

# Alienação fiduciária em garantia

**Fernando Antonio Maia da Cunha**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Maria Rita Rebello Pinho Dias**

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução; 1. Breves considerações sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia; 2. Breves apontamentos sobre os diplomas normativos que disciplinam a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1. A alienação fiduciária em garantia no âmbito das relações civis comuns: bens móveis infungíveis; 2.2. A alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais: bens móveis fungíveis e infungíveis; 2.3. A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: Lei nº 9.514/97; 3. O contrato de alienação fiduciária em garantia e a recuperação judicial; 3.1. A constituição do crédito fiduciário; 3.2. A cessão fiduciária de créditos; 3.3. A competência do juízo da recuperação judicial; 3.4 A cessão de créditos e direitos fiduciários; Referências.

## Introdução

O presente artigo tem por objetivo trazer breves considerações sobre a disciplina do instituto da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando suas principais características normativas e, ao final, analisar aspectos envolvendo os créditos com garantia fiduciária no processo de recuperação judicial.

## 1. Breves considerações sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia

O instituto da alienação fiduciária em garantia foi inicialmente positivado no Brasil pela Lei de Mercados de Capitais – Lei nº 4.728/1965 (posteriormente alterada pelas Leis nº 10.931/2004 e nº 13.043/2014) –, referindo-se apenas a bens móveis. Posteriormente, a Lei nº 4.864/1965 – Lei de Estímulo à Indústria da Construção Civil – passou a disciplinar a cessão fiduciária de créditos. Somente com a Lei nº 9.514/1997, a alienação fiduciária pôde referir-se também a bens imóveis. Por fim, o *Código Civil* de 2002 inovou ao disciplinar a propriedade fiduciária, nos artigos 1.361 e seguintes.

A alienação fiduciária, segundo Fábio Ulhoa Coelho, é

*[...] aquele negócio em que uma das partes (fiduciante), proprietário de um bem, aliena-o em confiança para a outra (fiduciário), a qual se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses delineadas em contrato<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 28. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b. p. 389.

Ainda segundo este autor, a alienação fiduciária em garantia é uma das espécies de qual a alienação fiduciária é gênero.

A alienação fiduciária em garantia consiste em eficiente mecanismo de garantia de contratos no qual há transferência da propriedade fiduciária de determinado bem, alvo da garantia, de titularidade do devedor ao credor. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa, enquanto o credor adquire a posse indireta<sup>2</sup>.

Com o adimplemento da condição resolutiva – quitação do débito –, o bem torna à titularidade do devedor. No caso contrário, com a inadimplência, consolida-se a propriedade em mãos do credor, o qual deverá proceder à sua alienação para quitar o débito, uma vez que a nossa legislação veda o pacto comissório.

Destaca-se que a finalidade desse contrato não é a transferência de propriedade em si, mas sim a constituição de garantia, em regra associada a contrato principal de financiamento, sendo, portanto, instrumental a este último<sup>3</sup>. Desse contrato decorre o direito real de garantia.

A efetividade dessa garantia, em relação às demais garantias, em especial as reais, decorre do fato de que o bem dado em garantia<sup>4</sup> já tem sua propriedade imediatamente transferida para o credor no momento inicial da contratação, reduzindo-se o risco de frustração das expectativas de retorno em caso de inadimplemento. Isso porque o credor, na qualidade de proprietário, já está imbuído de poderes necessários para execução da garantia, conferindo, assim, agilidade à recuperação do crédito, se necessário<sup>5</sup>. Dispensa

<sup>2</sup> “Conceitua-se a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitada a restituição. Ou seja, trata-se de um negócio fiduciário de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade de uma coisa móvel, permanecendo ele com a posse, e colocando-se na posição de depositário.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. f. 1.298)

<sup>3</sup> NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. f. 16.

<sup>4</sup> “Depois de várias décadas de prática de negócios fiduciários inominados, passou a legislação positiva pátria a viver a experiência da garantia fiduciária preceituada, sob a forma de cessão fiduciária de crédito (Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil) e alienação fiduciária (Lei de Mercado de Capitais e legislação de incentivo à expansão industrial). Ficou comprovada a superioridade desses institutos peculiares de garantia sobre as formas tradicionais, como instrumentos eficazes de segurança de crédito, com atuação destacada na política econômico-financeira desenvolvimentista concebida pela filosofia revolucionária em pleno curso.” (RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. f. 22, grifo do autor).

<sup>5</sup> “Os direitos reais de garantia tradicionais, contudo, não se mostravam adequados pra atender, de forma ágil, à demanda de negócios massificados implementados nas últimas décadas, que exigiam rapidez na liberação e recuperação do crédito, para aumentar as garantias do credor, as possibilidades de consumo e o incremento industrial. Isso porque a hipoteca e o penhor não estavam proporcionando ferramentas seguras de garantia que os negócios comerciais exigiam para sua implementação em larga escala, especialmente para incentivar a liberação de crédito ao consumo de bens duráveis. A anticrise, por sua vez, encontrava-se em desuso há muitas décadas, não se prestando para negócios comerciais massificados. Alguns dos fatores elencados pela doutrina para justificar o que se denominou de ‘crise’ da garantia hipotecária são: lentidão dos atos preparatórios para sua constituição, custo elevado, intervenção do estado nas relações que a disciplinam, problemas existentes na fase de execução, tais como baixo valor de arrematação, o que faz com que o credor normalmente exija em garantia bem de valor bastante superior ao valor do débito, não sendo raras as vezes em que o credor vê-se obrigado a adjudicar o bem, o que não é a prioridade para uma empresa financeira que precisa ter liquidez em suas atividades, além das inevitáveis despesas processuais. Para assegurar de forma eficiente operações de crédito imobiliário, atendendo às necessidades da sociedade atual, é indispensável que a garantia proporcione rapidez na liberação e recuperação do crédito, tenha baixo custo na sua constituição e nos procedimentos relacionados ao retorno do investimento, de forma a respeitar o princípio da autonomia privada. Além de uma garantia de execução demorada, as instituições financeiras não mais sentiam segurança em sua utilização em larga escala em razão dos precedentes jurisprudenciais que reconheciam a ineficácia, para terceiros adquirentes

a observância de processo judicial próprio antes que se possa utilizar o bem dado em garantia para satisfação do crédito e, também, questionamento quanto ao privilégio em concurso de créditos tributários e trabalhistas.

O Decreto-Lei nº 911/1969, em seu art. 7º, e a Lei nº 9.514/1997, em seu art. 32, tiveram a importância de tornar os bens objeto da propriedade fiduciária patrimônio afetado especificamente à satisfação de um débito, assegurando que tais bens consistiam patrimônio segregado<sup>6</sup>, não permitindo que o credor fiduciário exercesse direitos fundamentais do dono. Essa situação foi confirmada com a promulgação da Lei nº 11.101/2005 (que disciplina a falência e a recuperação judicial), em especial nos seus arts. 49, § 3º, e 119, IX, nos quais se reconheceu a validade dos patrimônios de afetação nas falências, não sendo arrecadado pela massa, conforme se verá adiante<sup>7</sup>.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que o objeto do contrato pode ser móvel (fungível ou infungível) ou imóvel, existindo, para cada espécie, um regime jurídico específico, a saber, Decreto-Lei nº 911/1969, Lei de Mercado de Capitais nº 4.728/1965 e Lei nº 9.514/1997<sup>8</sup>, respectivamente<sup>9</sup>, conforme se verá a seguir.

---

do imóvel, da hipoteca firmada entre construtora e instituição financeira, consolidando-se esse posicionamento no enunciado da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Diário da Justiça de 25 de abril de 2005.” (NEGRATO, op. cit., f. 37-39)

<sup>6</sup> “O patrimônio de afetação, ou simplesmente patrimônio separado ou apartado, compreende bens e direitos transferidos a uma pessoa para fins de garantia ou administração e que não se confundem com o patrimônio da pessoa, física ou jurídica, que os recebe, devendo retornar para a titularidade do alienante ou de terceiro beneficiário após a consecução do objetivo contratado. Serve para atribuir segurança jurídica aos contratantes, evitando restrições por dívidas privilegiadas, como fiscais e trabalhistas, que nos direitos reais em garantia tradicionais praticamente esvaziam a própria garantia em caso de insolvência do devedor.” (Ibidem, f. 21)

<sup>7</sup> Art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69 e art. 32 da Lei nº 9.514/97.

<sup>8</sup> **A) Bem móvel infungível.** Quando o contrato tem por objeto bem móvel infungível (e é celebrado no âmbito do mercado financeiro ou de capitais ou se destina a garantir créditos fiscais ou previdenciários), a mora ou o inadimplemento do fiduciante acarreta a pronta exigibilidade das prestações vincendas e possibilita ao fiduciário requerer em juízo a busca e apreensão do bem móvel objeto do contrato. Faculta a lei a venda da coisa pelo credor fiduciário independentemente de leilão, avaliação prévia ou interpelação ao devedor. Justifica-se essa prerrogativa em virtude de titularizar ao credor o domínio resolúvel da coisa dada em garantia. Requerida a busca e apreensão do bem móvel alienado fiduciariamente, o fiduciante poderá pagar todo o valor devido em razão do contrato de mútuo garantido (e não somente emendar a mora) e, com isso, receber de novo a posse do bem e passar a titularizá-lo livre de ônus. Note-se, a busca e apreensão e a consolidação da propriedade são meios ágeis de efetivação da garantia manejáveis apenas pelos credores fiduciários de contratos celebrados no contexto do mercado financeiro ou de capitais destinados a garantias de débitos fiscais ou previdenciários (Decreto-Lei 911/69, art. 8º-A). Os demais credores em decorrência da AFG de bens móveis infungíveis têm apenas a alternativa de promover a execução do crédito; encontram-se em posição semelhante à do credor pignoratício. **B) Bem móvel fungível.** A AFG de bem móvel fungível só pode ser feita como operação no âmbito do mercado financeiro ou de capitais, ou para garantir créditos fiscais ou previdenciários (LMC, art. 66-B). A efetivação da garantia é feita por aqueles mesmos meios ágeis (busca e apreensão e consolidação da propriedade). **C) Bem imóvel.** Quando a alienação fiduciária em garantia tem por objeto bem imóvel, aplicam-se os arts. 22 a 33 da Lei 9.514/97, que instituiu o sistema de financiamento imobiliário.” (COELHO, op. cit., f. 389-390)

<sup>9</sup> Orlando Gomes esclarece que o contrato de alienação fiduciária em garantia pode se referir a coisa ou a direito: “[...] a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição. Ao alienante denomina-se fiduciante. Ao adquirente, fiduciário. A alienação fiduciária pode recair em coisas ou direitos.” (*Alienação Fiduciária em Garantia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. f. 18)

## 2. Breves apontamentos sobre os diplomas normativos que disciplinam a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro

### 2.1 A alienação fiduciária em garantia no âmbito das relações civis comuns: bens móveis infungíveis

O atual *Código Civil* Brasileiro, de 10 jan. 2002, em seu art. 1.361, disciplina exclusivamente a alienação fiduciária em garantia de bens infungíveis. É mais recente do que as leis especiais que positivaram inicialmente a alienação fiduciária em garantia neste país, seja de bens móveis, seja de bens imóveis. O art. 1.368-A esclarece expressamente que, quanto às demais espécies de propriedade fiduciária ou titularidade fiduciária, deve-se observar a disciplina específica das leis especiais aplicáveis e, apenas de forma subsidiária e se não for incompatível, o *Código Civil*<sup>10</sup>.

O *Código Civil*, ao disciplinar a alienação fiduciária em garantia, admitiu que esse instituto pudesse ser utilizado por qualquer indivíduo capaz, não mais se limitando ao âmbito restrito do mercado financeiro e de capitais ou ao mercado imobiliário<sup>11</sup>.

O art. 1.367 afirma que a propriedade em garantia de bens móveis ou imóveis se sujeita às disposições do “Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial (Do penhor, da Hipoteca e da Anticrese)” e, no que for específico, à legislação pertinente, não se equiparando para qualquer efeito à propriedade plena prevista no art. 1.231 do mesmo diploma normativo.

O art. 1.368-B do *Código Civil* esclarece que a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor, direito real de aquisição. O seu parágrafo único indica que o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem por realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual ele lhe tenha sido transmitido, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que for imitado na posse direta do bem.

Exige, para constituição da propriedade fiduciária, o registro do respectivo instrumento, público ou particular, 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<sup>12</sup>. Determina, também, que apenas com a constituição

<sup>10</sup> Ressalta-se que o art. 40 da Lei nº 6.404/1976 prevê a alienação fiduciária de ações.

<sup>11</sup> “O escopo de alienação fiduciária em garantia foi ampliado em 2002, com o advento do Novo Código Civil, que passou a disciplinar a alienação fiduciária em garantia (já que o Código Civil de 1916 não regulava tal matéria) e autorizou sua contratação a qualquer indivíduo capaz, ainda que fora do âmbito do mercado financeiro e de capitais. Além disso, o direito real de garantia foi estendido também a outros bens além daqueles inicialmente previstos na Lei 4.728/65 e na Lei 9.514/97, tornando possível sua contratação tendo por objeto qualquer bem móvel infungível. [...] Somando-se isso ao fato de o Novo Código Civil (conforme alterado, sobretudo, pela Lei 10.931/04), a alienação fiduciária em garantia não foi amplamente regulada e, até hoje, nosso direito positivo não contempla uma regulamentação genérica do negócio fiduciário, como bem reconhece a doutrina, havendo tão somente, as normas legais específicas para as hipóteses apontadas acima.” (GUIMARÃES NETO, Plínio Pinheiro; COUTO, Fábio Yanitchkís; CUNHA, Bernardo Araujo da Costa. *Alienação fiduciária em garantia: evolução legislativa e os dilemas atuais*. In: CANTIDIANO, Luiz Leonardo; MUNIZ, Igor (org.). *Temas de Direito Bancário e do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014. f. 478-479).

<sup>12</sup> Destaca-se a Súmula n. 92 do STJ: “A terceiros de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do Veículo Automotor”.

da propriedade fiduciária haverá o desdobramento da posse. Pode ser celebrada tanto por instrumento público quanto por instrumento particular.

São elementos indispensáveis desse contrato: (i) indicação do valor total da dívida ou sua estimativa, (ii) prazo ou a época do pagamento, (iii) a taxa de juros se houver e (iv) a descrição da coisa objeto da transferência, com elementos indispensáveis à sua identificação (art. 1.362), vedando expressamente o pacto comissório (art. 1.365)<sup>13</sup>.

Assim, vencida e não paga a dívida, o credor fica obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente a coisa a terceiro, aplicando o valor recebido no pagamento de seu crédito e nas despesas de cobrança, entregando o saldo, se houver, ao devedor. Não sendo o valor apurado suficiente para quitar o débito, o devedor continuará obrigado pelo restante.

O *Código Civil* admite que o devedor possa usar a coisa alienada fiduciariamente, na condição de depositário, por sua conta e risco, antes de vencida a dívida, obrigando-se a entregá-la em caso de inadimplemento.

## **2.2 A alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais: bens móveis fungíveis e infungíveis**

Trata-se de instituto disciplinado inicialmente pelo art. 66 da Lei nº 4.728/1965, posteriormente modificada pelo Decreto-Lei nº 911/1969 e pelas Leis nº 10.931/2004 e nº 13.043/2014. A Lei nº 10.931/2004 revogou os artigos B 66 e 66-A da Lei nº 4.728/1965, instituindo o art. 66-B, inserido na Seção XIV da Lei nº 4.728/1965, denominada “Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais”.

A redação original do art. 66 da Lei nº 4.728/1965 se referia à alienação fiduciária de bem móvel, exigindo-se, para a sua prova, instrumento público ou particular escrito. O contrato deveria possuir os seguintes elementos indispensáveis: o total da dívida/estimativa, prazo/época do pagamento, taxa de juros e a descrição do bem, que poderia ser novo ou não<sup>14</sup>.

Em caso de inadimplemento, o proprietário estava obrigado a vender a coisa a terceiros, vedando-se que ficasse com a coisa para si. O preço apurado deveria ser empregado no pagamento do crédito e das despesas decorrentes de cobrança, entregando ao devedor eventual saldo. Se o preço fosse insuficiente, o devedor ficava obrigado pelo restante.

O Decreto-Lei nº 911/1969 alterou a redação do art. 66 para esclarecer que a alienação fiduciária transferia ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel, e que o devedor assumia a condição de depositário do bem alienado fiduciariamente. Inovou, ainda, ao exigir o arquivamento do contrato por cópia ou microfilme no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, além de constar no certificado do veículo automotor dado em garantia, sendo o caso.

O referido decreto manteve exigência de conteúdo mínimo do contrato de alienação fiduciária em garantia, estipulando que ele deveria conter, ao menos, as seguintes

<sup>13</sup> O art. 1.364 do CC afirma que, vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor. O art. 1.365 do CC expressamente menciona que é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

<sup>14</sup> Nesse sentido, a Súmula 28 do STJ diz: “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

informações: (i) total da dívida ou sua estimativa, (ii) local e a data de pagamento, (iii) taxa de juros, (iv) comissões admitidas e eventual cláusula penal, (v) índice de correção monetária, (vi) descrição e identificação do bem dado em garantia.

O Decreto-Lei nº 911/1969 previu que, em caso de inadimplemento/mora, o proprietário fiduciante poderia vender a coisa a terceiro, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição contratual em contrário, devendo aplicar o preço no pagamento de seu crédito e despesas. Posteriormente, a Lei nº 13.043/2014 incluiu, ao final, o dever do proprietário fiduciante de prestar contas.

O decreto em análise esclareceu que a mora se configuraria no simples vencimento do prazo sem pagamento, indicando, portanto, que não é necessária qualquer outra formalidade para sua observância. Exigia, contudo, que houvesse comprovação da mora com expedição de carta registrada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título. Posteriormente, a Lei nº 13.043/2014 alterou a redação desse dispositivo, esclarecendo que a comprovação da mora se dá por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do aviso de recebimento fosse a do próprio destinatário<sup>15</sup>.

Observou-se controvérsia jurisprudencial sobre a necessidade de a notificação para efeito de purgação de mora ter ou não que mencionar o valor do débito. Há quem defenda a necessidade, para permitir que o devedor fiduciante possa exercer faculdade de purgação da mora. A justificativa que embasa a Súmula 245 do STJ encontra-se no fato de a configuração da mora, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, é *ex-re*, ou seja, independe de interpelação, de modo que a notificação tem por propósito, apenas, comprovar a mora, dispensando-se, por este motivo, a indicação do valor.

Configurada a mora, o decreto em análise assegurou ao credor a faculdade de, a seu critério, considerar o vencimento antecipado da dívida independentemente de notificação judicial ou extrajudicial.

O Decreto-Lei nº 911/1969 acresceu ferramentas processuais ao contrato de alienação fiduciária em garantia que o tornaram mais efetivo e ágil<sup>16,17</sup>. Desse modo, disciplinou, em

<sup>15</sup> Sobre a questão, a Súmula 72 do STJ diz: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Outra súmula que consolida entendimento jurisprudencial sobre a comprovação da mora é a Súmula 245 do STJ: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”.

<sup>16</sup> “Pretendendo o governo baixar o custo operacional das instituições financeiras, tornou-se indispensável dar uma solução rápida e eficaz para a hipótese de inadimplemento do devedor, justificando-se, portanto, a elaboração de um projeto de decreto-lei para atender a tais situações. Assim, em 1º de outubro de 1969, foi baixado o Decreto-Lei nº 911, com o objetivo de introduzir modificações na Lei 4.728/65, não só no campo do direito matéria, mas também no campo do direito processual. [...] Outra modificação introduzida pelo Decreto-Lei 911/69 foi a criação de um rito especial para a busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente em garantia, no qual se dispensava a avaliação do bem, o que poderia tornar-se pretexto para atrasar o processo jurisdicional. Assim, resolveu-se a questão processual referente à ação de que pode se utilizar o credor para obter a posse plena da coisa, quando o devedor inadimplente se negar a entregá-la e, ao mesmo tempo, criou-se um mecanismo pelo qual o credor não ficasse sujeito às artimanhas do devedor objetivando atrasar a entrega da coisa.” (GUIMARÃES NETO; COUTO; CUNHA, op. cit., f. 475-476)

<sup>17</sup> “A observação do que ocorreu a partir de 1969 denota que, efetivamente, o decreto-lei foi elaborado com a primordial preocupação de tentar resolver a demora que então estava ocorrendo para a execução da garantia. Em sua obra sobre a matéria, Moreira Alves anota que ante a controvérsia que se estabeleceu jurisdicionalmente ‘começou a haver o risco de o instituto da alienação fiduciária ser marginalizado, porquanto, na prática, a garantia dele decorrente não tinha a eficácia que seria mister para efetivamente dar maior proteção ao crédito’. Em outras palavras, a necessária interpretação jurisdicional que deve ser dada a todo texto de lei estava se constituindo empecilho para a eficácia perseguida pelo sistema econômico,

seu art. 3º, a ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, na qual havia previsão de concessão de liminar, e, em seu art. 4º, a ação de depósito, caso o referido bem não fosse localizado. No art. 5º do referido decreto, disciplina-se a ação executiva.

A ação de depósito previa ao final, caso não houvesse a entrega do bem pelo devedor fiduciante, a sua prisão civil, por ter se tornado depositário infiel. Ocorre, todavia, que em razão da assinatura pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica, que proíbe prisões nessas hipóteses, a referida norma teve sua invalidade reconhecida pela jurisprudência, fazendo com que tal procedimento acabasse perdendo sua utilidade como mecanismo de coerção do devedor fiduciante para cumprimento de suas obrigações contratuais. Nesse sentido, Súmula Vinculante nº 25 do STF diz: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Prevvia-se no procedimento de busca e apreensão o deferimento de liminar, desde que houvesse comprovação da mora, e, uma vez executada, o réu deveria ser citado para, em 3 dias, apresentar contestação ou, se já tivesse pago 40% do preço financiado, requerer a purgação da mora.

Existia controvérsia na jurisprudência quanto ao conceito de “purgação da mora”, ou seja, se abrangia a integralidade da dívida ou apenas o valor das parcelas inadimplidas e vencidas. Os defensores desta última tese sustentavam que, caso se exigisse o pagamento da integralidade do valor devido, haveria extinção do contrato de financiamento, e não o seu prosseguimento, de modo que não poderia ter sido essa a interpretação pretendida pelo legislador.

Sobre a questão, editou-se a Súmula 284 do E. STJ: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”.

Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz deveria sentenciar a ação, consolidando ou não a posse e propriedade do bem apreendido nas mãos do autor credor. Após prolação de sentença, o credor poderia vender judicial ou extrajudicialmente o bem alienado fiduciariamente, sendo que eventual apelação não teria efeito suspensivo.

A Lei nº 10.931/2004<sup>18</sup> alterou substancialmente as normas da ação de busca e apreensão. Modificou a redação do parágrafo 1º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969 para prever que, 5 dias após a execução da liminar, haveria consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, não precisando mais aguardar a prolação de sentença. Alterou, também, o § 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969 para prever que a purgação da mora deveria abranger a integralidade da dívida pendente, conforme apresentado pelo credor, sanando questionamentos existentes na jurisprudência.

---

que necessitava [...]”. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição: visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei 9.514/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 2014.)

<sup>18</sup> “Com relação à alienação fiduciária, a Lei 10.931/04 teve como objetivo, dentre outros, agilizar a venda do bem retomado pelo credor fiduciário, sem prejuízo ao mutuário, propiciando a este uma forma mais célere de quitação de sua dívida. (...) A Lei 10.931/04 deixou claro que o objeto da alienação fiduciária em garantia compreendia também bens móveis fungíveis, direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito, pondo fim às discussões com relação à possibilidade de alienação fiduciária de tais espécies de bens.” (Plínio Pinheiro Guimarães Neto, Fábio Yanitchkis Couto e Bernardo Araujo da Costa Cunha, op. cit., f. 478).

Mesmo diante dessa nova redação, há jurisprudência afirmando que a purgação da mora se refere apenas às parcelas vencidas e não pagas ou à integralidade do valor do contrato, em razão da onerosidade do contrato e do sistema de proteção garantido pelo *Código de Defesa do Consumidor*. No entanto, a jurisprudência do E. STJ é no sentido de que a purgação da mora envolve a integralidade do débito pendente<sup>19</sup>.

A Lei nº 10.931/2004 alterou os parágrafos 3º a 6º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969 para prever que o prazo de resposta do réu citado em ação de busca e apreensão é de 15 dias, a qual poderia ser apresentada ainda que houvesse exercício da faculdade de purgação da mora, caso o devedor entendesse que efetuou pagamento a maior e que deseja restituição. Por fim, inseriu no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969 os parágrafos 7º a 8º, que disciplinam a aplicação de multa ao credor fiduciário em favor do devedor de 50% do valor originalmente financiado, em caso de improcedência da ação de busca e apreensão se o bem tiver sido alienado, sem prejuízo de perdas e danos.

O Decreto-Lei nº 911/1969 foi recentemente alterado, também, pela Lei nº 13.043/2014, que inseriu os parágrafos 9º a 15 no seu artigo 3º, trazendo normas prevendo o registro de gravames referentes à decretação da liminar de busca e apreensão e sua exclusão após execução da medida, previsão da possibilidade de se solicitar a apreensão a juízo de foro diverso do responsável pela prolação da decisão liminar, sempre que o bem estiver naquela localidade, assim como a obrigatoriedade de comunicação imediata ao juízo quanto à apreensão e o prazo de 48 horas para que o credor procedesse à sua retirada do local onde estava depositado.

A Lei nº 13.043/2014 alterou a redação do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/1969 para prever que se o bem alienado fiduciariamente não fosse encontrado ou não estivesse na posse do devedor, o credor teria a faculdade de requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva.

É interessante destacar que o art. 7º do Decreto-Lei nº 911/1969 tornou o bem alienado fiduciariamente um patrimônio separado dos demais bens do devedor alienante, afetando-o especificamente à satisfação da garantia contratada com o credor fiduciário, assegurando que, em caso de falência do devedor alienante, o proprietário fiduciário tem o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente, afastando-o dos demais credores do primeiro. A Lei nº 13.043/2014 consignou que o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial não impede a distribuição e a busca e apreensão do bem e, ainda, que não será aceito bloqueio judicial de bem alienado fiduciariamente, afirmando que eventual discussão sobre concurso de preferências deveria ser resolvida pelo valor de venda do bem.

A Medida Provisória n. 2.160-25/2001 inseriu na Lei nº 4.728/1965 o art. 66-A, que passou a admitir a possibilidade de alienação fiduciária de coisa fungível ou de direito,

<sup>19</sup> REsp 1418593/MS Recurso Especial 2013/0381036-4. Relator: Min. Luis Felipe Salomão (1140). S2 – Segunda Seção. Julgado em 14 maio 2014. DJe: 27 maio 2014. RMP, v. 54, p. 419. RSTJ, v. 235, p. 225. Ementa: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”. 2. Recurso especial provido.

observando-se o disposto no art. 66. Previa que, salvo disposição contratual em contrário, a alienação fiduciária de coisa fungível ou de direito transferiria ao credor a posse direta e indireta do bem alienado fiduciariamente. Considerava que o contrato valia contra terceiros (i) desde a inscrição, anotação, averbação, se o bem dado em garantia se tratasse de bens sujeitos a registro ou títulos nominativos e ações, (ii) desde a notificação do devedor, se se tratasse de créditos, ou (iii) desde a tradição, se se tratasse de bens móveis ou de títulos ao portador.

A Lei nº 10.931/2004 revogou os artigos 66 e 66-A, inserindo o art. 66-B na Lei nº 4.728/1965. Esse novo dispositivo prevê a celebração de contrato de alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, e também de créditos fiscais e previdenciários. Menciona que o contrato devia, além de atender às exigências contidas no *Código Civil*, indicar: taxa de juros, cláusula penal, o índice de atualização monetária e demais comissões e encargos.

O art. 66-B na Lei nº 4.728/1965 admite, por fim, a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, esclarecendo, nesse caso, que a posse direta e indireta do bem dado em garantia/título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, o qual, em caso de inadimplência, deveria ser vendido a terceiro, aplicando-se o preço para quitação do débito, restituindo-se eventual saldo ao credor.

A Lei nº 10.931/2004 revogou a exigência de registro do contrato no certificado do veículo, o que, todavia, continua a ser feito em atenção às exigências da legislação de trânsito.

### 2.3 A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: Lei nº 9.514/1997

Somente com a entrada em vigor da Lei nº 9.514/1997 o nosso ordenamento jurídico passou disciplinar a alienação fiduciária em garantia referente a bens imóveis. Sobre a extensão dessa modalidade de garantia aos bens imóveis, é interessante destacar:

*Apesar da divergência de expectativas verificada na doutrina quanto ao sucesso do novo instituto e de seus principais beneficiados, pode-se constatar que a intenção do legislador com a extensão da garantia aos contratos de financiamento imobiliário foi certamente a de propiciar um mecanismo, já testado com sucesso no financiamento do consumo de bens móveis duráveis, para trazer maior efetividade à satisfação da dívida<sup>20,21</sup>.*

<sup>20</sup> NEGRATO, op. cit., f. 48.

<sup>21</sup> “O que a lei objetivou ao fixar determinado tipo de execução extrajudicial foi, ao lado da sólida garantia que a propriedade fiduciária propicia, tentar afastar os entraves que a demora da prestação jurisdicional opõe ao direito do credor. A própria extensão da alienação fiduciária aos bens imóveis decorreu da constatação de que a forma tradicional de financiamento pelo ‘SFH’, o sistema financeiro de habitação, havia se inviabilizado, pelo desinteresse dos empresários ante a dificuldade de execução em caso de inadimplemento, com os percalços e protelações que a garantia hipotecária sempre propicia. Portanto, neste ponto, a lei inovou, ao substituir a garantia hipotecária pela alienação fiduciária, até porque a experiência havia se mostrado frutífera no que tangia ao financiamento de bens móveis, especialmente veículos. Se por este lado, o negócio empresarial de construção de imóveis encontrava defesa contra a inadimplência do adquirente, colocado então na situação de devedor fiduciante, por outro lado a securitização objetivou permitir a defesa do próprio empreendimento contra a eventualidade de azares administrativos e financeiros do incorporador e ou construtor.” (BEZERRA FILHO, op. cit., f. 124)

Segundo a legislação pertinente, a alienação fiduciária é contratada com o escopo de garantia, em razão da qual o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel de coisa imóvel. Pode ter como objeto a propriedade plena, bens enfitêuticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso desde que suscetível de alienação, a propriedade superficiária e os direitos oriundos da imissão de posse quando concedida à União, aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios ou às suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão.

O credor fiduciário pode ser pessoa física ou jurídica, não sendo privativo das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

Exige-se, para constituição da propriedade fiduciária, o registro no competente Registro de Imóveis. Constituída a propriedade fiduciária, há o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante o possuidor direto, e o fiduciário o indireto.

Também no caso da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, exige-se que o respectivo contrato contenha as seguintes informações mínimas: (i) valor do principal da dívida, (ii) prazo e condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário, (iii) taxa de juros e encargos incidentes, (iv) cláusula de constituição da propriedade fiduciária com descrição do bem alienado fiduciariamente, (v) indicação do título e modo de aquisição, (vi) cláusula assegurando ao fiduciante enquanto estiver inadimplente a livre utilização, por sua conta e risco, do bem alienado fiduciariamente e (vii) indicação para efeito de venda em público leilão do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão e cláusula dispondo sobre o leilão.

Constatado o pagamento da dívida e seus encargos, há resolução da respectiva propriedade fiduciária. Nesse caso específico, após liquidação da dívida, surge para o devedor fiduciante o direito de exigir do credor fiduciário o termo de quitação, em 30 dias, sob pena de multa em desfavor deste, no valor de 0,5% ao mês ou fração sobre o valor do contrato. O Registro de Imóveis, diante do termo de quitação, deverá proceder ao cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o devedor fiduciante, haverá a consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Para que haja constituição em mora é preciso que o devedor fiduciante ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído seja intimado a requerimento do fiduciário pelo oficial do competente Registro de Imóveis, para satisfazer em 15 dias a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais ou legais, contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além de despesas de cobrança e de intimação. Essa intimação é feita por solicitação do oficial do Registro de Imóveis por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem a deva receber, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

Se o fiduciante, seu cessionário ou seu representante legal ou procurador se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, o qual promoverá a intimação por edital publicado por 3 dias em um dos jornais de maior circulação local, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.

Havendo purgação da mora no Registro de Imóveis, haverá o convalidamento do contrato de alienação fiduciária, devendo o oficial entregar, nos 3 dias seguintes, ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

Decorrido o prazo sem que haja purgação da mora, o oficial do Registro de Imóveis deverá certificar esse fato e promover a averbação na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, após comprovação por este do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio.

Em 30 dias da data da consolidação da propriedade, o credor fiduciário deverá promover leilão público para alienação do imóvel, sendo que o primeiro leilão terá como lance mínimo o valor do imóvel, e o segundo, realizado 15 dias depois, o valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. Não atingido o valor do lance mínimo no segundo leilão, considera-se extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de lhe entregar eventual saldo apurado.

Após o leilão, o fiduciário deverá entregar ao devedor fiduciante eventual saldo apurado, após quitação da dívida e das despesas e encargos, havendo recíproca quitação. O credor fiduciário deverá entregar ao devedor, em 5 dias a contar do leilão, termo de quitação da dívida.

A legislação assegura que, se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada, concedendo-se ao locatário o prazo de 30 dias para desocupação, salvo se tiver havido concordância do credor fiduciário. A denúncia deve ser feita em 90 dias da data da consolidação da propriedade fiduciária, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica.

O devedor fiduciante responde pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse indireta tenha sido transferida para o credor fiduciário, obrigação esta que persiste até que este último venha a ser imitado na posse.

O credor fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel em leilão público de que trata o art. 27 da lei em análise, tem assegurada a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em 60 dias, desde que comprovada a consolidação da propriedade.

Por fim, é importante destacar que o art. 32 da Lei nº 9.514/1997 expressamente assegurou que em caso de insolvência do devedor fiduciante ficava assegurado ao credor fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente. Esse dispositivo, a exemplo do que foi feito no art. 7º do Decreto-Lei nº 911/1969, já comentado, tornou o bem imóvel alienado fiduciariamente um patrimônio separado dos demais bens que compõem o patrimônio do devedor fiduciante, afetado especificamente à garantia prestada ao credor fiduciário, colocado a salvo dos demais credores do devedor.

Com relação à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, surgiu um questionamento, já superado pela jurisprudência, quanto à constitucionalidade do leilão extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/1997, uma vez que o procedimento de expropriação de bem se realiza sem que haja o controle do Poder Judiciário.

Pacificou-se o entendimento de que a propriedade do bem imóvel já foi alvo de transferência ao credor no momento inicial da contratação, com anuência do devedor, de modo que, configurado o inadimplemento, opera-se, em verdade, meramente a consolidação da propriedade com o primeiro, e não a sua transferência. Como consequência, os leilões para venda do bem não se destinam a transferir a propriedade do devedor a terceiro, visto que o bem já pertence ao credor. Ademais, observa a jurisprudência, há

sempre a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário a qualquer momento para evitar lesões a direitos e irregularidades, de modo que não haveria afronta à Constituição.

Constata-se, ainda, que muitos devedores fiduciários inadimplentes ajuízam ações anulatórias ou revisionais, questionando diversas cláusulas do contrato em que foram pactuadas a alienação fiduciária e o financiamento. O ajuizamento dessas ações em regra coincide com a inadimplência e com o início de adoção de procedimentos de execução da garantia – tais como distribuição de ação de busca e apreensão, procedimento de consolidação da propriedade e de realização de leilões extrajudiciais, entre outros. Alegam diversas irregularidades no contrato de financiamento, tais como abusividade de juros, irregularidade de taxas, defendendo a inexistência de mora, e solicitam, em muitos casos, a suspensão liminar dessas medidas.

Constata-se tendência da jurisprudência em indeferir pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, negando ordem de suspensão da busca e apreensão/leilões extrajudiciais, com base na Súmula 380 do STJ, que assim determina: “A simples propositura de ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do devedor”.

A redação do art. 330, § 2º e 3º, do NCPC<sup>22</sup> poderia ensejar interpretação de que o devedor que questiona regularidade do contrato está autorizado, por lei, a efetuar o pagamento do valor que entende incontroverso, no tempo e modo contratados. Dessa disposição poderia surgir argumento de que, se a lei o autoriza a efetuar o pagamento apenas do valor incontroverso, certamente não poderia imputar, a esta situação, o efeito da mora. Não parece, contudo, que a referida interpretação esteja correta, persistindo a aplicação, em sua íntegra, da Súmula 380 do STJ.

### 3. O contrato de alienação fiduciária em garantia e a recuperação judicial

O instituto da recuperação judicial tem em sua origem o prestígio do princípio da recuperação da empresa, forte na ideia de que na atualidade produz diversos benefícios sociais à coletividade, entre os quais a geração de empregos, a fabricação e fornecimento dos mais variados produtos ao consumidor, as vantagens para o meio ambiente e o recolhimento de tributos que propicia ao Poder Público a construção e a manutenção da educação, saúde e segurança.

Ao substituir a antiga concordata, que concedia prazo e não permitia o renascimento das empresas, a recuperação judicial, trazida pela Lei nº 11.101/2005, tem como missão precípua permitir que possam se reorganizar diante da crise e preservar a sua finalidade social e os seus benefícios diretos e indiretos à coletividade. A ideia central foi a de facultar que, juntamente com os seus credores, encontre a melhor solução para o pagamento das dívidas que se tornaram insolúveis em determinado momento de instabilidade financeira.

O princípio maior da Lei de Recuperação e Falências (LRF) é a recuperação da empresa e está claramente descrito no art. 47 da Lei nº 11.101/2005<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> “(...) §2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito. §3º Na hipótese do §2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.”

<sup>23</sup> “Art. 47: A recuperação judicial tem por viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica.”

Fábio Ulhoa Coelho ensina que a recuperação judicial objetiva o “*saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores*”<sup>24</sup>, e Sergio Campinho que

*a superação do estado de crise dependerá da soma de esforços entre credores e devedor, podendo ser reversível ou não, caso em que o caminho será a liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores seguindo um critério especial de preferências – a falência*<sup>25</sup>.

É nesse contexto de resguardo dos princípios instituídos pela LRF, particularmente o da preservação da sociedade empresária em dificuldade e o da participação dos credores no esforço concentrado destinado à sua recuperação, que se deve analisar as contradições aos Planos de Recuperação Judicial (PRJ) aprovados pela Assembleia Geral de Credores (AGC).

A finalidade é que a recomposição econômico-financeira da empresa, obtida de comum acordo com os credores, a torne viável novamente.

Claro que, para a eficácia dessa negociação e alcance do princípio maior de preservação da empresa, o ideal seria que todos os credores estivessem presentes para o equacionamento das dívidas, considerando-se o tempo, a forma e os meios a tanto necessários.

Contudo, a Lei nº 11.101/2005 excluiu da recuperação das empresas alguns credores em função da natureza do crédito e sua respectiva garantia.

E no que interessa a este trabalho, a lei afastou da recuperação judicial especialmente as instituições bancárias detentoras de créditos com garantia fiduciária, circunstância que gerou severas críticas feitas pela doutrina. Manoel Justino Bezerra Filho, comentando o art. 49, § 3º, anota que a lei, em vez de “Lei de Recuperação de Empresas”, ficou conhecida como “Lei de Recuperação do Crédito Bancário”<sup>26</sup>.

A análise que brevemente se fará no contexto deste estudo envolve o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, em particular o § 3º, por conter situação excepcional em que os créditos ali tratados não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

Em suma, o que estabelece o § 3º é que estarão excluídos da recuperação judicial os créditos dos proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

<sup>25</sup> Comentários, 2006, p. 119.

<sup>26</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. comentada artigo por artigo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 145.

<sup>27</sup> Art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005: “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 parágrafo quarto do artigo 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

### 3.1 A constituição do crédito fiduciário

A primeira questão que surgiu no debate foi a verificação da eficácia da constituição da propriedade fiduciária para efeito de sujeição ou não ao processo de recuperação judicial. Conforme visto acima, o art. 1.361 do *Código Civil* trata da constituição do crédito fiduciário e dispõe que se dá a partir do registro do contrato no Cartório do Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou na repartição de trânsito competente quando se tratar de veículo<sup>28</sup>. Em outras palavras, para que se constitua a propriedade fiduciária é imprescindível que o contrato esteja registrado no CRTD do domicílio do devedor, a partir do qual o crédito será excluído da recuperação judicial.

A matéria foi objeto de longos estudos no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), ainda ao tempo da existência exclusiva da Câmara Reservada de Recuperação e Falência, que foi assumida pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, resultando na edição da Súmula 60<sup>29</sup>, confirmando o entendimento expresso no art. 1.361 do *Código Civil*.

Certo que o contrato com a garantia fiduciária precisa estar registrado no CRTD para o crédito ser afastado dos efeitos da recuperação judicial, surgiu, na sequência, a seguinte indagação: o registro deveria ser prévio ao pedido de recuperação para excluir o crédito da recuperação judicial?

A importância da discussão estava no fato de que, em muitos casos, o registro do contrato havia sido feito quando a empresa devedora já ingressara com o pedido de recuperação judicial. A solução jurisprudencial foi na direção de que a exclusão da recuperação somente se daria quando o contrato já estivesse registrado no momento do pedido de recuperação, pela simples e boa razão de que o crédito fiduciário precisa estar constituído regularmente antes do pedido recuperacional<sup>30</sup>.

Em suma, apenas seria excluído o crédito fiduciário que já estava constituído quando do pedido de recuperação judicial.

A leitura que se faz na conjugação do art. 1.361 do *Código Civil* com o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 é relativamente simples: o crédito fiduciário precisa estar constituído antes do pedido de recuperação judicial, o que significa estar previamente registrado no CRTD do domicílio do devedor.

A exceção diz respeito aos casos em que a garantia fiduciária recai em bens imóveis, quando se considera constituído o crédito fiduciário com o registro prévio do contrato no Cartório do Registro de Imóveis (CRI) do local do imóvel dado em garantia. Vale a pena mencionar que a exceção se dá em virtude da interpretação conjunta dos artigos 1.361, § 1º, do CC/2002 e 23, *caput*, da Lei 9.514/1997, aplicando-se o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, em excludente da Súmula 60 deste Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Art. 1.361, §1º, do *Código Civil*: 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.

<sup>29</sup> Súmula 60 do TJSP: "A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor".

<sup>30</sup> AI nº 2213926-74.2016.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, em 16 dez. 2016, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; AI nº 131887-20.2016.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, em 25 nov. 2016, dentre muitos outros.

<sup>31</sup> AI 2105008-10.2015.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, em 12 ago. 2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

Por fim, é preciso anotar, a respeito da formalidade do registro no RTD para a constituição do crédito fiduciário, que o STJ, em outubro de 2015, em acórdão relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, conferiu tratamento diverso à Súmula 60 do TJSP, decidindo que o registro tem relevância para terceiros, mas não para os contratantes, e determinando que o crédito fosse excluído da recuperação judicial<sup>32</sup>.

A propósito do tema e da divergência e da interpretação diversa do Colendo Superior Tribunal de Justiça, transcreve-se respeitosa e oportuna consideração feita pelo Desembargador Fortes Barbosa:

*É preciso ter em conta, apesar de interpretações legais em sentido diverso e presente efetiva divergência interna e recente no E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1412529/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016), que, mesmo em se tratando de cessão fiduciária de créditos (bens incorpóreos e fungíveis), o artigo 66-B da Lei 4.728/65 conjuga-se com o artigo 49, §3º da Lei 11.101/05 e, em específico, com o §1º do artigo 1.361 do Código Civil vigente, exigindo o registro, como formalidade essencial à qualificação de um crédito como extraconsursal<sup>33</sup>.*

### 3.2 A cessão fiduciária de créditos

Consequência primeira da aceitação de que os créditos oriundos de cessão fiduciária se amoldam ao art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, e não se sujeitam aos efeitos da recuperação, é a de que devem obedecer ao disposto na parte final do dispositivo legal, ou seja, se forem essenciais à atividade empresarial, não podem ser retirados ou vendidos durante o prazo de seis meses de suspensão das ações ou execuções a que alude o art. 6º, § 4º, da LRJ<sup>34</sup>.

A regra de que o *stay period* (art. 6º, § 4º, da LRJ) é improrrogável foi amenizada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que, excepcionalmente, se a demora não for debitada à recuperanda para a realização da Assembleia Geral de Credores (AGC) e aprovação do Plano de Recuperação Judicial (PRJ), pode ser prorrogado por igual período de 180 dias<sup>35</sup>. A exceção, sem dúvida, visa fortalecer o princípio da preservação da empresa que é a fonte inspiradora do processo de recuperação judicial, permitindo-se que, em caráter excepcional e justificado, se faça prorrogável o que pela lei seria improrrogável<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> REsp nº 1.412.529. DJ: 15 out. 2015

<sup>33</sup> AI nº 2213926-74.2016.8.26.0000. Relator: Des. Fortes Barbosa. Julgado em 16 dez. 2016. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

<sup>34</sup> Art. 6º, § 4º: “Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

<sup>35</sup> AgRg no CC 111.614-DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ: 19 nov. 2010.

<sup>36</sup> Art. 6º, § 4º: “Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

Por isso, mesmo em se considerando que os 180 dias são para a reorganização da recuperanda, do que não se extrai ligação com a demora ou não para a AGC, tanto as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP quanto o STJ têm decidido que, se a demora não for imputável à recuperanda, o prazo pode ser prorrogado<sup>37</sup>. Nessa linha também é o Enunciado 42 da I Jornada de Direito Comercial<sup>38</sup>.

É preciso considerar, por oportuno, que a orientação jurisprudencial de prorrogabilidade não é direito que se dá à recuperanda por não ter dado causa à demora, mas mera e excepcional possibilidade a ser verificada pelo juiz ou pelo tribunal em cada caso concreto. Não há, portanto, direito automático à prorrogação, mas extraordinária faculdade em virtude das peculiaridades específicas e comprovadas de cada caso concreto<sup>39</sup>.

### 3.3 A competência do juízo da recuperação judicial

Embora somente haja juízo universal na falência, conforme previsão do art. 76 da Lei nº 11.101/2005, decisões do STJ criaram, na prática, um juízo universal para a recuperação<sup>40</sup>.

Na essência do entendimento do STJ está o princípio da preservação da empresa, que deve ser garantido pelo juízo da recuperação sempre que alguma oneração ou alienação puder conduzir à dificuldade do cumprimento do Plano de Recuperação Judicial aprovado. Por isso, com supremacia em relação ao juízo cível ou trabalhista em que corre a execução, mesmo que por crédito extraconcursal, os atos de expropriação ou oneração de bens da recuperanda são decididos no juízo da recuperação<sup>41</sup>.

Por elucidativo em si mesmo, é importante transcrever a recente decisão:

*De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa<sup>42</sup>.*

<sup>37</sup> Do STJ: "O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou". (AgRg no CC 111.614-DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ: 19 nov. 2010). Do TJSP: "Recuperação Judicial. Suspensão de ações e execuções, por 180 dias. Art. 6º §4º da LRF. Prorrogação deferida mantida. Prazo prorrogável em situações excepcionais, em que a demora na realização da assembleia de credores não pode ser imputada à recuperanda. Recurso desprovido" (AI nº 0150364-67.2012, São Paulo. Relator: Des. Teixeira Leite).

<sup>38</sup> O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 pode, excepcionalmente, ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor.

<sup>39</sup> AI nº 2165078-56.2016.8.26.0000, Rel. Desembargador Fábio Tabosa, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em 28 nov. 2016.

<sup>40</sup> Art. 76: "O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo".

<sup>41</sup> AgRg no CC 118714/MT. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 27 jun. 2012. Conflito de Competência no. 114.987 – SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

<sup>42</sup> STJ. AgRg no CC 136.040/GO. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Segunda Seção. Julgado em 13 maio 2015. DJe: 19 maio 2015.

Além de vários outros na mesma direção<sup>43</sup>, alguns até mencionando especificamente um juízo universal da recuperação judicial<sup>44</sup>.

O fato concreto e hoje sedimentado na jurisprudência do TJSP e do STJ é que o juízo da recuperação possui superioridade própria de juízo universal em relação a outros juízos em que se processem execuções que, por penhora ou qualquer oneração de bens da recuperanda, possam ir em direção contrária ao princípio social da preservação da empresa.

Uma reflexão para o futuro é necessária: quais os limites do princípio da preservação da empresa? É apto a legitimar a flexibilização de prazos expressos da Lei nº 11.101/2005? Não teriam os prazos previstos na lei já levado em conta o princípio da preservação da empresa, considerando-se-os razoáveis para a verificação da real capacidade de recuperação? A falta de condições de cumprir os prazos da lei não significaria a impossibilidade de recuperação? Não estarão fora do princípio da preservação da empresa as que não possuem condição de se recuperar se observadas as regras legais? Afinal, a recuperação judicial tem um custo social que, direta ou indiretamente, é pago pela sociedade em geral.

Certamente a jurisprudência considerará as indagações feitas ao longo do tempo e das incontáveis situações que hoje se apresentam em cenário de crise econômica, e evitará que deturpações do objetivo da recuperação judicial e do princípio da preservação da empresa transformem institutos tão importantes em apenas um bom negócio para o devedor com dificuldades financeiras que superam a sua capacidade de se reerguer.

### 3.4 A cessão de créditos e direitos fiduciários

Manoel de Queiroz Pereira Calças, em importante texto doutrinário<sup>45</sup>, indaga se a cessão fiduciária de créditos estaria encartada no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. Menciona o ilustre doutrinador a existência de duas correntes. Uma que os titulares de cessão de crédito fiduciário não se enquadram em “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, sujeitando-se à recuperação judicial porque, em se tratando de norma restritiva que exclui créditos, não poderia ter interpretação extensiva. Outra em sentido contrário, que considera ter o texto premiado genericamente os bens móveis, tanto fungíveis como infungíveis, obviamente incluiu os direitos pessoais de caráter patrimonial de que cogita o art. 83, III, do *Código Civil*.

Na linha de pensamento da segunda corrente posicionou-se majoritariamente a jurisprudência, em especial a do Tribunal de Justiça de São Paulo. A matéria consta da Súmula 59 e assenta que os direitos de crédito se classificam como bens móveis e podem ser objeto de cessão fiduciária<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> REsp 1298670/MS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado em 21 maio 2015. DJe: 26 jun. 2015; REsp n. 1548714. Relator: Min. Humberto Gomes Martins. Decisão monocrática em 14 set. 2015; AgRg no CC 129.622/ES. Relator: Min. Raul Araújo. Segunda Seção. Julgado em 24 set. 2014. DJe: 29 set. 2014.

<sup>44</sup> REsp 1.298.670-MS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 21 maio 2015. DJe: 26 jun. 2015.

<sup>45</sup> CALÇAS, Manoel De Queiroz Pereira; PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade. Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência. *Cadernos Jurídicos: Direito Empresarial (Escola Paulista da Magistratura)*, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 9-19, jan./mar. 2015.

<sup>46</sup> Súmula 59 do TJSP: “classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

O tema tem sido objeto de estudos doutrinários e decisões judiciais e se mostra sobremaneira importante no âmbito da recuperação judicial, em particular sobre a caracterização da sua natureza fiduciária e consequente exclusão dos créditos sujeitos à recuperação judicial.

A cessão fiduciária de direitos envolvendo bens móveis e títulos de crédito têm sido constantemente utilizada pelas empresas para obtenção de crédito teoricamente mais barato, por possuir garantia mais concreta ao recebimento. Não deixa de ser um eficaz meio de garantia de empréstimos. A questão que surgiu é se também se inserem no âmbito da recuperação judicial, ou se dela estariam excluídos por força do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Já ficou dito que a cessão de créditos fiduciários está regulada na Lei de Mercado de Capitais (LMC), a Lei nº 4728/1965, no seu art. 66-B, § 3º, em que se possibilitou a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito, atribuindo-se ao credor a posse direta e indireta do bem ou do título objeto da propriedade fiduciária, o que lhe dá o direito de, havendo mora ou inadimplemento, poder vender o bem independentemente de leilão e aplicar o preço obtido no pagamento<sup>47</sup>.

De um modo geral, o negócio fiduciário é aquele em que o devedor fiduciante transfere a propriedade ou titularidade de algum bem ou direito ao credor fiduciário. Consequência direta do negócio é que a propriedade ou titularidade fica restrita à duração do prazo estabelecido, retornando ao devedor fiduciante quando cumprida a obrigação. Melhim Namem Chalhub conceitua que é

*o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário<sup>48</sup>.*

A discussão, no que interessa ao objeto deste estudo, é a da sujeição ou não da cessão de créditos fiduciários à recuperação judicial.

Cada vez mais frequentemente, as operações bancárias com empresas passaram a ser feitas pelos bancos sempre com garantia fiduciária, o que, em princípio, afastaria a dívida da recuperação judicial por força do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Passados já mais de dez anos da LRJ, as instituições bancárias praticamente só fazem empréstimos a pessoas jurídicas se tiverem alguma espécie de garantia com alienação fiduciária. E a prática mais costumeira na atualidade é a que se convencionou chamar de cessão fiduciária de direitos creditórios, mediante contrato que deve ser escrito e registrado no CRTD, além de outras exigências formais indispensáveis.

<sup>47</sup> Art. 66-B, § 3º: “É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada”.

<sup>48</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A cessão fiduciária de direitos creditórios, ou de recebíveis, consiste, genericamente, no negócio jurídico por meio do qual, para a garantia de obrigação estabelecida em empréstimo, o cedente fiduciante cede ao cessionário fiduciário os direitos de crédito que possui em relação a terceiros, especialmente aqueles derivados do próprio faturamento de clientes da empresa. Como consequências diretas do negócio, o credor fiduciário passa a ser detentor da posse direta e indireta dos títulos representativos do crédito cedido pelo devedor fiduciante, tornando-se titular dos créditos pela consolidação da propriedade em caso de inadimplemento.

O credor fiduciário passa a ter no seu patrimônio o objeto da propriedade fiduciária. E, como se trata de contrato resolúvel, retornará ao patrimônio do cedente fiduciante em caso de adimplemento da obrigação garantida pelos créditos cedidos.

Já ficou antes esclarecido que os direitos de crédito se classificam como bens móveis e podem ser objeto de cessão fiduciária, consolidando-se na Súmula 59 no âmbito do TJSP. E, nesse contexto, como também já mencionado, insere-se na redação do art. 49, § 3º, da LRF.

O STJ tem decidido que possuem a mesma natureza de propriedade fiduciária tanto a alienação fiduciária de coisa fungível como a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, não se sujeitando, portanto, aos efeitos da recuperação judicial. A respeito disso, transcreve-se trecho do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no REsp nº 1.202.918, no sentido de que

*na essência, os contratos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária representam o mesmo negócio jurídico, não havendo justificativa para o tratamento diferenciado dos credores garantidos por cada uma das operações. Tanto na alienação fiduciária como na cessão fiduciária há a transferência em garantia da titularidade resolúvel de um bem. A variação de terminologia se deve ao fato de que, na alienação fiduciária, o bem objeto da transferência é corpóreo, ao passo que na cessão o bem é incorpóreo, ainda que materializado em documento ou em título de crédito<sup>49</sup>.*

Em resumo, não há dúvida na doutrina e na jurisprudência de que a cessão de direitos creditórios se insere na excludente do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

No entanto, a partir dessa premissa consolidada ainda existe controvérsia sobre a cessão de créditos futuros e a necessidade de substituição dos títulos de crédito originalmente cedidos em garantia. A doutrina e a jurisprudência não são uniformes acerca da cessão de direitos de créditos futuros, também chamados de créditos a performar.

Em decisão proferida recentemente<sup>50</sup>, Marcelo Barbosa Sacramone anota a posição contrária de Cláudia Patrícia Borges de Azevedo e Paulo Calheiros<sup>51</sup>, que, em resumo, sustenta não ser possível estabelecer garantia sobre o que é incerto, havendo muitas

<sup>49</sup> REsp 1.202.918/SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. DJ: 10 abr. 2013; e REsp 1.263.500/ES. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª Turma. DJ: 12 abr. 2013. REsp 1.202.918/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

<sup>50</sup> Sentença proferida no Processo Digital nº: 1012521-92.2016.8.26.0100, f. 2.763.

<sup>51</sup> CALHEIROS, Paulo. A relação entre as empresas em recuperação e a atividade bancária. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODOMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (org.). *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 116-117.

causas para que os títulos não sejam performados, como o não pagamento pelo credor do título cedido, divergências comerciais que inviabilizem a quitação, e outras. Menciona que a incerteza não é compatível com os limites legais estabelecidos para os contratos de alienação fiduciária, que devem ter todas as formalidades próprias para permitir a individualização dos títulos cedidos em garantia e seu respectivo registro no cartório competente.

Na mesma linha, também recentemente, em acórdão da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, o Desembargador Carlos Alberto Garbi proferiu voto acolhido pela turma julgadora em sentido contrário à exclusão da recuperação judicial dos créditos a performar, inexistentes na data da contratação, com fundamentação que passa pela irregular constituição do crédito fiduciário diante da não individualização perfeita do crédito cedido. No caso concreto, determinou-se a cessação da retenção de valores que se destinavam à quitação do contrato de cessão de direitos creditórios futuros<sup>52</sup>.

Na sentença anteriormente referida, Marcelo Barbosa Sacramone sustenta posição diversa e na direção da aplicação da excludente do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, quer aos créditos performados, quer aos a performar. E o faz baseado nas lições doutrinárias de Pontes de Miranda<sup>53</sup>, desde que especificado, e de Jorge Lobo<sup>54</sup>, para quem não há diferença entre um e outro no *Código Civil*. E sustenta o magistrado que a individualização deve permitir a identificação quando vier a existir, o que não significa que precise da individualização de cada título de crédito.

Nessa linha de interpretação, seria desnecessário discutir sobre a substituição dos títulos dados em garantia, porque bastaria afirmar que todos os créditos desta ou daquela cliente, em dinheiro ou por cartão de crédito, estariam na garantia do contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios.

Está consolidada hoje a jurisprudência do STJ de que os créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem ser excluídos da recuperação judicial.

Mas, terminando este trabalho, é imperioso anotar a ressalva de entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão quando, decidindo pela exclusão do crédito, esclarece que a

*sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da Recuperação. Isso porque se deve harmonizar a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial. Assim, os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da Recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores e o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o*

<sup>52</sup> AI nº 2029505-80.2015. 2ª CRDE. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. Julgado em 11 nov. 2015.

<sup>53</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 275.

<sup>54</sup> LOBO, Jorge. Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar. In: ABRAÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coord.). *10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87-88.

*levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não, no todo ou em parte, ao funcionamento da empresa. No caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário*<sup>55</sup>.

Isso significa, no fundo, que, também no tocante aos recebíveis futuros garantidos por cessão fiduciária constituída sobre faturamento ou valores mobiliários em geral, a última palavra ficará com o Juízo da Recuperação. Se entender que os valores destinados àqueles pagamentos são essenciais à recuperação judicial, estes ficarão depositados em conta vinculada e apenas serão liberados ao credor em caso de não reconhecimento de sua essencialidade.

### Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição: visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei 9.514/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 2014.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CALÇAS, Manoel De Queiroz Pereira; PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade. Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência. *Cadernos Jurídicos: Direito Empresarial (Escola Paulista da Magistratura)*, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 9-19, jan./mar. 2015.
- CALHEIROS, Paulo. A relação entre as empresas em recuperação e a atividade bancária. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODOMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (org.). *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa: à luz do Código Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial vol. 3: direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

<sup>55</sup> AgRg no REsp 1181533/MT n° 2010/0029185-8. 4ª Turma. DJe: 10 dez. 2013.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

GUIMARÃES NETO, Plínio Pinheiro; COUTO, Fábio Yanitchkis; CUNHA, Bernardo Araujo da Costa. Alienação fiduciária em garantia: evolução legislativa e os dilemas atuais. In: CANTIDIANO, Luiz Leonardo; MUNIZ, Igor (org.). *Temas de Direito Bancário e do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014. p. 471-519.

LOBO, Jorge. Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar. In: ABRAÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coord.). *10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, t. XXIII*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

NEGRATO, Gustavo Scudeker. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.