<sup>32</sup> e alinhar os seus interesses com os dos credores.

*a concordata não poderia ser cumprida; (ii) a inexistência de documentos elaborados pelo síndico ou comissário, e que facilitavam a concessão da concordata; (iii) a existência de ato de má-fé ou fraude. No caso de concordata preventiva a ocorrência de fato que pudesse ser caracterizado como crime falimentar também poderia ser utilizada como argumento a apresentação de embargos pelo credor.”; NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010. Pag. 36 e 38: “Distancia-se a legislação de 2005 de todas as revogadas em alguns pontos essenciais: (a) ampliação do universo de credores, até então limitado aos credores quirografários; (b) não limitação de meios recuperatórios; (c) criação de ambiente próprio a negociação entre credores e devedor; (d) clara definição da finalidade do processo recuperatório.” “Dá, portanto, a doutrina, quanto a concordata, unanime proeminência ao interesse do devedor e apenas secundariamente ao do credor, nada cogitando quanto aos demais aspectos da realidade empresarial: as relações de trabalho e a preservação da atividade, hodiernamente categorizadas segundo Asquini, respectivamente, perfil corporativo e perfil funcional.”; e ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pag. 303, que critica a disfuncionalidade da decreto-lei anterior quanto a possibilidade de recuperação do devedor em concordata: “A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeira dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção de estoques e continuação empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial de concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convalidação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados.*

<sup>31</sup> Uma vez que envolve a reestruturação da atividade empresarial, que passa não só por uma análise jurídica (de viabilidade jurídica não só do pedido de recuperação, mas também da viabilidade jurídica dos ativos e passivos da empresa), mas necessariamente contábil, de gestão e financeira.

<sup>32</sup> Uma vez que o Estado tem interesse na recuperação de atividades empresárias viáveis, pela

A renegociação em juízo se dará através da apresentação de um plano de recuperação, pelo qual serão lançados os meios de recuperação pelos quais o devedor empresário irá empregar para sair do estado de crise, que oportunamente poderá ser alvo de deliberação dos credores. Uma observação necessária: caso nenhum credor apresente objeção ao plano de recuperação, considera-se o plano aprovado tacitamente, quando o juiz apenas o homologará.

Portanto, o objetivo central da Recuperação Judicial de Empresas é o alinhamento de diversos interesses orbitantes<sup>33</sup> a atividade econômica exercida pelo devedor empresário, através da empresa<sup>34</sup>.

O fundamento básico e principiológico da Recuperação de Empresas está expressamente positivado no artigo 47 da LRF, que estabelece: “*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*”

Em síntese, a criação do instituto foi pautada na preservação da empresa, para que cumpra sua função social e o seu objetivo claro é o estímulo a atividade econômica. Mas o que seria a preservação da empresa e a sua função social?

O princípio da função social da empresa nos remete, antes de tudo, ao papel dos empresários e das sociedades empresárias no Estado Democrático de Direito<sup>35</sup>: nossa posição assumida é de que a empresa está ao lado do Estado

manutenção de empregos, concorrência, pelo pagamento de impostos, equilíbrio do mercado interno e externo, etc.

<sup>33</sup> Quanto ao termo: CEREZZETTI, Sheila. *A Recuperação...* (pag. 214-215): “*Em vista do posicionamento aqui adotado da concepção da companhia sob a ótica organizativa, conforme acima detalhado, cabe dizer que o intuito de preservação de empresa estaria vinculado ao resguardo de uma organização, que abrange inúmeros interesses e cujo fundamento de existência refere-se exatamente ao respeito a esses mesmos interesses. Em outras palavras, a preservação da empresa é alcançada por meio de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados.*”

<sup>34</sup> Quando nos referimos a atividade econômica exercida pelo devedor empresário, através da empresa, precisamos nos socorrer ao Direito Empresarial para dizer que exercer empresa é exercer profissionalmente atividade empresária (atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços – Art. 966, CCBt). Portanto, quando se fala de empresa, não se está falando do seu proprietário (o empresário ou seus sócios) ou do local em que funciona (o estabelecimento), mas sim da atividade econômica por ela exercida.

<sup>35</sup> Também defende essa linha de pensamento MEIRA, André Malcher. *A Recuperação Judicial nos Grupos de Sociedades*. Rio de Janeiro: Juruá, 2015. (pag. 44), quando cita que: “*O princípio da função social da empresa é um dos mais importantes no mundo moderno, uma vez que admite e reconhece a importância e a essência da atividade empresária para a sociedade como um todo. Definitivamente, não teríamos a qualidade de vida que temos hoje sem a existência da empresa, uma vez que a mesma produz e faz circular*

na busca da materialização do bem estar social, através da respectiva atividade econômica desenvolvida, geradora de benefícios diretos a sociedade como um todo e ao próprio Estado, até mesmo entre as próprias empresas: falamos aqui em geração de emprego, arrecadação de tributos, a concorrência em si como geradora de equilíbrio econômico e mercadológico, as relações intraempresariais (parceiros e fornecedores), no fortalecimento da economia (interna e externa; em termos macro e microeconômicos), dentre outros exemplos de produção de riquezas que a atividade empresária proporciona.

Dentro dessa “responsabilidade” que a empresa têm perante o Estado e a Sociedade como um todo, encontra-se a função social da empresa. Pelo preceito do princípio, o empresário ou controlador de sociedade empresária devem empregar aos seus bens de produção os preceitos fundamentais constitucionais da função social da propriedade, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando a proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência as leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo a sua função social; isto é, os bens de produção reunidos do empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.<sup>36</sup>

O princípio da função social da empresa, então, decorre do contexto geral da função social da propriedade, com previsão constitucional nos artigos 5º, XXIII<sup>37</sup> e 170, II, III, IV, V, VII e VIII<sup>38</sup> da Constituição da República Federativa

*bens e serviços necessários para as pessoas, em qualquer nível ou qualquer esfera de poder ou classe social, principalmente no mundo capitalista, sem esquecer que a empresa oferta empregos, paga impostos e faz a economia de um sistema girar. Resumidamente, sem a empresa ainda estaríamos na idade da pedra.”*

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – Volume 3. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 37.

<sup>37</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>38</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

tiva do Brasil de 1988, sendo, portanto, o princípio da função social da empresa também um princípio constitucional. A sua primeira citação literal em lei se deu na Lei 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas brasileira, considerada uma legislação vanguardista, nos artigos 116, parágrafo único<sup>39</sup> (que se refere aos deveres dos acionistas) e 154<sup>40</sup> (trata sobre deveres dos administradores).

Já a preservação da empresa surge no próprio contexto da manutenção da atividade econômica desenvolvida para materialização e cumprimento da sua função social. Trata-se, portanto, de um interesse público na manutenção de inúmeros interesses<sup>41</sup> ligados a atividade empresária, ou seja, na preservação da estrutura e da atividade empresária para manutenção dos interesses que orbitam ao redor da empresa<sup>42</sup>.

Dentro desses ditos interesses se encontram não só àqueles ligados aos *stakeholders*, mas também, conforme já dito, os da sociedade como um todo.

Uma observação importantíssima deve ser feita: estando os princípios citados expostos como fundamentos da Recuperação Judicial, optando o legis-

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995*)

<sup>39</sup> Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

<sup>40</sup> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

<sup>41</sup> Tirado da tese de Doutorado de CERZETTI, Sheila. Op. Cit. (pag. 216): *Destarte, o verdadeiro estudo da preservação da empresa depende (i) do exame dos interesses, (ii) da apresentação de regras contidas na Lei de Recuperação e Falência em vista desses interesses e, mais do que isso, (iii) do oferecimento de interpretações que promovam uma solução procedimental mais adequada a concretização da preservação da empresa.*

<sup>42</sup> Sob o prisma processual, NEGRÃO, Ricardo. Op. Cit., após análise do artigo 47 da LRF entende: *“A preservação da empresa e seus corolários são, pois, o objeto do pedido de recuperação. São formulações da causa de pedir remota, enquanto os demais elementos fáticos do pedido – manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores – constituem a causa de pedir próxima.”* (pag. 142).

lador derivado em positiva-los para assegurar sua efetivação, além de nortear a aplicação do instituto, servem também como mandamentos de otimização, vinculando a interpretação da regra aos seus conteúdos e sendo aplicados como sua extensão.

Já a Falência, em termos simples, é a execução concursal do patrimônio do devedor empresário que se encontre em estado de insolvência, é o processo pelo qual serão arrecadados todos os ativos do devedor empresário insolvente, com o intuito de realização desse patrimônio para pagamento dos seus credores, organizados pela categoria de seus créditos (a lei estabelece graus de importância que inferem em urgência de recebimento) colocando-se em igualdade os credores da mesma categoria (*par conditio creditorium*). O direito falimentar é justamente o conjunto de regras jurídicas pertinentes a execução concursal do devedor empresário.

Diga-se, antes de tudo, que para o direito falimentar brasileiro a concepção de insolvência não é patrimonial (não basta simplesmente que o devedor possua ativo inferior ao seu passivo), mas sim jurídica: a lei estabelece os casos em que um devedor será considerado insolvente<sup>43</sup>.

Ou seja, para que o devedor empresário seja considerado insolvente incorrer num dos fatos previsto em lei que o considere em tal estado. Na legislação brasileira a insolvência se dá: (i) impontualidade injustificada: quando o empresário injustificadamente foi impontual no cumprimento de obrigação líquida (LRF, art. 94, I); (ii) execução frustrada: nos moldes do artigo 94, II, LRF; e (iii) prática de ato de falência: incorrer na prática de algum dos atos previstos no artigo 94, III, da LRF.

Além do já citado princípio da *par conditio creditorium*, outros princípios relevantíssimos do direito falimentar são: (i) a maximização e otimização dos ativos arrecadados, pelo qual se estabelece na lei diversos mecanismos nesse sen-

<sup>43</sup> Nas palavras de COELHO, Fabio Ulhoa. Op. Cit. (pag. 251): “*Numa breve síntese do que foi visto até o momento, pode-se assentar que o estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência econômica ou insolvabilidade. O devedor nesse estado encontra-se sujeito à execução concursal de seu patrimônio, como imperativo da par conditio creditorium. Se é ele uma sociedade empresária, a execução é a falência. (...) Cabe, agora, dedicar maior atenção ao segundo pressuposto da instauração deste específico processo judicial de execução, a insolvência. Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para a integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. Para que a devedora sociedade empresária se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido, para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se libra da execução concursal a sociedade empresária que demonstrar lograr eventual superioridade do ativo em relação ao passivo. (...)*”

tido, devendo sempre o juiz da falência julgar neste sentido; (ii) juízo universal de falência: instaurado no momento da decretação da falência, nos remete a economia e celeridade processual, onde a competência de todas as ações e execuções futuras e em andamento, contra a massa falida, serão processadas e julgadas no juízo falimentar.

Outro estudo que nos interessa em termos gerais do estudo da Lei de Recuperação e Falência brasileira é o âmbito de aplicação da lei, que nos remete a legitimidade ativa para os pedidos de recuperação judicial, autofalência e para figurar como polo passivo no pedido de falência: as regras dos artigos 1º e 2º da Lei 11.101 de 2005, em seus termos literais:

Art. 1º – Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º – Esta Lei não se aplica a:

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.

Da simples interpretação dos dispositivos tiramos conclusões rápidas: prima face, somente podem pedir recuperação judicial (ou homologação de recuperação extrajudicial) e autofalência; e sofrer pedido de falência os empresários ou sociedades empresárias. Estão, teoricamente, excluídos da aplicação das medidas previstas na LRF: empresa pública e sociedade de economia mista, 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.

Para o direito comercial brasileiro são considerados empresários ou sociedades empresárias: quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços<sup>44</sup>. Até aqui, nenhum problema quanto a legitimidade ativa e passiva para se recorrer a recuperação ou a falência.

<sup>44</sup> Vide artigo 966, CCB.

Entretanto, a LRF quando trata das exclusões daqueles que não podem se socorrer ou sofrer aos institutos nela previstos, uma consideração deve ser feita: tal exclusão pode ser total ou parcial.

No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista e exclusão é total, uma vez que se tratam de sociedades controladas diretamente ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público. Nesses casos, nunca poderão sofrer pedido de falência, requerer recuperação judicial, homologação de recuperação extrajudicial ou autofalência.

Já no caso do inciso II do art. 2º a exclusão é parcial<sup>45</sup>, pelo fato de que as sociedades empresárias descritas no dispositivo se submeterem a procedimentos extrajudiciais de liquidação concursal distintos do processo falimentar. Se diz, então, parcial, uma vez que a lei especial que institui o regime de sua insolvência também prevê a possibilidade da aplicação da LRF.

As companhias de seguro e das entidades abertas de previdência complementar estão sujeitas a liquidação compulsória promovida pela Susep – Superintendência de Seguros Privados.

No caso das operadoras de planos privados de assistência de saúde, há a previsão de procedimento de liquidação extrajudicial promovida pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Já as instituições financeiras, conceito que não fica restrito a bancos<sup>4647</sup> estão sujeitas aos procedimentos de liquidação extrajudicial, intervenção e ao RAET – Regime de Administração Especial Temporária, que podem ser decretadas pelo BACEN – Banco Central.

O que nos interessará para o presente trabalho é o posição do proprietário fiduciário perante as diversas posições que este poderá assumir na LRF: na qua-

<sup>45</sup> Ou relativa.

<sup>46</sup> SALOMÃO NETO, Eduardo, *Direito Bancário*, 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 2014, cita que: “A legislação brasileira não dá uma definição precisa do que seja, bancos. Isso espelha uma tendência também encontrada em outros sistemas jurídicos, derivada do fato de que as normas gerais devem se referir geral às entidades que exercem intermediação financeira, sejam elas bancos ou não, pois todas essas entidades podem potencialmente interferir com a economia, influenciando na circulação de moeda, criando moeda e afetando a poupança popular. Assim, é comum que a legislação trate conjuntamente de bancos e de outras entidades que exercem atividade financeira atribuindo-lhes designação comum: instituição financeira no regime brasileiro da Lei nº 4.595/64, établissements de crédit no Direito francês, instituição de crédito no Direito da Comunidade Europeia, entre outros exemplos.” (pag. 66-67)

<sup>47</sup> Poranto, são instituições financeiras no regime brasileiro da Lei 4.595/64: os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, os bancos de câmbio, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, as sociedades de crédito ao microempreendedor e a empresa de pequeno porte, e as entidades equiparadas a instituições financeiras.

lidade de credor na recuperação judicial, de requerente de recuperação judicial, de credor na falência e de falido.

Neste sentido, o esclarecimento quanto a abrangência da LRF é muito importante: em certos casos estaremos diante de uma instituição financeira na qualidade de proprietária fiduciária, quando teremos que analisar, mesmo que brevemente, a regulamentação própria quanto aos procedimentos extrajudiciais de liquidação previstos em leis especiais.

Em relação aos procedimentos extrajudiciais de cunho falimentar/recuperacional aplicáveis as instituições financeiras, falamos especificamente em três: o RAET – regime de administração especial temporária (previsto no Decreto-Lei 2.321, de 1987), a intervenção e a liquidação extrajudicial (ambos dispostos na Lei 6.024, de 1974)<sup>48-49</sup>.

A RAET, cujo próprio nome é esclarecedor quanto ao intuito de sua criação, não nos interessa para o presente trabalho: ao final do procedimento não há previsão de possibilidade de pedido de falência da instituição financeira, apenas da instauração da liquidação extrajudicial.

Passando, portanto, ao estudo da intervenção, prevista nos artigos 1º a 14 da Lei 6.024, tem lugar nas hipóteses previstas no artigo 2º e consiste numa medida administrativa acautelatória cujo objetivo é cessar a prática de irregularidades ou o agravamento da situação de risco patrimonial da instituição financeira. O procedimento, que dura 6 meses (prorrogáveis por igual prazo), consiste na nomeação de interventor pelo BACEN que a este reportará através de relatório de medidas a serem tomadas. Tendo em vista o relatório do interventor o BACEN poderá: a) determinar a cessação da intervenção, hipótese em que o interventor será autorizado a promover os atos que, nesse sentido, se tornarem necessários; b) manter a instituição sob intervenção, até serem eliminadas as irregularidades que a motivaram, observado o disposto no artigo 4º; c) decretar a liquidação extrajudicial da entidade; d) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer

<sup>48</sup> Sobre os institutos e as suas necessidades, SALOMÃO NETO, Op. Cit. (pag. 692): “*Em caso de crise mais externa, as instituições financeiras são submetidas, por suposta ordem crescente de gravidade de situação, a RAET, intervenção extrajudicial ou liquidação extrajudicial. Tais procedimentos são conduzidos pelo Banco Central do Brasil, ao invés de por tribunais, como ocorre nos procedimentos de insolvência em geral. Razão para isso seria a maior especialização do Banco Central do Brasil e de administradores, interventores e liquidantes por ele indicados na matéria financeira. Além disso, a rapidez de resposta da autoridade monetária é muito superior à do mercado em geral, tornando as medidas corretivas certas. Neste último aspecto, não é por acaso que empresários ousados além do limite de honestidade encontram na história econômica recente seu fim a partir de liquidações ou intervenções administrativas no braço financeiro de seu grupo empresarial.*”

<sup>49</sup> Quanto aos procedimentos de RAET, Intervenção e Liquidação: SALOMÃO NETO, Eduardo. Op. Cit. Pag. 694–720.

metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Já a liquidação extrajudicial é um procedimento mais sério e rígido, que assemelha-se a falência, e têm lugar via requerimento ex-offício pelo BACEN (art. 15, I) ou a requerimento dos administradores da instituição – se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência – ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida (art. 15, II). O procedimento é bastante parecido com o da intervenção: o BACEN nomeará liquidante e a vista do relatório final de liquidação, poderá optar por: a) prosseguir na liquidação extrajudicial; b) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares. Neste sentido, o encerramento da liquidação poderá se dar: a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa (quando, no caso, haverá o levantamento da liquidação); b) por transformação em liquidação ordinária; c) com a aprovação das contas finais do liquidante e baixa no registro público competente; d) se decretada a falência da entidade.

Portanto, tanto na intervenção quando na liquidação extrajudicial haverá a possibilidade de decretação de falência de instituição financeira, realizada, via de regra, através de pedido feito pelo interventor/liquidante de autofalência, passando a regência legal do regime especial para o procedimento falimentar comum.

Entretanto, diga-se: no procedimento de liquidação extrajudicial há a aplicação subsidiária da Lei de Falências<sup>50</sup>. Ou seja, na omissão do procedimento especial, aplica-se a regra geral da falência de sociedades empresárias.

As considerações acima são importantes, pois no próximo tópico abordarei objetivamente as posições assumidas pelo proprietário fiduciário perante os institutos previstos na LRF.

<sup>50</sup> Artigo 34: Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (*Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda.

## **2.2. Implicações para o proprietário fiduciário na recuperação judicial e na falência**

Percorrido o caminho introdutório, passamos agora a análise do foco estabelecido para este trabalho. Entretanto, mais uma advertência deve ser dita: por mais que se tente (e se busque) encontrar as respostas para os questionamentos levantados de forma sucinta, outras considerações devem ser feitas.

Essas considerações giram em torno de aspectos polêmicos do direito recuperacional e falimentar, sob um prisma crítico e, em alguns casos, são questionamento ainda não levantados na doutrina brasileira, o que tornam inéditos alguns aspectos deste trabalho.

Tais aspectos polêmicos estão intimamente ligados a uma grande crítica feita pela maioria dos doutrinadores brasileiros a LRF: seu caráter de proteção ao crédito bancário que muita vezes faz com que um conflito entre a regra e os seus fundamentos axiológicos rumem num caminho inevitável para a colisão.

Tal informação implica diretamente ao cerne da questão deste trabalho: na esmagadora maioria (digamos, numa escala que chega a 99,99%) dos casos o credor bancário é credor fiduciário.

### *2.2.1. Na qualidade de credor de empresa em recuperação judicial*

#### a) A trava bancária no Direito Recuperacional Brasileiro

Pode-se afirmar claramente que a Lei 11.101 de 2005 protege e assegura claramente a posição do credor fiduciário, garantindo privilégios ao crédito de tal credor. Mais adiante, favorece claramente o crédito bancário<sup>51</sup>.

A regra geral da lei recuperacional brasileira, exposta no seu artigo 49, é de que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Entretanto, o próprio artigo 49, em seus incisos, expõe as exceções a regra de sujeição, nos termos do artigo:

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

<sup>51</sup> Em crítica semelhante, BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2014 (pag. 147): “2. Os créditos que foram mais diretamente ressalvados são os de origem financeira, de tal forma que, quando da elaboração final da Lei, dizia-se que esta não seria a lei de ‘recuperação de empresas’ e sim a lei de ‘recuperação do crédito bancário’. E, efetivamente, a Lei não propicia grande possibilidade de recuperação, principalmente por não corresponder a realidade o que vem estabelecido no art. 40.”

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

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

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

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

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Um fato se nota pela simples leitura do dispositivo legal: a legislação recuperacional e falimentar brasileira já está preparada para os casos em que o proprietário fiduciário figura na qualidade de credor na recuperação e na falência.

O que acontece nas regras expostas nos parágrafos 3º e 4º é o que na prática jurídica intitula<sup>52</sup> de “trava bancária”.

A regra do parágrafo 3º é bem simples de ser entendida: o credor titular da posição de proprietário fiduciário não terá seu crédito sujeito a recuperação judicial, prevalecendo os seus direitos de propriedade e as condições contratuais impostas. De fato, além de facilitar o crédito concedido sob garantia fiduciária (o barateando pela retirada do risco de insolvência do devedor), temos que reconhecer que o proprietário fiduciário, mesmo que limitado pelas cláusulas contratuais que limitam sua propriedade a uma condição resolutiva, tem o seu direito de propriedade assegurado até o pagamento total do mútuo atrelado a fidúcia.

<sup>52</sup> Após extensa pesquisa não encontramos a origem e a autoria do jargão jurídico.

Entretanto, o que se sabe da prática do direito recuperacional é que quando o devedor fiduciário empresário requer sua recuperação judicial dá-se a partida para a chamada corrida bancária: os credores bancários, com receio de perda de liquidez dos seus títulos de crédito, iniciam uma intensiva e brutal ofensiva junto ao credor com o intuito de garantir o recebimento total da dívida contraída pelo último.

A “trava bancária” na Recuperação Judicial de Empresas, como anteriormente referido, faz parte do vocabulário informal dos profissionais do Direito (principalmente dos profissionais de reestruturação de empresas) e diz respeito a proteção jurídica do crédito bancário relativa aos efeitos da Recuperação Judicial. São mecanismos (instrumentos) jurídicos utilizados na prática bancária, do Direito Bancário e das Garantias para que o crédito bancário não se sujeite a Recuperação Judicial de Empresas, não podendo ser relacionado como crédito alvo da renegociação no processo de recuperação.

Portanto, no mesmo sentido do significado do verbo “travar” encontrado no dicionário, a trava bancária serve para “travar” a renegociação do crédito bancário através da Recuperação Judicial, impedindo que ele seja incluído no plano de recuperação.

Os mecanismos (instrumentos) jurídicos utilizados na prática bancária e do Direito Bancário e das Garantias para que certos créditos bancários não se sujeitem a Recuperação Judicial de Empresas são os previstos nos §§ 3º e 4º do Art. 49 da Lei 11.101/05<sup>53</sup>.

Nesse sentido, para evitar que o seu crédito seja incluído para efeito de Recuperação Judicial de seu devedor empresário, a instituição financeira, no ato da contratação do mútuo bancário ou operação de adiantamento de recebíveis, celebra algum dos negócios jurídicos previstos nos §§ 3º e 4º do Art. 49 incisos, com o intuito único e exclusivo de que seu crédito, por lei, não seja sujeito a uma possível Recuperação Judicial.

Um estudo da prática bancária nos leva aos instrumentos jurídicos mais celebrados pelas instituições financeiras, com o intuito de instituir trava bancária aos seus créditos alocados em carteira de pessoas jurídicas, são eles: a) Em relação a mútuos bancários: constituição de alienação fiduciária em garantia de

<sup>53</sup> Quanto aos §§ 3º e 4º do art. 49, critica BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. Cit.: “12. Esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como ‘lei de recuperação de empresas’ e passasse a ser conhecida como ‘lei de recuperação do crédito bancário’, ou ‘crédito financeiro’, ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Ou seja, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária em garantia, arrendo ou reserva de domínio estará englobado pela recuperação. (...)”

bens imóveis; cessão fiduciária de direitos creditórios<sup>54</sup>; arrendamento mercantil na modalidade *sale and leaseback*; b) Contratos Comuns da Prática Bancária: ACC – Adiantamento de Contrato de Cambio; Arrendamento Mercantil na modalidade normal do instituto.

b) As duas classes de créditos não sujeitos a Recuperação

Ao fazer uma análise jurídica dos créditos não sujeitos a Recuperação Judicial, chegamos a uma classificação simples quanto a razão de exclusão legal. Para tanto, dividimos a análise em duas classes: a) a exclusão de acordo com a natureza jurídica da garantia do Crédito – a Proteção ao Direito Real de Propriedade; b) a exclusão pautada na ideia de Direito-Custo.

(i) Na primeira classe, que se refere a exclusão de acordo com a natureza jurídica da garantia do Crédito, a intenção do legislador, claramente, foi a proteção ao direito (constitucionalmente garantido) real de propriedade<sup>55</sup>. Nessa classe estão os créditos 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.

De fato, os créditos listados no §3º do Artigo 47 são garantidos por direitos reais, cujas posições assumidas pelos credores são protegidas em decorrência da titularidade da propriedade de algum bem, prevalecendo o direito de proprie-

<sup>54</sup> Existia dúvida quanto a possibilidade da cessão fiduciária de direitos créditos estar sujeita ou não aos efeitos da recuperação judicial, entretanto, já há firmamento jurisprudencia que a garnta como crédito não sujeito a recuperação judicial, Vide decisão do Superior Tribunal de Justiça, que consolidou dissídio jurisprudencial: RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965. 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. 2. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.263.500 – ES. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. 4ª Turma do STJ).

<sup>55</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

dade e as condições contratuais pactuadas, sob pena de depreciação do bem atrelado ao crédito ou relativização do seu direito de propriedade. A lei apenas cumpre a Constituição e acerta na não sujeição dos referidos créditos a Recuperação Judicial.

Entretanto, a lei, ao privilegiar o crédito bancário, fez com que um mercado fortíssimo fosse instituído: o da alienação fiduciária em garantia.

Como explicado no Capítulo anterior, por lei, qualquer particular pode celebrar alienação fiduciária em garantia de bem imóvel; no caso de bem móvel, a celebração ficou adstrita a instituições financeiras. Portanto, a abertura legal possibilitou não só a trava bancária, quanto uma trava genérica.

Hoje o procedimento padrão para mútuo bancário é a celebração de alienação fiduciária em garantia, quando o valor e prazo do empréstimo são altos; e a cessão fiduciária de direitos de créditos para operações mais curtas (não menos rentáveis) – (a operação da cessão se dá da seguinte maneira: o devedor/fiduciante adquire um título de investimento financeiro e cede fiduciariamente os direitos creditórios do título ao banco, devedor/fiduciário, instituindo a propriedade fiduciária da instituição financeira).

Já para particulares (leia-se: não instituições financeiras), o procedimento é outro: na compra e venda parcelada de imóvel, celebra-se alienação fiduciária em garantia ao pagamento do preço do imóvel (algo perfeitamente natural); já no caso de dívidas, independentemente da origem, desde que seja lícita, celebra-se um termo de confissão de dívida (assunção de dívida) com constituição de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

Nota-se que em ambos os casos as partes estão de absoluta boa-fé, agindo de acordo com a lei e beneficiando-se de um dispositivo legal que lhes protege contra o risco do pedido de recuperação judicial de seu devedor empresário. Algo natural, do dia a dia da vida empresarial.

Entretanto, fazendo uma leitura sistemática da lei, interpretando-a com base nos princípios norteadores do Direito Recuperacional da preservação e função social da empresa, não podemos deixar de notar três grandes problemas.

O primeiro deles é um pensamento lógico: com a disseminação da celebração de alienações fiduciárias em garantia, a base de endividamento da maioria das empresas brasileiras são inegociáveis via Recuperação Judicial, uma vez que grande parte das dívidas são garantidas por alienação fiduciária em garantia, esvaziando-se o intuito de criação do instituto da Recuperação Judicial de Empresas em decorrência da escolha legislativa.

Pior do que isso, as discussões envolvendo alienação fiduciária em garantia em sede de recuperações judiciais Brasil afora já são um problema para a aplicabilidade da lei com base no princípio da celeridade processual.

O segundo grande problema decorre do primeiro, mas possui outro foco: e quando se trata de uma empresa em recuperação judicial que exerce enorme função social, mas seu endividamento está garantido, basicamente, por créditos não sujeitos a recuperação? Que a quebra implicará em danos irreversíveis para o os interesses orbitantes e o mercado como um todo? Quando uma Cidade depende do funcionamento dessa empresa para garantir direitos mínimos a população? Relativiza-se a regra para simplesmente aplicar os princípios da preservação e função social da empresa?

Vê-se, claramente, que a lei não está preparada para esse tipo de situação, o que é um perigo em tempos de crise macroeconômica, num cenário de retração da economia. A regra entra em conflito direto com os seus princípios norteadores e está preparada apenas para considerar cenários microeconômicos, sem, contudo, estar preparada para o cenário macro.

O terceiro problema está em outras “travas”: as contratuais. Não satisfeitos com a constituição de garantias reais que não sujeitem seus créditos aos efeitos da Recuperação Judicial, outra prática de credores nos chama atenção e é extremamente perigosa num cenário de crise macroeconômica: as cláusulas contratuais de rescisão e vencimento antecipado da dívida no caso de pedido de recuperação judicial de devedor empresário.

As citadas cláusulas são um verdadeiro perigo para o mercado e equiparam, muitas vezes, a recuperação judicial a falência. Diga-se: o processo de Recuperação Judicial visa a renegociação em juízo das dívidas da empresa devedora, não sendo, portanto, um concurso de credores que vise a realização do ativo para pagamento do passivo. Execução concursal de bens de devedor empresário para pagamento do seu passivo é a falência.

Quando é decretada a falência, de fato, há o vencimento antecipado das dívidas do falido para levantamento do seu passivo, visando o pagamento do credor. Na recuperação judicial não há mudança de status quo algum, o devedor empresário continua na administração de seus negócios sociais e apenas está em juízo tentando alinhar interesses para superar uma crise; eventual vencimento antecipado de contratos por simples gatilho contratual podem, em muitos casos, evoluir um quadro econômico-financeiro para insuperável. Tal cláusula é abusiva, leonina e demonstra a má-fé contratual do credor desde o início do vínculo contratual.

(ii) Na segunda classe, a de exclusão pautada na ideia de Direito-Custo<sup>56</sup>, o raciocínio é mais complexo. As regras de direito-custo são aquelas que, dentro

<sup>56</sup> Segundo o criador da tese, COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – Volume 1. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 54: “*Há normas jurídicas que importam aumento do custo da*

do contexto do cálculo empresarial, representam elemento de custo para o empresário, logo, representam um fator de encarecimento do seu processo de produção e do preço final do seu produto ou serviço. Um exemplo de regra de direito-custo é a própria lei falimentar e recuperacional<sup>57</sup>, o Código de Defesa do Consumidor, que impõe ao empresário uma série de deveres legais que representam custo no seu processo de produção (ex.: a exigência de critérios informativos mínimos em embalagens, etc.).

Como técnica legislativa que visa anular esse elemento de custo no cálculo empresarial para certas regras de direito-custo, o legislador, visando retirar riscos e baratear o processo de produção, logo, o valor final do produto ou serviço, de vez em quando edita leis anulando regras de direito-custo para certas atividades econômicas e, por vezes, simplesmente edita leis gerando benefícios a certas atividades econômicas que eliminam certos riscos e custos.

Esse último caso é o que acontece com o §4º do art. 49, em relação ao ACC – Adiantamento de Contrato de Câmbio. Pela ideia do legislador, ao não sujeitar a Recuperação Judicial o crédito bancário advindo de ACC, o custo final do contrato, para o empresário, seria mais barato, vez que com a exclusão do crédito aos efeitos da Recuperação Judicial, retirar-se-ia o elemento “risco de recuperação/insolvência” do produto financeiro, abatendo-se elemento de custo pelo risco da instituição financeira.

Entretanto, a lógica também se aplica aos negócios fiduciários em garantia, especificamente aqui a alienação fiduciária em garantia, uma vez que sendo a alienação fiduciária em garantia um negócio jurídico (com efeitos reais) mais rápido e efetivo do que a clássica hipoteca, a facilidade de contratação é substancialmente maior, alcançando de forma mais abrangente o mercado de crédito,

*atividade produtiva. Quando a lei cria um novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários alcançados refazem seus cálculos para redefinir o aumento de custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços dos produtos ou serviços que o empresário fornece ao mercado consumidor. Conceitua-se “direito-custo” com as normas dessa categoria.”*

<sup>57</sup> *Idem*, Pag. 61, ainda cita, ao explicar o porquê do direito comercial ser considerado “direito-custo”, que a recuperação de crédito é uma das manifestações de direito-custo: “f) Recuperação de crédito – também são direito-custo as normas processuais sobre cobrança e arbitragem, bem como as instituidoras do regime cambiário e falimentar. A concessão de crédito é elemento vital ao bom funcionamento da economia, porque possibilita ampliação e dinamização da produção e do volume de negócios. É certo, por um lado, que o empresário conta com uma relativa margem de inadimplência dos tomadores de crédito – e até procura se preservar por meio do seguro de crédito ou diluindo as perdas com a receita gerada pelos adimplentes –, mas também é certo que as normas disciplinadoras da recuperação do valor disponibilizado influem na administração empresarial. Curioso registrar que essa influência manifesta-se tanto do lado do credor, que, ao tentar recuperar seus recursos, deve ajustar expectativas à realidade do Judiciário, como do devedor, para quem as possibilidades de postergação do cumprimento da obrigação pode significar novas alternativas negociais.”

pois barateia o custo final do mútuo (diga-se: as taxas incidentes aos mútuos – juros e correção monetária) não só no sentido de facilidade de contratação, mas também pela retirada do risco de insolvência e, no caso analisado neste item, de recuperação do devedor fiduciante.

- c) A sistemática do §3º do Artigo 49 – os bens essenciais a atividade empresária

Se de um lado criticamos, de outro lado reconhecemos uma opção legislativa inteligente: a parte final do §3º do art. 49 estabelece uma exceção claríssima a regra de não sujeição ao estabelecer que: §3º (...) *seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.*

O legislador, na parte final, neste caso, materializou na regra os princípios da função social e preservação da empresa ao não permitir, no caso de execução das garantias arroladas no parágrafo, alienação dos bens essenciais a consecução da atividade empresarial exercida pelo devedor empresário durante o prazo de 180 (cento e oitenta dias) a que se refere o art. 6º, §4º da LRF.

- d) Síntese

Depois de discorrida a análise supra, a regra para o credor proprietário fiduciário sempre será a mesma: seu crédito não estará sujeito a recuperação judicial do devedor fiduciante, continuando o pacto fiduciário a vigor sob as exatas condições contratadas inicialmente. No caso de inadimplemento do devedor fiduciário, o proprietário fiduciário poderá executar sua garantia, exatamente como previsto na lei específica aplicável ao caso concreto, bem como no contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia.

Entretanto, a regra comporta uma exceção: a LRF, materializando seus preceitos fundamentais de preservação da atividade empresarial para manutenção da função social da empresa, então prevê um alento ao devedor fiduciário: caso o bem alienado em garantia seja bem essencial a sua atividade empresarial do devedor fiduciante, o credor fiduciário não poderá executar a garantia (para fins de venda ou “retirada”) durante o prazo de 180 dias.

### 2.2.2. Na qualidade de requerente da recuperação judicial

Aqui a resolução do questionamento é bem simples: as relações contratuais da empresa em recuperação judicial não se alteram, mantendo-se todos os termos contratuais vigentes. Em outros termos: suas relações com seus devedores não interessam de nada na renegociação em juízo de seus débitos. Pelo contrário: da feita que são seus ativos, entram na recuperação como meio de recuperação, podendo ser uma fonte importante de recursos para pagamento do seu passivo.

As relações que são alteradas pelo pedido de recuperação judicial são as que envolvem apenas os credores do empresário devedor requerente.

A relação com o devedor fiduciário somente pode ser afetada no caso de cessão do crédito<sup>58</sup> do proprietário fiduciário a terceiro devedor deste, como garantia de cumprimento do plano de recuperação judicial, sendo que a possibilidade de cessão de posição contratual provavelmente já estará regulada no contrato de alienação fiduciária em garantia.

Uma ressalva deve ser feita: as instituições financeiras não podem pedir recuperação judicial ou homologação de recuperação extrajudicial, não sendo aplicável a tais o acima descrito (e as alienações fiduciárias de móveis fungíveis).

Entretanto, entendemos que após procedida a intervenção ou liquidação extrajudicial da instituição financeira, requerida a autofalência pelo interventor, estando presentes os requisitos para o pedido de recuperação judicial, os sócios da instituição poderão requerer, em sede de contestação ao pedido de autofalência, recuperação judicial nos moldes da LRF, termos em que entendemos aplicável o artigo 95 da LRF, que preceitua: “*Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.*”

Isso em razão do fato de que, em primeiro lugar, a lei 6.024/74 não se refere a pedido de *autofalência*, mas a *falência* nos casos de intervenção<sup>59</sup> e liquidação extrajudicial<sup>60</sup>, o que, ao nosso ver, se refere a atos de falência específicos,

<sup>58</sup> Conforme prevista nos artigos 286 a 298, do Código Civil Brasileiro.

<sup>59</sup> Nos termos do Art. 12. À vista do relatório ou da proposta do interventor, o Banco Central do Brasil poderá: (...) d) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

<sup>60</sup> Segundo comando normativo do Art. 21. A vista do relatório ou da proposta previstos no artigo 11, apresentados pelo liquidante na conformidade do artigo anterior o Banco Central do Brasil poderá autorizá-lo a: (...) b) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

previstos em lei especial regulamentadora de sistemas falimentares específicos, aplicáveis a pessoas jurídicas específicas; de outro lado o pedido é requerido pelo interventor do Banco Central do Brasil sem o consentimento dos sócios da instituição financeira. Imperativo é dar tais sócios a ampla defesa e o contraditório, com intuito de que possam se defender de um pedido de falência realizado por, tecnicamente, um terceiro.

### 2.2.3. *Na qualidade de credor na falência*

Outra hipótese em que a lei é clara: na qualidade de credor fiduciário de devedor empresário fiduciante falido, não há necessidade imediata de habilitação de crédito no processo – para o proprietário fiduciário caberá o chamado pedido de restituição, conforme manda o artigo 7º do Decreto-lei nº 911 de 1969 (bens móveis) e o artigo 32 da Lei 9.514 de 1997 (bens imóveis):

Art. 7º – Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste Decreto-lei.

Art. 32º – Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

O pedido de restituição é cabível no caso em que bem de propriedade do credor tenha sido arrecadado no processo de falência do devedor, está regulamentado nos artigos 85 e 86 da LRF, da seguinte maneira:

Art. 85 – O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

Art. 86 – Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do *art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965*, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no *art. 136* desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no *art. 151* desta Lei.

Nesse sentido, o credor deverá pedir contra a massa falida a restituição do bem alienado fiduciariamente: neste momento o credor deverá dar prosseguimento ao que manda o rito da lei que regulamenta o respectivo tipo de alienação fiduciária pactuada.

Entretanto, se o valor da venda do imóvel não for suficiente para cobrir o crédito do proprietário fiduciário, o credor deverá habilitar o saldo devedor na falência, na classe dos créditos quirografários.

De outro lado, caso a alienação do bem fiduciário supere o saldo devedor do fiduciante, a massa falida passa a ter direito ao crédito junto ao credor fiduciário, devendo o administrador da falência realizar tal cobrança.

Todavia, entendo que, caso seja mais benéfico para a massa falida a manutenção do pacto fiduciário com o intuito do pagamento total da dívida e retomada de propriedade plena, o administrador da falência poderá fazê-lo, tendo em vista o estrito cumprimento do artigo 117 da LRF, que estabelece: “*Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.*”

Tudo com base nos princípios de maximização e otimização dos ativos do falido, em benefício da comunidade creditícia daquele caso concreto como um todo.

#### 2.2.4. Na qualidade de falido

Como dito anteriormente, a LRF é totalmente preparada para os casos em que o proprietário figura apenas na qualidade de credor na falência e na recuperação judicial. Portanto, maior atenção e capacidade interpretativa do sistema legal falimentar devem ser postas nos casos opostos: na sua recuperação judicial e falência.

Dissemos quando tratamos em termos gerais da Lei 11.101/05 que a falência é a execução concursal do patrimônio do devedor empresário que se encon-

tre em estado de insolvência. É o processo pelo qual serão arrecadados todos os ativos do devedor empresário insolvente, com o intuito de realização desse patrimônio para pagamento dos seus credores, organizados pela categoria de seus créditos (a lei estabelece graus de importância que inferem em urgência de recebimento) colocando-se em igualdade os credores da mesma categoria (*par conditio creditorum*).

Dito isso, quais seriam os efeitos da decretação da falência de uma empresa? Os efeitos são inúmeros e dizem respeito a dissolução da empresa falida; aos sócios da empresa falida; ao patrimônio da empresa falida; aos atos da empresa falida; aos contratos da empresa falida; e aos credores da empresa falida.

Três efeitos são importantíssimos para este trabalho: ao patrimônio da empresa falida, aos contratos da empresa falida e aos credores da empresa falida.

O efeito patrimonial é simples de entender: se a falência é o processo pelo qual serão arrecadados todos os ativos do devedor empresário insolvente, com o intuito de realização desse patrimônio para pagamento dos seus credores, o efeito patrimonial é, precisamente, a arrecadação de todos os bens do falido, como medida inicial de constituição de massa falida. Nesse sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho:

O ato de arrecadação judicial dos bens do devedor, na execução concursal, é a arrecadação. Na falência, arrecadam-se todos os bens de propriedade da falida, mesmo que não se encontrem em sua posse, e todos os bens na posse dela, ainda que não sejam de sua propriedade. Estes últimos serão oportunamente restituídos aos seus proprietários.<sup>61</sup>

O efeito para os contratos da empresa falida são os previstos nos artigos 117<sup>62</sup>, 118<sup>63</sup> e 119<sup>64</sup>, e variam de acordo com a regra específica falimentar aplicável.

<sup>61</sup> COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial – Volume 3. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. (Pag. 288).

<sup>62</sup> Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

<sup>63</sup> Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for

Em relação ao efeito aos credores, seus créditos são automaticamente arrolados na falência, aplicando-se ainda o disposto no Art. 77, que preceitua:

Art. 77 – A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

O grande problema aqui, perante os efeitos citados, é o de alinhar interesses: falido o credor proprietário fiduciário, como fica o devedor fiduciante e o dever de restituição do bem alienado em fidúcia e a natureza real da pretensão

necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

<sup>64</sup> Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

I – o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor;

II – se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos;

III – não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria;

IV – o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos;

V – tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado;

VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva;

VII – a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato;

VIII – caso haja acordo para compensação e liquidação de obrigações no âmbito do sistema financeiro nacional, nos termos da legislação vigente, a parte não falida poderá considerar o contrato vencido antecipadamente, hipótese em que será liquidado na forma estabelecida em regulamento, admitindo-se a compensação de eventual crédito que venha a ser apurado em favor do falido com créditos detidos pelo contratante;

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

do devedor de se tornar proprietário pleno da coisa pelo adimplemento do que se obrigou? A resposta está no próprio contrato de alienação fiduciária em garantia e não da propriedade fiduciária em si.

Diz-se na alienação fiduciária em garantia brasileira que a propriedade atribuída ao proprietário fiduciária é limitada e funcionalizada pelos termos do contrato de alienação fiduciária, vez que com a sua natureza de propriedade resolúvel, está sujeita a condição resolutiva expressa.

Isso quer dizer que em decorrência do pacto, o proprietário fiduciário não pode dispor da coisa alienada como se fosse sua, pois esta está afetada nos termos do negócio jurídico bilateral que celebrou com seu devedor, não está na esfera patrimonial disponível do credor, vez que o seu direito de propriedade é limitado aos termos assumidos no pacto fiduciário.

No caso de falência do proprietário fiduciário, dada a afetação daquele patrimônio do proprietário fiduciário ao pacto fiduciário, no processo falimentar o contrato de alienação fiduciária em garantia deve ser respeitado, impedindo assim a arrecadação e realização daquele bem específico em favor dos credores do fiduciário.

Diga-se: a arrecadação e realização do imóvel pela massa falida que dispõe de propriedade fiduciária como se plena fosse é claríssimo enriquecimento ilícito, o que caberia a responsabilização civil da massa: havendo um contrato de alienação fiduciária anterior ao termo geral de falência, presume-se que o devedor fiduciário já adimpliu parte das obrigações ali assumidas e a realização do bem a valor de leilão judicial para fins falimentares faria com que o contrato de alienação fiduciária fosse rescindido por perda de objeto (do próprio bem alvo da fidúcia), devendo o devedor fiduciário se habilitar na falência como credor quirografário (conforme dispõe o artigo 117, §2º), cuja preferencialidade é uma das últimas previstas no artigo 83 da LRF, podendo não receber nada ou menos do que deveria, a depender do caso.

Tal responsabilização se dá contratualmente também pela quebra de cláusula contratual expressa: o dever de restituição do bem após saldada a dívida, além de possíveis perdas e danos caso o bem alvo da fidúcia fosse de utilização essencial as atividades profissionais do devedor fiduciário.

Entretanto, a regra que deve ser seguida na falência do proprietário fiduciário é a seguinte: decretada a falência do proprietário fiduciário, tendo este direito ao recebimento das quantias devidas através do mútuo que gerou a celebração da alienação fiduciária em garantia, o contrato deverá continuar a ser cumprido até o devedor fiduciante solver seu débito junto a massa falida, quando retomar a propriedade plena do bem e a massa falida deverá fornecer a quitação do débito.

A nosso ver, portanto, aplica-se claramente o artigo 119, IX, da LRF, que estabelece, excetuando a regra geral do artigo 117:

Art. 119 – Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

(...)

IX – Os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

Como mencionado diversas vezes, a escolha do legislador em privilegiar o crédito bancário, faz com que a maior carga de interpretação do jurista recaia não sobre a posição do proprietário fiduciário na LRF, mas sim sobre o devedor fiduciante. Regulamentou-se extensivamente normas atinentes a proteção ao crédito bancário, esquecendo que do outro lado também há uma exercente de atividade empresária, que tem função social e cuja a preservação deveria ser interesse do próprio Estado. Uma leitura sistemática, como a realizada acima, da LRF não é apenas necessária, mas obrigatória, por questão de justiça.

## Conclusões

Dado o percurso teórico percorrido no presente trabalho, chegamos às seguintes conclusões:

(i) A origem no negócio fiduciário nos remete ao Direito Romano. A fidúcia romana apresentava-se em três modalidades: a *fiducia cum creditore*, a *fiducia remanipationis causa* e a *fiducia cum amico*;

(ii) A *fiducia cum amico* se tratava de um negócio fiduciário para fins de administração de determinado bem, enquanto a *fiducia cum creditore* era um negócio fiduciário para fins de garantia;

(iii) A alienação fiduciária em garantia, nos moldes atuais, guarda certa identidade e origem na *fiducia cum creditore*, fazendo-se a ressalva que a atual configuração do instituto jurídico não se equivale a fidúcia para fins de garantia romana;

(iv) No Direito brasileiro a alienação fiduciária em garantia foi introduzida, primeiramente, pela Lei do Mercado de Capitais, no artigo 66, originalmente

introduzida para facilitar o tráfego jurídico no sentido de facilitar os na circulação de crédito e financiar a aquisição de alguns bens de consumo. Na redação original do artigo 66 o instituto guardava muita similaridade ao *trust receipt* do direito anglo-saxão, numa lógica voltada ao comércio;

(v) O Decreto-Lei nº 911/69 veio para aperfeiçoar o citado artigo 66, melhorando a definição do instituto jurídico e instituindo regras processuais no sentido de aumentar a segurança jurídica relacionada a efetividade e instrumentalidade da garantia, que mais tarde seria revogado pela Lei 10.931, de 2004. A celebração do pacto fiduciário era restrita ao mercado de capitais e somente poderiam figurar na qualidade de credor fiduciário as instituições financeira, sendo a sua aplicabilidade proibida aos demais particulares;

(vi) A Lei 9.514, de 1997, também intitulada Lei do Sistema Financeiro Imobiliário, veio a alargar o espectro de utilização do instituto, estendendo a sua aplicabilidade aos bens imóveis, que em seu artigo 22 conceitua o citado negócio fiduciário: “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.”;

(vii) A principal novidade trazida pela LSFI foi o alargamento da possibilidade de celebração do instituto a todo e qualquer particular;

(viii) Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e com o intuito de uniformizar conceitos e atualizar as leis especiais sobre o assunto, foi editada a Lei 10.931, de 2004, de modo que o atual panorama do instituto no Brasil ficou regido da seguinte maneira: a) O Código Civil disciplina a propriedade fiduciária, prevê o contrato de alienação fiduciária de bens móveis infrangíveis, dispõe de regras operacionais da garantia e é aplicável de forma supletiva e secundária na omissão das leis especiais; b) A Lei de Mercado de Capitais disciplina a alienação fiduciária em garantia de bens móveis fungíveis, sendo o âmbito de sua celebração restrito ao mercado financeiro e de capitais, nas hipóteses previstas em lei (Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos), onde só poderão figurar como credor fiduciário as instituições financeiras; c) A Lei do Sistema Financeiro Imobiliário dispõe sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, tendo como objeto não só a propriedade plena, mas também: bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso, desde que suscetível de alie-

nação; e a propriedade superficiária (hipóteses incluídas pela Lei nº 11.481, de 2007). A sua celebração, neste caso, é permitida a todo e qualquer particular e o bem alvo da contratação pode ser imóvel já propriedade do devedor fiduciante;

(ix) A conceituação atual da alienação fiduciária em garantia, na esteira da interpretação legislativa vigente no ordenamento jurídico brasileiro, nos conduz a um negócio jurídico pelo qual o devedor transfere ao credor propriedade resolúvel de bens móveis ou imóveis com o intuito de garantir o pagamento de dívida contraída, que quando da sua liquidação o devedor volta a ter a propriedade do bem transferido. É, portanto, negócio jurídico pelo qual há efetiva transferência da propriedade do bem de propriedade do devedor ao credor, sabendo-se que tal propriedade, dita fiduciária, é limitada e funcionalizada pelo pacto fiduciário firmado entre as partes;

(x) A legislação brasileira determina que, instituída a propriedade fiduciária, ocorre o desmembramento da posse do bem: o proprietário fiduciário fica investido na posse indireta do bem, enquanto o devedor fiduciante investe-se na posse direta. Em outras palavras: o devedor fiduciante, que aliena o bem ao seu credor, na vigência do pacto fiduciário pode usar o bem, dando assim a sua destinação necessária (e em certos casos obrigatória);

(xi) Há claríssima distinção entre o conceito de alienação fiduciária em garantia e propriedade fiduciária: a alienação fiduciária em garantia emana das relações obrigacionais consubstanciadas no contrato celebrado entre as partes, onde estarão previstos os termos do negócio jurídico celebrado, bem como as a condição resolutiva expressa a qual fica dependente e limitada a propriedade resolúvel do credor; já a propriedade fiduciária, como todo e qualquer direito real, apenas é constituída com o seu respectivo registro em cartório competente;

(xii) A alienação fiduciária em garantia pode apresentar os seguintes resultados: a) O devedor fiduciante liquida a dívida na sua integralidade, quando extingui-se o pacto fiduciário, com ele a propriedade resolúvel do credor fiduciário e o devedor voltará a ter a propriedade plena do bem alienado; ) O devedor fiduciante não paga a dívida relacionada a garantia constituída, quando o credor fiduciário poderá consolidar sua propriedade com o intuito de, tão logo, alienar o bem alvo do pacto fiduciário para pagar-se e indenizar o devedor nas quantias eventualmente já pagas, descontados os custos dos procedimentos de alienação;

(xiii) A legislação brasileira vigente em relação a alienação fiduciária de coisa imóvel e móvel ingungível é clara ao estabelecer que o proprietário fiduciário não poderá ficar com a propriedade do bem estabelecida no pacto fiduciário: exige a lei que, havendo inadimplemento do devedor fiduciante, o credor fiduciário deverá consolidar a propriedade do bem alvo do pacto com único intuito – aliená-lo para indenizar a si próprio (reaver seu crédito) e indenizar

o devedor na quantia eventualmente já paga ao longo da vigência do negócio jurídico celebrado. Entretanto, depois da tentativa frustrada de venda do bem alvo do pacto, o proprietário fiduciário fica desobrigado a aliená-la, podendo então ficar com o bem;

(xiv) O artigo 51 da Lei 10.931 estabelece que a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis pode ser usada como garantia para as *obrigações em geral*, ou seja, podendo ser celebrada fora do âmbito da aplicação de leis especiais, podendo qualquer bem do devedor, seja novo ou cuja propriedade já lhe era sua, ser alvo do pacto para garantir um mútuo;

(xv) Característica essencial da alienação fiduciária em garantia (e da propriedade fiduciária, na forma descrita acima) é a proteção do fiduciante pela constituição de patrimônio separado (afetado) do credor fiduciário, constituído pelos bens cuja propriedade do último é condicionada a condição resolutiva expressa no pacto fiduciário (razão de ser da propriedade fiduciária: resolúvel por natureza);

(xvi) A aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia atípica no direito português é um tema que gera divergências doutrinárias;

(xvii) No ordenamento jurídico português só há a provisão da alienação fiduciária em garantia financeira – a fidúcia financeira, regulamentada através do Decreto-Lei 105/2004, de 8 de maio, alterado pelo Decreto-Lei 192/2012, de 23 de agosto, o seu âmbito de aplicação está limitada ao âmbito financeiro (do mercado financeiro português) – chamada fidúcia financeira, estudada no âmbito do direito bancário –, a certos valores mobiliários e implica *intervenientes supervisionados*, prevendo a norma a prevenção a abusos (principalmente em relação a posição vulnerável do devedor fiduciante);

(xviii) Os doutrinadores que entendem pela inaplicabilidade da alienação fiduciária em garantia atípica no direito português, defendem que: a) o instituto permite defraudar a proibição dos pactos comissórios; b) não pode ter natureza real, por violação do artigo 1306.º/1, do Código Civil; c) é muito violenta para o devedor, privado da titularidade da coisa e sujeito aos riscos que possam atingir a coisa, o credor e o patrimônio deste;

(xix) Os doutrinadores que entendem pela aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia atípica no direito português, defendem que: a) não constituem negócio jurídico simulado; b) não é secreta ou fraudada a lei, a lei não obsta uma inadmissibilidade geral do instituto, apenas aquelas que são fraudulentas; c) é genericamente admitida com base da liberdade contratual, (art. 405º), o que seria confirmado pelo fato da lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade (art. 1306º, nº 1) e admitir mesmo situações de propriedade fiduciária, no âmbito do mandato sem representação (arts. 1180º e SS.) e da cessão de bens aos credores (arts. 831 e SS.);

(xx) Quanto a fidúcia financeira, chega-se a conclusão que a alienação fiduciária em garantia típica do Direito Português se assemelha bastante a prevista na Lei de Mercado de Capitais brasileiro, que disciplina a alienação fiduciária em garantia de bens móveis fungíveis, sendo o âmbito de sua celebração restrito ao mercado financeiro e de capitais, nas hipóteses previstas em, onde só pode figurar como credor fiduciário as instituições financeiras;

(xxi) Entendemos que a alienação fiduciária em garantia atípica não deve ser celebrada (não apenas pelos motivos apresentados pelos doutrinadores portugueses que são contra) em decorrência da enorme insegurança jurídica causada pelo desamparo legal do instituto;

(xxii) A Lei 11.101/05 é sucessora do Decreto-Lei 7.661/45, tendo sido responsável pela reforma do Direito Falimentar brasileiro e pela importantíssima criação dos institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas, instituindo assim, junto ao Direito Falimentar, o Direito Recuperacional;

(xxiii) A Lei se divide em três principais frentes: a primeira referente a regras comuns aplicáveis ao direito falimentar e recuperacional; a segunda referente a regras aplicáveis unicamente ao direito recuperacional (Recuperação Judicial Geral, Judicial de Micro e Pequenos Empresários e Recuperação Extrajudicial); e a terceira referente a regras aplicáveis unicamente ao direito falimentar;

(xxiv) A Recuperação Judicial de Empresas é um processo especial concursal, multidisciplinar, pelo qual o devedor empresário em crise econômico-financeira superável, chama seus credores (os sujeitos a recuperação judicial) para renegociação de dívidas, disciplinando regras benéficas ao devedor para que tome fôlego e retome suas atividades de maneira a gerar benefícios a si próprio, a sociedade como um todo e alinhar os seus interesses com os dos credores;

(xxv) A renegociação em juízo se dará através da apresentação de um plano de recuperação, pelo qual serão lançados os meios de recuperação pelos quais o devedor empresário irá empregar para sair do estado de crise, que oportunamente poderá ser alvo de deliberação dos credores;

(xxvi) O fundamento básico e principiológico da Recuperação de Empresas está expressamente positivado no artigo 47 da LRF;

(xxvii) O princípio da função social da empresa, então, decorre do contexto geral da função social da propriedade, com previsão constitucional nos artigos 5º, XXIII e 170, II, III, IV, V, VII e VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo, portanto, o princípio da função social da empresa também um princípio constitucional. Cumpre função social os empresários que empregam aos seus bens de produção os preceitos constitucionais acima expostos;

(xxviii) O princípio da preservação da empresa surge no próprio contexto da manutenção da atividade econômica desenvolvida para materialização e

cumprimento da sua função social. Trata-se de um interesse público na manutenção de inúmeros interesses ligados a atividade empresária, ou seja, na preservação da estrutura e da atividade empresária para manutenção dos interesses que orbitam ao redor da empresa;

(xxix) A Falência é a execução concursal do patrimônio do devedor empresário que se encontre em estado de insolvência, é o processo pelo qual serão arrecadados todos os ativos do devedor empresário insolvente, com o intuito de realização desse patrimônio para pagamento dos seus credores, organizados pela categoria de seus créditos (a lei estabelece graus de importância que inferem em urgência de recebimento) colocando-se em igualdade os credores da mesma categoria (*par conditio creditorum*). O direito falimentar é justamente o conjunto de regras jurídicas pertinentes a execução concursal do devedor empresário;

(xxx) Para o direito falimentar brasileiro a concepção de insolvência não é patrimonial (não basta simplesmente que o devedor possua ativo inferior ao seu passivo), mas sim jurídica: a lei estabelece os casos em que um devedor será considerado insolvente;

(xxxi) Prima face, somente podem pedir recuperação judicial (ou homologação de recuperação extrajudicial) e autofalência; e sofrer pedido de falência os empresários ou sociedades empresárias.

(xxxii) Estão, teoricamente, excluídos da aplicação das medidas previstas na LRF: empresa pública e sociedade de economia mista, 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. Tal exclusão pode ser total ou parcial;

(xxxiii) No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista e exclusão é total, uma vez que se tratam de sociedades controladas diretamente ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público. Nesses casos, nunca poderão sofrer pedido de falência, requerer recuperação judicial, homologação de recuperação extrajudicial ou autofalência;

(xxxiv) Já no caso do inciso II do art. 2º a exclusão é parcial, pelo fato de que as sociedades empresárias descritas no dispositivo se submeterem a procedimentos extrajudiciais de liquidação concursal distintos do processo falimentar. Se diz, então, parcial, uma vez que a lei especial que institui o regime de sua insolvência também prevê a possibilidade da aplicação da LRF;

(xxxv) As instituições financeiras, conceito que não fica restrito a bancos, estão sujeitas aos procedimentos de liquidação extrajudicial, intervenção e ao RAET – Regime de Administração Especial Temporária, que podem ser decretadas pelo BACEN – Banco Central;

(xxxvi) O foco deste trabalho é o posição do proprietário fiduciário perante as diversas posições que este poderá assumir na LRF: na qualidade de credor na recuperação judicial, de requerente de recuperação judicial, de credor na falência e de falido. Neste sentido, o esclarecimento quanto a abrangência da LRF é muito importante, pois em certos casos estaremos diante de uma instituição financeira na qualidade de proprietária fiduciária, quando teremos que analisar, mesmo que brevemente, a regulamentação própria quanto aos procedimentos extrajudiciais de liquidação previstos em leis especiais;

(xxxvii) Em relação aos procedimentos extrajudiciais de cunho falimentar/recuperacional aplicáveis as instituições financeiras, falamos especificamente em três: o RAET – regime de administração especial temporária (previsto no Decreto-Lei 2.321, de 1987), a intervenção e a liquidação extrajudicial (ambos dispostos na Lei 6.024, de 1974).

(xxxviii) A intervenção e a liquidação extrajudicial podem levar ao pedido de falência da instituição financeira;

(xxxix) A legislação recuperacional e falimentar brasileira está preparada para a defesa do crédito do proprietário fiduciário, deixando a desejar na regulamentação de meios de defesa do fiduciante – o que, diga-se, é característica inerente do negócio fiduciário clássico: a desproteção do fiduciante que deve se confiar do estrito cumprimento dos deveres fiduciários assumidos no pacto fiduciário, pelo fiduciário;

(xl) Pode-se afirmar claramente que a Lei 11.101 de 2005 protege e assegura claramente a posição do credor fiduciário, garantindo privilégios ao crédito de tal credor. Mais adiante, favorece claramente o crédito bancário;

(xli) A regra geral da lei recuperacional brasileira, exposta no seu artigo 49, é de que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Entretanto, o próprio artigo 49, em seus incisos, expõe as exceções a regra de sujeição;

(xlii) A “trava bancária” na Recuperação Judicial de Empresas faz parte do vocabulário informal dos profissionais do Direito (principalmente dos profissionais de reestruturação de empresas) e diz respeito a proteção jurídica do crédito bancário relativa aos efeitos da Recuperação Judicial. São mecanismos (instrumentos) jurídicos utilizados na prática bancária, do Direito Bancário e das Garantias para que o crédito bancário não se sujeite a Recuperação Judicial de Empresas, não podendo ser relacionado como crédito alvo da renegociação no processo de recuperação;

(xliii) A trava bancária serve para “travar” a renegociação do crédito bancário através da Recuperação Judicial, impedindo que ele seja incluído no plano de recuperação;

(xliv) Os mecanismos (instrumentos) jurídicos utilizados na prática bancária e do Direito Bancário e das Garantias para que certos créditos bancários não se sujeitem a Recuperação Judicial de Empresas são os previstos nos §§ 3º e 4º do Art. 49 da Lei 11.101/05;

(xlv) Um estudo da prática bancária nos leva aos instrumentos jurídicos mais celebrados pelas instituições financeiras, com o intuito de instituir trava bancária aos seus créditos alocados em carteira de pessoas jurídicas, são eles: a) Em relação a mútuos bancários: constituição de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis; cessão fiduciária de direitos creditórios; arrendamento mercantil na modalidade *sale and leaseback*; b) Contratos Comuns da Prática Bancária: ACC – Adiantamento de Contrato de Cambio; Arrendamento Mercantil na modalidade normal do instituto;

(xlv) A interpretação dos dispostos legais aplicáveis a falência e recuperação judicial de empresas nos conduzem as seguintes interpretações quanto a posição do proprietário fiduciário na LRF:

(xl.1) Seu crédito não está sujeito a recuperação judicial do devedor fiduciante, não alterando em nada as posições assumidas no pacto fiduciário;

(xl.2) No caso de requerimento de recuperação judicial por sua parte, as posições assumidas no pacto fiduciário não se alteram em nada, a atenção redobrada nesse caso fica em relação a utilização da cessão desse crédito (e da posição contratual) como meio de recuperação judicial prevista no plano;

(xl.3) Na falência do devedor fiduciário, poderá promover pedido de restituição da coisa, com o intuito de aliená-la, se o produto da venda for insuficiente para saldar a dívida, deverá habilitar o saldo devedor no processo, no caso de possível quantia devida ao devedor pela alienação do bem, a massa falida deverá buscar receber tal crédito junto ao credor. Coloquei em perspectiva também a possibilidade das partes continuarem o vínculo fiduciário, caso seja de interesse da massa falida com o intuito de maximização e otimização dos ativos arrecadados;

(xl.4) No caso de sua falência, minha posição fica no sentido de aplicar o artigo 119, IX, da LRF, não podendo o bem alvo do pacto fiduciário arrecadado pela a massa falida, devendo haver a manutenção do contrato de alienação fiduciária em garantia até a quitação da dívida assumida pelo devedor fiduciante.