

Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar

Jorge Lobo*

Sumário

1. Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia. 2. A Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do STF. 3. Negócio Fiduciário. 4. Cessão Fiduciária em Garantia. 5. Natureza Jurídica da Recuperação Fiduciária. 6. Conclusões.

1. Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia

A) Condições Contratuais Básicas

O contrato de cessão fiduciária em garantia de títulos de crédito e dos direitos creditórios deles decorrentes, denominados, no mercado de capitais, “recebíveis”, e, para os fins dos arts. 82 e 83 do Código Civil e 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), “bens móveis”, assinado, por livre e espontânea vontade e mútuo consenso, pelo credor-fiduciário e o devedor-fiduciante, possui, invariavelmente, “cláusulas padrão”, que têm por escopo fixar as “condições básicas do negócio”¹, através das quais acordam, em caráter irrevogável e irretratável, por si e seus sucessores, que:

(a) em garantia do bom, fiel e cabal cumprimento de todas as obrigações assumidas no contrato, o devedor-fiduciante cede, fiduciariamente, ao credor-fiduciário, a propriedade e a posse direta e indireta dos recebíveis discriminados em documento anexo, os quais, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou gravames de qualquer natureza ou espécie, são entregues ao credor-fiduciário;

(b) o credor-fiduciário poderá, quando e se necessário, exercer, na qualidade de legítimo proprietário fiduciário dos recebíveis, os direitos especificados na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, com as alterações da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, e na Lei nº 9.514, de 20 novembro de 1997;

(c) ao credor-fiduciário será lícito conservar e recuperar, por meios judiciais e extrajudiciais, a posse direta dos recebíveis contra qualquer detentor, inclusive o próprio devedor-fiduciante; promover a interpelação dos devedores para que

* Procurador de Justiça aposentado.

¹ Usualmente designado “operação garantida”.

não paguem, ao devedor-fiduciante, enquanto durar a cessão fiduciária, o valor dos recebíveis; propor ações e execuções judiciais e medidas extrajudiciais para assegurar o pagamento dos recebíveis; se qualquer deles não for pago, levá-los a protesto e promover a cobrança judicial contra o devedor-fiduciante e quaisquer coobrigados pelo pagamento; transigir e dispor, pelo preço que entender, dos recebíveis e de quaisquer direitos deles decorrentes, transferindo-os por endosso, cessão ou como lhe convenha através do uso de mandato com poderes especiais e irrevogáveis para assinar os documentos necessários à efetivação da transferência; receber e dar quitação etc.

Em diversas outras cláusulas, as partes dispõem sobre:

- (a) a vinculação dos recebíveis à conta do devedor-fiduciante;
- (b) a responsabilidade do devedor-fiduciante pela existência e legitimidade dos direitos creditórios;
- (c) a obrigação do devedor-fiduciante de entregar novas duplicatas e/ou direitos creditórios e/ou cheques e/ou notas promissórias no valor necessário para manter a garantia boa, firme e valiosa, sempre que tenham sido os recebíveis já entregues declarados de valor insuficiente para quitar total ou parcialmente a dívida garantida;
- (d) a autorização, dada pelo devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, para que utilize quaisquer importâncias que venha a ter em seu poder na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento de qualquer de suas cláusulas ou condições;
- (e) o vencimento antecipado da “operação garantida” e imediata execução da garantia em caso de descumprimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer e/ou pagar, no todo ou em parte, a dívida garantida, ou se tiver título apontado ou protestado, ou vier a ser citado para responder a ação ou execução de título judicial ou extrajudicial, ou se requerer recuperação judicial, ou se tiver declarada a sua autofalência ou for pedida a sua quebra etc.

B) Características e Finalidades do Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia

Da leitura, ainda que perfunctória, do instrumento público ou particular de contrato de cessão fiduciária em garantia, conclui-se que o devedor-fiduciante, ao assiná-lo, transmite, ao credor-fiduciário, em caráter limitado e resolúvel, o domínio e posse dos recebíveis, que são contabilizados e permanecem vinculados à “conta devedor-fiduciante” e podem ser utilizados na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento, no todo ou em parte, de qualquer de suas cláusulas ou condições.

As características da “operação garantida” e a forma de amortização e/ou liquidação da dívida evidenciam que as partes celebram um negócio fiduciário, na modalidade de cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários², com a finalidade de propiciar, ao devedor, recursos financeiros a menores taxas e com mais rapidez e, ao credor, a certeza e a segurança de que, na qualidade de proprietário fiduciário, poderá, a qualquer momento, celeremente, sem depender de excussão judicial da garantia, cobrar e receber o que lhe é devido.

Registre-se, por fim, com ênfase, que o contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, celebrado pelas partes ao seu livre alvedrio, inspira-se nas ideias de probidade, lealdade, fidelidade e confiança recíproca e é presidido, quer em sua origem, quer durante a sua vigência, quer quando de sua execução, pelos princípios da livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, do consensualismo, da boa-fé subjetiva e objetiva, da força obrigatória das convenções, da intangibilidade e da função social do contrato.

C) As Questões Práticas

Apesar da clareza dessas cláusulas e condições contratuais, das ideias, que as inspiram, e dos princípios clássicos e modernos, que as informam, que se impõem ao professor, ao advogado e ao magistrado quando da interpretação da vontade contratual³, lavra, na jurisprudência e na doutrina, acirrada controvérsia a respeito do regime jurídico aplicável ao instituto da cessão fiduciária de títulos de crédito (duplicatas, notas promissórias, cheques emitidos por terceiros e outros títulos) e de direitos creditórios (direitos de crédito presentes (créditos performados) e futuros (créditos a performar), em garantia de empréstimos e financiamentos bancários em face da LRFE.

Em termos práticos, discute-se:

(a) se, embora deferido o processamento do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor-fiduciante, o crédito de recebíveis “não se submete aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerá o direito de propriedade” (do credor-fiduciário), conforme dispõe o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 09.02.2005⁴, podendo, em consequência, o credor-fiduciário aplicar as quantias que vier a receber –

² Operações comerciais, especialmente que têm por objeto a transmissão de imóveis, são garantidas pelo instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis.

³ Caio Mario, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 11ª ed., 2004, v. III, p. 53 - 55.

⁴ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.”

“§ 3º Tratando-se de credor titular de 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 irretroatividade, 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 prevalecendo 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.

produto da cobrança e/ou pagamento de recebíveis performados ou a performar – na amortização e/ou liquidação do saldo devedor de empréstimos e financiamentos contraídos pelo devedor-fiduciante da “operação garantida”, ou,

(b) se “o deferimento do processamento da recuperação judicial” “suspende”, por “180 (cento e oitenta) dias”, o direito de o credor cobrar e/ou receber os “direitos creditórios”, consoante estabelece o art. 6º, § 4º, da LRFE⁵, e se, na forma do art. 49, § 5º, da LRFE⁶, “o valor eventualmente recebido em pagamento das garantidas permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º, do art. 6º, desta Lei”.

2. A Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do STJ

A) Fundamentos da Aplicação do Art. 49, § 5º, da LRFE

Os acórdãos *favoráveis à sujeição dos créditos decorrentes de cessão fiduciária em garantia de recebíveis ao regime legal da recuperação da empresa* têm se baseado, em síntese, nos fundamentos seguintes:

(1º) as normas dos arts. 66-B, § 3º, da Lei nº 4728, de 1965⁷, e do 49, § 3º, da LRFE⁸ são excepcionais, por isso devem ser interpretadas restritivamente, sendo,

⁵ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 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.

⁶ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 5º - Tratando-se de crédito garantido por *penhor* sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídos 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.

⁷ 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.

§ 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.

⁸ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular de 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

por conseguinte, vedado ao exegeta equiparar a cessão fiduciária de recebíveis à alienação fiduciária em garantia de coisas fungíveis ou bens móveis;

(2º) caso o legislador quisesse equiparar a cessão fiduciária de créditos à propriedade fiduciária de bens móveis o teria feito de forma expressa, tal qual no art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4728, de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 2004;

(3º) os títulos de crédito não se enquadram na classificação jurídica dada aos bens móveis;

(4º) créditos garantidos por direitos creditórios submetem-se ao § 5º, do art. 49, da LRF, que trata de garantia fiduciária, e não ao § 3º, do mencionado artigo, que regula o crédito do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis;

(5º) eventuais pagamentos ao credor-fiduciário implicaria em violação do princípio da igualdade entre os credores e a inversão dos critérios de preferência eleitos pelo legislador e

(6º) a exclusão dos recebíveis da recuperação judicial atenta contra o princípio da preservação da empresa, que inspira o art. 47 da LRF⁹, e busca proteger a atividade empresarial.

B) Fundamentos da Aplicação do Art. 49, § 3º, da LRF

A Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm decidido, reiteradamente, embora, às vezes, por maioria de votos, que a cessão fiduciária em garantia, por possuir natureza jurídica de propriedade fiduciária, *não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial da empresa* nos termos do art. 49, § 3º, da LRF.

Eis os principais fundamentos em que se escudam os ministros com votos vencedores:

(1º) os arts. 49, § 3º, da LRF c/c. 82 e 83 do Código Civil (CC) deixam claro que os “bens móveis”, citados na LRF, são, para todos os efeitos legais, “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”, *ex vi* do art. 83 do CC, inclusive, os bens móveis incorpóreos, como os recebíveis;

(2º) o art. 49, § 3º, da LRF, ao mencionar o gênero – bens móveis – não haveria porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do CC, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” (CC, arts. 79 a 81);

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.

⁹ Art. 47 A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação das empresas, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

(3º) o fato de o art. 49, § 3º, da LRFE utilizar a palavra coisa (bens corpóreos) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos, tal qual os créditos, e,

(4º) o sistema jurídico brasileiro, até a edição da Lei nº 10.931, de 2004, só admitia a propriedade fiduciária para fins de garantia de bens móveis infungíveis (CC, art. 1361), situação que foi profundamente alterada pelo art. 66-B da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, para passar a abranger, *ex vi* do art. 49, § 3º, a “alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito”.

3. Negócio Fiduciário

Como assinala Judith H. Martins Costa,

na teoria do negócio fiduciário, tudo é discutível, sua admissibilidade e sua estrutura, as suas relações com os negócios indiretos, e os simulados, ou ainda a fraude, razão possuindo De Martini ao sublinhar a desordem conceitual que, nessa matéria, é imperante, em razão do que se poderia chamar de “poliedricidade da *fidúcia*”¹⁰, o que dificulta sobretudo a exegese do instituto e sua aplicação por juízes e tribunais.

A) As Origens do Negócio Fiduciário

(a) O Direito Romano como Fonte do Negócio Fiduciário

Para Paulo Restiffe Neto e Paulo Sergio Restiffe, a fidúcia surgiu no Digesto e na Lei das XII Tábuas¹¹ e consistia, doutrina Orlando Gomes, em um “pacto obrigacional

¹⁰ Os negócios fiduciários - Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito Brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 657, p. 38.

¹¹ Os dois aclamados autores ensinam: “Os estudiosos da fidúcia localizam suas origens em textos do Digesto e da Lei das XII Tábuas. Assim, RENÉ JACQUELIN (‘De la Fiducie’), C. ACCARIAS (‘Précis de Droit Romain’), CARLO LONGO (‘Corso di Diritto Romano’), além de outros. Além dos dois textos antes mencionados, que da fidúcia dão notícia vaga e imprecisa, numerosos outros dela nos falam: as ‘Institutas’, de GAIO; as ‘Sentenças’, de PAULO; a ‘Collatio’; os ‘Fragmentos do Vaticano’ e de uma ‘Constituição do Código Teodosiano’; a chamada ‘Fórmula Bética’ e as ‘Tábuas de Pompéia’” (Nestor José Foster. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1970, p. 11).

“Originariamente la ‘fiducia’ romana clásica no implicaba una venta o una transmisión de la propiedad en el sentido que hoy le damos. Fue un negocio jurídico basado en la ‘fides bona’ negocial. El ‘dominus’ confiaba al cesionario un ‘usus’ de la cosa, bien con fines de garantía, bien con propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos”. (Joaquín Arespachoga. *El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 17-18). “No direito romano encontramos a *fiducia cum amico*, que não tinha finalidade de garantia, sendo negócio jurídico pelo qual uma pessoa alienava os seus bens com a condição de lhe serem restituídos com o fim das circunstâncias aleatórias que o determinaram, como a guerra, a viagem, etc. Outro negócio era *fiducia cum creditore*. Nesta a venda se faz com a ressalva de recuperar o bem, uma vez efetivado o pagamento, dentro de certo tempo, ou sob dada condição” (Marco Aurélio da Silva Vianna. *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 520-521).

agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza”¹².

(b) O Direito Germânico como Inspiração do Negócio Fiduciário

Para alguns, o negócio fiduciário surgiu sob inspiração do direito germânico, constituído por uma avença ou acordo de duplo efeito: um, externo e visível, formado pela transmissão da propriedade de uma coisa; outro, interno ou oculto a terceiros, expresso no pacto de restituir o bem e dele não dispor¹³.

“A fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, tem a sua origem no direito romano, que a hauriu na Lei das XII Tábuas, vindo a ser encontrada em textos interpolados no Digesto.” (*Garantia Fiduciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 3ª ed., p. 21).

“Mesmo após o aparecimento dos institutos da hipoteca e do penhor, a fidúcia continuou em uso franco em Roma, especialmente a *fiducia cum creditore*, porque dava maiores garantias ao credor, já que este se tornava verdadeiro proprietário. Havia apenas a limitação do *pactum fiduciae*, pelo qual o fiduciário obrigava-se a restituir a coisa, no momento do resgate da dívida garantida, ao fiduciante. Tinha, portanto, a fidúcia, dois aspectos: o *real*, pelo qual o fiduciário se tornava autêntico proprietário, e o *obligacional*, pelo qual o fiduciário se comprometia a restituir a coisa, resolvido o contrato. Se se negasse a restituí-la, tinha o fiduciante (antigo proprietário) apenas direito à indenização, não lhe cabendo exigir a restituição da própria coisa, embora assim se ajustasse pelo *pactum fiduciae*. Ressalte-se que a transferência de propriedade, no negócio fiduciário romano, não implicava necessariamente na transmissão da posse. Esta poderia continuar com o devedor, ‘uma vez que nem a *mancipatio* nem a *in jure cession* exigiam a passagem da posse” (Nestor José Forster. Ob. cit., p. 11-12).

“No direito romano já se conhecia o negócio fiduciário sob as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum amico* era tão somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias”. (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, 19ª ed., 4º v., p. 543).

¹² Orlando Gomes. *Alienação Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 4ª ed., p. 43.

¹³ Conforme se lê em Joaquín Arespachaga: “*Su construcción en nuestros días es obra de los autores alemanes del siglo XIX que retomaron la figura del modelo que los pandectistas transmitieron a la civística moderna. Para éstos, la fiducia constituía un negocio jurídico de doble efecto: una fracción externa y visible (constituida por la venta transmisora de la propiedad de una cosa), y otra no desvelada a terceros (el pacto obligacional de devolver el bien, así como un compromiso de no disposición)*” (Ob. cit., p. 17-18).

“A segunda teoria, de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para fim determinado. (...) No esquema germânico, o poder do fiduciário é limitado no próprio negócio fiduciário, na conformidade de seu fim. Se configura a modalidade de alienação fiduciária em garantia, esta finalidade limita-se, de sorte que o devedor recobrará, automaticamente, a propriedade do bem alienado, e, se tornando novamente seu proprietário, pode reivindicá-lo de quem quer que o detenha”. (Orlando Gomes, *Alienação fiduciária cit.*, p. 43 e 51).

“A fidúcia do antigo direito germânico, conquanto tenha suas raízes na fidúcia de origem romana, como reconhece Mariano Navarro Martorell (*La propiedad fiduciaria*, 1950, p. 28), dela se diferencia, conforme demonstra Juan Jordano Barea (*El negocio fiduciario*, Bosch, 1959, p. 27), que, por sua vez, funda-se em Cariota-Ferrara e Ambrosini. É que ‘en la fiducia de tipo romano se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado (titularidad plena y definitiva); personalmente, sin embargo, se obliga a retransmitir al fiduciante o a otra persona por éste indicada el bien transmitido, una vez alcanzado el fin propuesto’, enquanto, diversamente, ‘en la fiducia de tipo germánico, por el contrario, el *treuhander* (fiduciario) adquire una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, provocando, *ipso jure*, el retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente” (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Ob. cit., p. 24).

“Na fidúcia de tipo germânico, a propriedade e o direito não se transferem plena e ilimitadamente ao fiduciário, mas sim condicionados resolutivamente e com eficácia real. Os poderes do fiduciário, desde o início, são rigorosamente limitados ao fim que as partes tiveram em vista. Correspondem, plenamente,

(c) O Negócio Fiduciário como Produto do Direito Moderno

A crise da Justiça, sobretudo nas megalópoles de todos os países desenvolvidos e em desenvolvimento, em que sobressai o acúmulo de ações e execuções judiciais de longuíssima duração e se propaga o fracasso na excussão dos direitos reais de garantia clássicos para satisfazer os direitos e interesses do credor pignoratício e do credor hipotecário diante do inadimplemento do devedor, e a contínua e crescente demanda por bens, serviços e recursos financeiros impuseram a recriação da garantia fiduciária ou negócio fiduciário¹⁴, calcado na confiança¹⁵ como razão decisiva da avença.

B) Conceito de Negócio Fiduciário

Luiz Edson Fachin ensina que:

O fiduciário é titular de um direito sob condição resolutiva; em face da transferência em garantia, é dono dos bens transferidos de modo restrito e resolúvel. A extinção desse direito de propriedade está prevista no próprio título constitutivo. É um negócio jurídico (por conseguinte, contrato fundado em relação obrigacional) que constitui um direito real de garantia condicional. A condição resolutiva, na hipótese, é adimplemento da obrigação assumida. Emerge daí sua característica essencial, que a define.¹⁶⁻¹⁷

aos seus interesses econômicos. Por isso, adquire o fiduciário tão somente um direito real limitado. Consequentemente, não terá ele o poder *de abuso*, e, assim, qualquer ato abusivo terá ele de disposição, não afetaria os direitos do fiduciante. Esta concepção fugiria, nestas condições, à *fidúcia* propriamente dita, mas, consoante a afirmação de MESSINA, levaria sobre a concepção romana a vantagem da plena correspondência entre a intenção das partes e os meios jurídicos por ela adotados.

Trata-se, assim, de um direito transmitido condicionalmente, e, por isso, o lado obrigacional do negócio dará ao fiduciante maiores garantias, possibilitando-lhe, mesmo, a recuperação da própria coisa fiduciada (Otto de Sousa Lima. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 140).

"A *fidúcia* acabou por ser proscrita no direito romano, em decorrência dos abusos que foram cometidos. Foi retomada no século XIX, por Regelsberg, que trouxe a lume o chamado negócio fiduciário do tipo germânico. Neste, ao contrário do negócio fiduciário romano, temos a transferência do domínio do devedor ao credor, como garantia da dívida, resolvendo-se o negócio pelo pagamento da dívida (Cf. Darcy Bessone, *Direitos reais*, p. 452)" (Marco Aurélio da Silva Viana. Ob. e v. cit., p. 520-521).

¹⁴ "O ressurgimento da *fidúcia* na atualidade, incorporada ao direito positivo como espécie nova de garantia, decorre da crise constatada na prática de utilização de outros tipos de direitos reais de garantia clássicos. Sobretudo a hipoteca, precisamente pela sua estrutura de direito real de garantia constituído *sobre bem alheio*, expõe, por isso (*bem alheio*), a sua maior fragilidade, exacerbada pela crise de entupimento da Justiça" (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Ob. cit., p. 22).

¹⁵ "Num acordo qualquer de vontades, entra, praticamente sempre, a confiança; faz parte do tecido da avença. Faltava a confiança, como razão do negócio jurídico, ou seja, contratar-se a correção pela correção; faltava o legislador consagrá-la num certo setor, eliminando em extensão correspondente o sucedâneo bastardo da simulação. É a garantia fiduciária" (Philomeno J. da Costa. "Bibliografia. Paulo Restiffe Neto/Garantia Fiduciária/1975/São Paulo/Editora Revista dos Tribunais/597 p." RDM 18/123).

¹⁶ *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15. p. 340.

¹⁷ *Generalmente se consideran actos o negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una nueva relación: la modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la trasmisión plena del dominio u outro derecho, efectuada*

Otto de Souza Lima, a seu turno, leciona: “Negócio fiduciário é aquele em que se transmite uma coisa ou direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar deles segundo aquele fim e, satisfeito neste, de devolvê-los ao transmitente”¹⁸.

C) Características do Negócio Fiduciário

Do conceito de negócio fiduciário, pode-se extrair suas características principais, a saber: (a) um elemento real, representado pela transferência voluntária da coisa ou do direito; (b) um elemento obrigacional, consistente na restituição da coisa ou do direito se verificada determinada condição resolutiva¹⁹.

D) Espécies de Negócio Fiduciário

São espécies de negócio fiduciário²⁰ no direito brasileiro²¹: (a) a alienação

con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían la trasmisión; y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella trasmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente, de restituir el derecho al trasmisente, o de transferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el trasmisente dispensa al adquirente. (Elias P. Guastavino. *Actos fiduciarios*, in: “*Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*”. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 365).

¹⁸ Ob. cit., p. 170.

¹⁹ “Da definição de LONGO, emergem os seguintes elementos constitutivos característicos do negócio fiduciário:

a) ato de transferência da coisa, ou ato de alienação voluntária, que representa o elemento real do negócio;

b) elemento obrigacional, consistente numa convenção pela qual o fiduciário (o que recebe a coisa) se compromete a devolver a coisa ou dela desfazer-se para dar-lhe uma destinação pré-estabelecida” (LONGO, Carlos. *Corso di Diritto Romano*, Milano, 1933, p. 42, *apud* FORSTER, Nestor José, ob. cit., p. 17).

“O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão de propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. (...)” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106).

²⁰ “A alienação fiduciária é efetivamente uma espécie do gênero *negócio fiduciário*, guardando os traços comuns deste. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno *ipso jure* do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. E o credor investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva”. (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, ob. cit., p. 313).

Em sentido contrário, José Carlos Moreira Alves, que disserta: “Em conclusão, verifica-se que a alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico que é, não se enquadra entre os negócios fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, também, dos negócios fiduciários do tipo germânico; e, ainda, que apresente semelhanças com o *trust receipt* e vários pontos de contato com o *chattel mortgage*, é instituto próprio do direito brasileiro, em cujo sistema – do qual, à primeira vista, parece aberrar – se ajusta dogmaticamente, já prestando amplo benefício como instrumento jurídico adequado segurança do crédito”. (*Da Alienação Fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 3ª ed., p. 46). Fábio Ulhoa Coelho, a seu turno, esclarece: “A alienação fiduciária em garantia, introduzida no direito brasileiro pela Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/1965, art. 66, com a redação dada pelo Dec.-Lei nº 911/1969), é espécie do gênero/negócio fiduciário” (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 137).

²¹ “Em absoluto rigor técnico, são espécies de negócio fiduciário a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária em garantia e o negócio fiduciário de administração” (Cfr. CHALHUB, Melhin N. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 63) e “são sub-espécies as discriminadas no

fiduciária em garantia de coisa fungível²²; (b) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito²³; (c) a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível²⁴; (d) a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel²⁵; (e) a cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais²⁶ e (f) a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis²⁷.

E) Semelhança entre a Alienação Fiduciária em Garantia e a Cessão Fiduciária em Garantia

Melhim Namen Chalhub assinala que:

A cessão fiduciária e a alienação fiduciária são institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação, o objeto do contrato é um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida²⁸, razão pela qual o tratamento legal da cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários deve seguir e orientar-se pelos princípios do negócio fiduciário em garantia de bens móveis e imóveis, aplicando-se-lhe as Leis n.ºs 4.728, de 1965, com a redação dada pela Lei n.º 10.931, de 2004; 4.864, de 1965, e 9.514, de 1997, além do Decreto-Lei n.º 911, de 1969.

F) O Negócio Fiduciário é um Instituto de Direito Econômico

Ensina Orlando Gomes que o Direito Econômico caracteriza-se por:

uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método ... Seu método distingue-se pela desenvoltura na busca das construções e técnicas adequadas às novas exigências, não recuando, sequer, na aceitação de monstros jurídicos, como o contrato forçado, a

texto: a alienação fiduciária tem por objeto coisas móveis, coisas fungíveis e imóveis e a cessão fiduciária de direitos de diferentes naturezas, inclusive a cessão fiduciária para fins societários” (Chalhub, *idem*, p. 64).

²² Art. 66-B, § 3º, da Lei n.º 4.728, de 1965, incluído pela Lei n.º 10.931, de 2004.

²³ Art. 66-B, § 3º, da Lei n.º 4.728, de 1965, incluído pela Lei n.º 10.931, de 2004.

²⁴ Art. 1.361 do Código Civil.

²⁵ Art. 17, IV, da Lei n.º 9514, de 1997, que visa facilitar o financiamento imobiliário.

²⁶ Art. 22 da Lei n.º 4864, de 1965, que se destina a estimular a construção civil.

²⁷ Art. 17, II, da Lei n.º 9514, de 1997.

²⁸ Ob. cit., p. 322-323.

sociedade de um só sócio ou a venda para garantir²⁹, ou, digo eu, adequando a lição ao caso concreto, “ao *negócio fiduciário*”, o qual, por isso, quanto ao método, é orientado por princípios de Direito Econômico, tal qual suas espécies, a alienação fiduciária em garantia e a *cessão fiduciária em garantia*.

4. Cessão Fiduciária em Garantia

A) A Cessão Fiduciária em Garantia no Direito Positivo

Logo após a promulgação da Lei nº 4728, de 1965, que incorporou, ao direito positivo brasileiro, o instituto da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, a Lei nº 4864, também de 1965, com a finalidade de estimular a construção civil, criou, no art. 22, a *cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais*³⁰, com o aplauso da doutrina pátria³¹, vindo a Lei nº 9514, de 1997, no art. 17, II, a instituir a *cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis* e, por fim, a Lei nº 10.931, de 2004, a dispor sobre a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (além de direitos creditórios, presentes e futuros, em se tratando de garantia constituída através de cédula de crédito bancário, nos termos do artigo 31 da referida Lei nº 10.931), todos institutos de Direito Econômico, que se distinguem pela clara finalidade de buscarem soluções técnicas, que atendam às exigências do mundo moderno, e de serem respostas prontas e eficazes “às novas, crescentes e instáveis exigências de uma sociedade em vertiginosa transformação”³², sem suprimir ou esmagar os direitos individuais do cidadão.

²⁹ Orlando Gomes, *Direito Econômico cit.*, p. 5, nº 4.

³⁰ Sobre a cessão fiduciária de créditos oriundos de financiamento habitacional, Melhin N. Chalhub escreve: “Na mesma linha conceitual sobre a qual está configurada a alienação fiduciária, a Lei 4.964, de 29 de novembro de 1965, instituiu uma garantia fiduciária tendo como objeto direitos creditórios decorrentes de alienação de imóveis, a que denominou *cessão fiduciária de crédito em garantia*.”

“A garantia criada por aquela lei tinha espectro limitado, restringindo-se apenas aos créditos oriundos de financiamento habitacional. O propósito da lei era estimular a expansão do crédito no setor habitacional e, nesse sentido, destinava-se aquela cessão fiduciária a servir como garantia dos financiamentos da produção de imóveis” (Ob. cit., p. 321-322).

³¹ “A experiência fiduciária feita pelo legislador foi, na verdade, francamente positiva. Com efeito, a 29 de novembro do mesmo ano de 1965, nos arts. 22 e 23 da Lei nº 4.864, conhecida como Lei de Estímulos à Construção Civil, (posteriormente modificada e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4, de 11 de fevereiro de 1969), está prevista a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. É uma forma de oferecimento de garantia, por parte de empresas financiadas, ao grupo ou caixa financiadora. Nesse tipo de cessão fiduciária, ‘o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as mesmas responsabilidades de depositário’ (art. 23)” (Nestor José Forster, ob. cit., p. 32-33).

³² Orlando Gomes, ob. cit., p. 2, nº 1.

B) Conceito de Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar

Cessão fiduciária em garantia é a transferência, limitada e resolúvel³³, que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva³⁴, de direitos creditórios³⁵ presentes (performados) e futuros (a performar) oriundos de títulos de crédito próprios e impróprios³⁶ ou de contratos³⁷, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor-fiduciário com a liquidação da dívida garantida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante³⁸ uma vez satisfeito o débito.

Melhin N. Chalhub, em seu excelente livro *Negócio Fiduciário*, ao tratar da definição da cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios imobiliários, diz:

Por esse contrato, o tomador de um financiamento transfere seus direitos de crédito à instituição financiadora, que os adquire, como cessionária fiduciária. Essa transferência de titularidade não se faz em caráter pleno e definitivo, mas, tendo escopo de garantia, tem caráter limitado quanto ao conteúdo dos direitos transmitidos ao titular e, também, caráter temporário – serve a cessão somente

³³ Por isso, afirmo que a cessão fiduciária em garantia hoje praticada no país inspirou-se no negócio fiduciário do tipo germânico, eis que a transmissão da titularidade dos recebíveis do devedor para o credor é consumada a título de simples garantia e sob condição resolutiva, resolvendo-se a avença com a liquidação da obrigação pecuniária contraída pelo devedor.

³⁴ “Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão de propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não, porém, para o fim de troca, mas para um fim de garantia” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106).

³⁵ A Resolução CMN nº 2907, de 29.11.2001, e a Instrução CVM nº 356, de 17.12.2001, com as alterações da Instrução CVM nº 393/03, classificam como direitos creditórios “os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, os contratos referidos no § 8º do art. 40, desta Instrução, bem como direitos e títulos representativos de créditos de natureza diversa assim reconhecidos pela CVM” (art. 2º, I, IN/CVM 356).

³⁶ São exemplos de títulos de crédito próprios a letra de câmbio e a nota promissória e de títulos de crédito impróprios o cheque (MARTINS, Fran, *Títulos de Crédito*. 12ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19).

³⁷ A cessão fiduciária em garantia é um negócio jurídico bilateral, oneroso, informal e acessório, porque depende do contrato que lhe deu origem.

“No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido.

³⁸ “No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido.

“Não se pode perder de vista que a *resolubilidade* é o principal elemento integrante da nossa fidúcia, ou seja, é a principal característica também da espécie de garantia constituída pela cessão fiduciária. Por isso, o implemento da condição resolutiva (pagamento) exaure a função da garantia e assegura, por si só, no esquema legal, a reversão da titularidade dos direitos cedidos ao patrimônio do devedor-cedente (fiduciante)” (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Ob. cit., p. 122-123).

para que o cessionário-fiduciário receba recursos para satisfazer seu crédito e perdura somente enquanto perdurar esse crédito³⁹.

C) Finalidade da Cessão Fiduciária em Garantia

É truísmo que o direito anda a reboque dos fatos, sobretudo em épocas de autênticas revoluções científicas, técnicas e tecnológicas, que fazem desaparecer antigas necessidades e anseios e surgir novas demandas por bens e serviços, que impõem o aparecimento de mecanismos e expedientes legais aptos a atendê-los, como ocorre em relação à cessão fiduciária em garantia, cuja finalidade precípua, quanto ao devedor-fiduciário, é propiciar-lhe crédito mais fácil, rápido e barato⁴⁰, e, quanto ao credor-fiduciante, assegurar a satisfação do crédito de forma mais eficaz e plena do que as garantias reais clássicas, como a hipoteca e o penhor.

5. Natureza Jurídica da Recuperação Judicial da Empresa

Os privatistas afirmam que a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Privado, devido à sua natureza contratual.

Os publicistas, que é um instituto de Direito Público, porque se materializa através de uma medida processual.

Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, “caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método”⁴¹.

A) Instituto de Direito Privado

Para os privatistas, a recuperação judicial da empresa é um contrato⁴², celebrado entre o devedor e os seus credores, razão pela qual ao juiz só cabe homologá-lo⁴³ e, se o contrato não se consumar, decretar a falência do devedor⁴⁴.

É o que sustenta Sergio Campinho:

Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com

³⁹ Ob. cit. p. 323.

⁴⁰ O mercado bancário vem, neste momento, praticando as seguintes taxas médias de juros para empréstimos e financiamentos: (a) com garantia pessoal através de aval ou fiança: 2,5% a.m. e 34,5% a.a.; (b) com garantia real de hipoteca ou penhor, 2% a.m. e 26,8% a.a. e (c) com garantia de recebíveis, 1,8% a.m. e 23,9% a.a.

⁴¹ GOMES, Orlando, *in*: O ensino do Direito Econômico, da obra “Direito Econômico”, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

⁴² Os doutos não esclarecem se bilateral ou plurilateral.

⁴³ *Cfr.* art. 58, da LRF.

⁴⁴ *Cfr.* art. 56, § 4º, da LRF.

feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação⁴⁵.

E, por igual, Lídia Valério Marzagão:

Assim, verifica-se que a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembleia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor⁴⁶.

A meu ver, *d.m.v.*, o instituto da recuperação judicial da empresa não é um contrato porque o contrato só obriga os credores que a ele aderiram, tácita ou expressamente⁴⁷, o que não ocorre na recuperação judicial, porque ela:

(1º) “suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor”, independentemente da vontade dos credores⁴⁸;

(2º) “obriga a todos os credores a ela sujeitos”, inclusive os credores ausentes, os que se abstiveram de votar e os dissidentes, vencidos na assembleia geral de credores⁴⁹;

(3º) nova os créditos anteriores ao ajuizamento da ação com sacrifício do direito dos credores, embora, eventualmente, sob protestos⁵⁰;

(4º) mesmo não havendo unanimidade na votação por classes, o juiz pode homologar o plano, impondo-o à classe dissidente, se preenchidos os requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, da LRFE etc.

B) Instituto de Direito Público

Para os publicistas, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Processual, pois a LRFE garante ao devedor, preenchidos os requisitos formais

⁴⁵ *Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

⁴⁶ *In: Rubens Approbato Machado (Coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93.

⁴⁷ A vontade da parte, manifestada por meio de declaração, expressa ou tácita, é um dos elementos constitutivos do negócio jurídico e pressuposto de sua validade, no que a doutrina, pátria e alienígena, cognominou de “princípio da autonomia da vontade”, o qual, somado ao “princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções” e ao “princípio da relatividade das convenções”, constitui o alicerce da teoria do negócio jurídico ou teoria contratual.

⁴⁸ Art. 6º, da LRFE.

⁴⁹ Art. 59, da LRFE.

⁵⁰ Art. 59, da LRFE.

do art. 51 e os requisitos materiais do art. 48, propor ação de recuperação judicial e afirmam, com ênfase, se a recuperação judicial se efetiva e se implementa através de uma ação processual de natureza constitutiva, ela é um instituto de Direito Público, na linha preconizada pela doutrina italiana sobre a “administração controlada”⁵¹, a “administração extraordinária”⁵² e a “liquidação coacta administrativa”⁵³.

A meu ver, a recuperação judicial da empresa não é um instituto de Direito Público porque: (1º) o credor não é citado para responder a uma demanda judicial, sob pena de revelia⁵⁴, embora possa formular objeção⁵⁵; (2º) o juiz não decide uma lide, *rectius*, um conflito de interesses, que são compostos, consensualmente, pelo devedor e seus credores no âmbito da assembléia geral de credores, sobretudo quando os credores apresentam modificações ao plano de recuperação⁵⁶; (3º) não há produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenação em honorários de sucumbência, etc.

C) Instituto de Direito Econômico

(a) Conceito de Recuperação Judicial da Empresa

Como escrevi alhures,

recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de (a) preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, (b) garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano e (c) assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de

⁵¹ *Secondo l'opinione prevalente, si tratta di una procedura giudiziale civile a carattere concorsuale, avente natura cautelare rispetto all'eventuale fall. successivo.* (Alberto Maffei Alberti. *Comentario breve alla legge fallimentare*. Milão, CEDAM, 2000, p.745).

⁵² *L'amministrazione straordinaria – si osserva- è procedura esecutiva concorsuale, sai pure specialissima, con una originale combinazione di atti giurisdizionali e amministrativi inseriti in un'unitaria struttura procedimentale (...)* Sostanzialmente conforme PAJARDI, 1005, che pone l'accento sulla natura comunque giurisdizionale del procedimento. Il QUATRARO, 11, pur riconoscendo l'indubbia funzione esecutiva, ritiene invece che l'amministrazione straordinaria sia una procedura amministrativa. (Piero Pajardi. *Codice del Fallimento*. Milão, Giuffrè Editore, 1997, 3ª ed., p. 1410-1411).

⁵³ *La l.c.a. costituisce l'espressione del potere di controllo dello Stato sull'attività di determinate categorie di imprenditori.*

Ha natura amministrativa e non giurisdizionale (...) Di diverso avviso è altra parte della dottrina secondo cui alla l.c.a. deve essere riconosciuta natura mista amministrativa e giurisdizionale (Alberto Maffei Alberti. *Ob. cit.*, p. 774).

⁵⁴ Art. 319, do CPC.

⁵⁵ Art. 55, da LRFE.

⁵⁶ Art. 56, § 3º, da LRFE.

um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiverem de participar das deliberações da assembleia geral⁵⁷.

(b) Aspectos da Recuperação Judicial da Empresa

A recuperação judicial da empresa pode ser examinada, estudada e debatida sob três diferentes prismas: como um ato complexo, uma ação constitutiva e um instituto de Direito Econômico.

(i) Recuperação Judicial da Empresa como Ato Complexo

Consoante já ressaltai, “a recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*”.

“A recuperação judicial é um ato coletivo processual, porque as vontades do devedor, manifestada na petição inicial, e de seus credores, declaradas expressa ou tacitamente, ‘marcham paralelas’, ‘se completam’ e se ‘fundem em uma só’, ‘formando uma e única vontade unitária’, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário (LRF, arts. 35, I; 42; 45; 47; 51, III; 55; 56; 58 e 59)”.

“A recuperação judicial é um favor legal, porque garante, ao devedor, atendidos determinados pressupostos e requisitos, formais e materiais, o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra com a finalidade de salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar os interesses dos credores (art. 47) e reabilitar-se (art. 63), benefício legal que produz efeitos desde o deferimento da petição inicial da ação de recuperação com a suspensão ‘de todas as ações e execuções’ pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, *caput* e § 4º)”.

“A recuperação judicial é uma obrigação *ex lege*, porque, concedida, pelo juiz, por sentença (art. 58), ‘implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias’ que possuam (art. 59, *caput*)”⁵⁸.

(ii) Recuperação Judicial da Empresa como Ação Constitutiva

A recuperação judicial da empresa é uma ação constitutiva porque cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a ela sujeitos, quer no plano do direito

⁵⁷ In: Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação e Falência da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104-105.

⁵⁸ Ob. cit., p. 105-106.

processual⁵⁹, quer no do direito material⁶⁰, podendo afirmar-se, como, aliás, se diz em França, ser um autêntico “procedimento de sacrifício”⁶¹.

(iii) Recuperação Judicial da Empresa como Instituto de Direito Econômico

Embora “ato complexo” e “ação constitutiva”, a recuperação judicial da empresa tem a natureza e as características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar.

Os estudiosos do Direito Econômico dividem-se em inúmeras escolas, entre as quais se destacam: (a) Escola Dogmática, integrativa publicista-privatista⁶²; (b) Escola Autonomista⁶³; (c) Escola de Direito Público Econômico⁶⁴; (d) Escola de Direito Econômico da Empresa ou de Direito Comercial Econômico⁶⁵; (e) Escola de Direito Administrativo da Economia⁶⁶; (f) Escola de Direito Internacional Econômico ou de Direito das Comunidades Econômicas⁶⁷; (g) Escola de Direito do Desenvolvimento⁶⁸;

⁵⁹ Arts. 6º e 59, §§ 1º e 2º, da LRFE, entre inúmeros outros.

⁶⁰ Art. 59, da LRFE.

⁶¹ *Les procédures collectives sont des procédures de sacrifice qui limitent les pouvoirs du débiteur et qui restreignent les droits des créanciers* (Yves Guyon. *Droit des affaires*. Paris: Economica, 1991, 3ªed., Tome 2, p. 113).

⁶² Albino de Souza. *Do Econômico nas Constituições Vigentes*. v. I, p. 97 e ss.; Enrico Allorio. *La certezza del Diritto dell'Economia*. Riv. Dir. Econ., 1956, p. 1.198 e ss.; Cesarino Júnior. *Direito Social Brasileiro*. Saraiva, 1970, 6ª ed., p. 19 e ss.; F. Ch. Jeantet. *Aspects du Droit Économique, in Dix Ans de Conférences d'Aggregation – Études de Droit Commercial offertes a Joseph Hamel*. Paris: Dalloz, 1961; Bruno Leoni. *L'Insegnamento del Diritto dell'Economia*. In: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 736 e ss.; Gerd Rink. *La Définition du Droit Économique dans le Système Juridique Allemand*, in: Riv. Dir. Econ., 1966, p. 751 e ss.

⁶³ Antonio Amorth. *L'insegnamento del diritto dell'economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 7312 e ss.; Elio Casetta. *Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1955, p. 339 e ss.; Bernard Chenot. *Droit Public Économique*. Inst. D'Études Politiques, 1957/58; Les sources de Droit, p. 7 e ss.; Danilo De'Cocci. *Il Diritto dell'Economia e la Figura del Dirigente Industriale nel Momento Presente*, in: Riv. Dir. Econ., 1964, p. 42 e ss.; Haemmerle, in Allorio. Ob. cit., p. 1198 e ss.; Klausung, in Hamel e Lagarde. *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, 1954, nº 6, p. 12 e ss.; J. Mazard. *Aspects du Droit Économique Français*, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1957, p. 21 e ss.

⁶⁴ Brethe de La Gressaye e Laborde-Lacoste. *L'Introduction Générale à l'étude du Droit*. Paris, 1947, p. 111 e ss.; J. Hemard. *La Notion de Droit Économique – Conf. no Centre Europeen Universitaire de Nancy – Cours 1962/1963*, p. 9 e ss.; Heymann, in: Hamel e Lagarde. Ob. cit., nº 6, p. 12 e ss.; M. Houin. *Le Droit Commercial et les Decrets*. 1953 – *Droit Social*, 1954, p. 267; M. Levasseur, in: Hemard, Ob. cit., p. 9 e ss.; Julio H. G. Olivera. *Derecho Económico – Conceptos y Problemas Fundamentales*. Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954; J. Van Houtte. *Les repercussions de l'economie dirige*. cit por Limpens em *Contribution à l'étude de la Notion de Droit Économique*, in: Riv. Dir. Econ., 1966, p. 735 e ss.

⁶⁵ Casanova. *Le Imprese Commerciali*. Torino, p. 28 e ss.; *L'introduzione Filosofica al Diritto Commerciale Positivo de Giuseppe Montanelli*, in: Riv. Dir. Econ., 1964, p. 115 e ss.; Claude Champaud. *Contribution à la définition du Droit Économique*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 141 e ss.; Ângelo de Mattia. *Diritto Penale dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 1016 e ss.; M. Louis Fredericq. *Traité de Droit Commercial Belge*. Gand, 1946, T. I, nº 2, p. 22; J. Limpens. *Contribution à l'étude de la Notion de Droit Économique- Centre Univ. de Droit Comparé – Bruxelles*; G. Lyon-Caen. *Contribution à la Recherche d'une Définition du Droit Commercial*, in: Riv. Trim. De Droit Commercial, 1949, Tomo II, p. 577 e ss.; Jean Von Ryn. *Autonomie Nécessaire et Permanence du Droit Commercial*. 1953, tomo IV, p. 565 e ss.

⁶⁶ CANSACCHI Giorgio. *L'Insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 731 e ss.; Huber, in: Casetta. *Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1955, p. 339 e ss.

⁶⁷ Cartou. *L'introduction à l'étude du Droit des Communautés Européenes*, in *Les Documents Communauté Européene* 40, decembre, 1966, p. 16 e ss.

⁶⁸ Roger Granger. *Pour un Droit du Developpement dans les pays sous-developpés*, in *Dix Ans de Conférences d'agregation – Études de Droit Commercial offertes a Hamel*, p. 47 e ss.

(h) Escola Teleológica ou de Direito Econômico aplicado⁶⁹⁻⁷⁰.

Filio-me à doutrina, liderada, no país, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado⁷¹, (b) possuir uma tríplice unidade: “de espírito, de objeto e de método”⁷², e (c) não orientar-se a regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade)⁷³, mas pela ideia de eficácia técnica⁷⁴ devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de “fato do príncipe”, “proibições legais” e “regras excepcionais”.

A recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico porque suas normas não visam precipuamente realizar a ideia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica⁷⁵ se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores, de que são exemplos marcantes, na Lei nº 11.101, de 2005⁷⁶: (a) a

⁶⁹ BERRI, Mario. *Riflessioni sul Diritto dell'Economia e l'Umana Personalità*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 155 e ss.; BETTI, Emilio. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1962, p. 149 e ss.; Renzo Bolaffi. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1962, p. 147 e ss.; CHIARELLI, Giuseppe. *Diritto Pubblico e Privato nel Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 254 e ss.; COMPARATO, Fábio K. *O Indispensável Direito Econômico*, in: Rev. dos Tribunais, v. 353/14 e ss., 1965; Enrico Finzi. *Prospective pratiche del Diritto dell'Economia*, in Riv. Dir. Econ., 1962, p. 144 e ss.; Giuseppe Grosso. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 720 e ss.; Hedemann, in: Casetta. Ob. cit., p. 339 e ss.; A. Jacquemin. *Pour une Nouvelle Approche du Droit Economique*, in Document de travail C.R. I.D.E. nº 1/1968, do Centre de Recherches interdisciplinaires Droit-Economie, da Universidade de Louvain; Marty e Raynaud. *Droit Civil*, Paris, 1957, T. I, p. 69; MINOLI, Eugenio. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 709 e ss.; Santoro-Passarelli. *L'Autonomia dei Privati nel Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1956, p. 1213 e ss.; M. Vasseur. *Le Droit de La Reforme des Structures Industrielles et de Economie Régionales*. Paris 1959, Cap. *Vers un Droit Économique*, 516 e ss.; Camilo Viterbo. *Ensayos de Derecho Comercial y Económico*. Buenos Aires, 1947, p. 127 e ss.

⁷⁰ Sobre cada uma dessas correntes de pensamento, leia-se o excelente *Direito Econômico*, do emérito Prof. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 171 - 283.

⁷¹ Diz o saudoso Orlando Gomes: “O Direito Econômico, compreendendo, como compreende, regras de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de Direito Público, nem de Direito Privado (ob. cit., p. 4, nº 4).

⁷² *Loc. cit.*

⁷³ Gustav Radbruch, ao tratar das “antinomias da ideia de direito”, ensina que “achamos a ideia de direito na de Justiça e surpreendemos a essência desta – a justiça distributiva – na de igualdade, isto é, no tratamento igual de coisas iguais e no tratamento desigual de coisas desiguais” (in: *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1979, 6ª ed. p. 159).

⁷⁴ “A regra de Direito não se ordena mais a uma ideia de justiça; passa a ser aferida pela *eficácia técnica*. Empolgado por esse pensamento, o legislador convenceu-se de que as leis devem ser, antes de mais nada, *um instrumento, uma técnica* a serviço do Estado no cumprimento da *programação econômica* nacional. (...)”

Essa nova orquestração da *política legislativa* repercute na *dogmática jurídica*, por isso que as *inovações normativas* tiveram de ser ajustadas à estrutura de institutos tradicionais, quer através de configuração diferente, quer mediante recondição. Em consequência, certos princípios esvaziaram-se, alguns instrumentos jurídicos mudaram de função, e fórmulas dúbias ou meras designações terminológicas surgiram, tudo a indicar a pronunciada crise dogmática jurídica” (Orlando Gomes, ob. cit., p. 17-18).

⁷⁵ Aqui a expressão “estado de crise econômica” é utilizada em sentido amplo, que abrange crise societária, administrativa, operacional, econômica, financeira etc.

⁷⁶ Nestes exemplos, sobressai a ideia de eficácia técnica em detrimento da ideia de justiça, pois, só para ficar na hipótese da letra a, embora possa ser considerada, pelo credor, injusta a suspensão das ações e

suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, *caput*); (b) a fiscalização dos negócios sociais do devedor pelo administrador judicial (art. 22, II, a), pelo comitê de credores (art. 27, I, a, da LRFE), pelo Ministério Público (art. 84, do CPC) e pelo juízo, que preside o processo; (c) a exclusão dos adiantamentos de contrato de câmbio – ACC, da alienação fiduciária em garantia e do *leasing* dos efeitos da LRFE (art. 49, §§ 3º e 4º); (d) o pagamento prioritário dos créditos trabalhistas (art. 54); (e) a novação das obrigações e dívidas do devedor, mesmo sem a anuência e até contra a vontade dos credores (art. 59); (f) a destituição dos administradores da empresa (art. 64); (g) as restrições aos poderes dos administradores da empresa (art. 66); (h) o privilégio dos créditos extraconcursais (art. 84) etc.

6. Conclusões

O art. 49, § 5º, da LRFE trata, literal e indubitavelmente, do direito real de garantia do “*penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários*” (parte inicial do citado § 5º) e não do *negócio fiduciário* tendo por objeto títulos de crédito e direitos creditórios, previsto no art. 49, § 3º, da LRFE.

Por ser o penhor um instituto que não possui o condão de transmitir o domínio do produto dos títulos de crédito e direitos creditórios para quitar a dívida garantida, as importâncias recebidas pelo credor pignoratício devem ser depositadas em conta vinculada conforme dispõe o § 4º, do art. 6º, da LRFE, sobrelevando notar, por oportuno, que, no penhor, o credor executa a dívida e se paga com a transformação do objeto do penhor em dinheiro; na cessão fiduciária, executa a garantia, para liquidar, total ou parcialmente, a dívida.

O art. 66, B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, instituiu um regime especial e privilegiado de cobrança e recebimento do crédito garantido por alienação fiduciária em garantia de coisa fungível e por cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de créditos, que independe de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, o mesmo tendo feito o art. 49, § 3º, da LRFE, ao utilizar a expressão “*proprietário fiduciário*”, qualidade que o credor adquire quer através do negócio fiduciário de alienação em garantia, quer do negócio fiduciário de cessão em garantia.

Destarte, ao excluir-se do processo de recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis, não se está estendendo a regra especial do citado art. 66-B, § 3º, mas aplicando-a em conjunto com a do mencionado art. 49, § 3º, eis que, *ex vi* do art. 83 do CC, na categoria de “*bens móveis e direitos pessoais*”, se incluem os títulos de crédito e direitos deles decorrentes, tanto os já vencidos (performados), quanto os vincendos (a performar), eis que o CC não os distingue.

execuções contra o devedor inadimplente, por vezes até mesmo inadimplente contumaz, ela é medida indispensável para o seu reerguimento e, portanto, ainda que apenas teoricamente (eis que, na prática, muitas vezes não se confirma), tecnicamente eficaz.

E mais:

(1º) a novel “recuperação judicial da empresa” e a cessão fiduciária de títulos de crédito e direitos creditórios devem ser examinadas segundo os cânones e princípios jurídicos de Direito Econômico, em que prevalece a ideia de eficácia técnica sobre a ideia de justiça;

(2º) como instituto de Direito Econômico, o negócio fiduciário ou a “venda para garantir”, em suas duas principais espécies – a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária em garantia – tem por escopo atender, com eficácia e rapidez, às novas exigências criadas por um mundo em avassaladora transformação⁷⁷, o que embasa a sua exclusão dos efeitos de recuperação judicial;

(3º) para tornar essa garantia plenamente eficaz e estimular a concessão de linhas de crédito e de empréstimos e financiamentos à indústria, ao comércio e às empresas de prestação de serviços com respaldo em cessão de direitos creditórios, a LRFE, sabiamente, exclui a “propriedade fiduciária de bens móveis”, vale dizer, *de recebíveis*, dos efeitos da ação de recuperação judicial.

(4º) por fim e em síntese: a LRFE, ao referir-se, no art. 49, § 3º, a “credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis”, abrange tanto o proprietário fiduciário, que adquiriu essa qualidade por força de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quanto o proprietário fiduciário que ostenta essa posição em decorrência de contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, ambos os institutos de Direito Econômico, que têm a finalidade precípua de servir de instrumentos, a serviço do Estado e dos particulares, do desenvolvimento econômico e social do país, daí serem regulados por princípios jurídicos próprios, que não seguem a ideia de justiça, mas de eficácia técnica, o que, repito, explica, justifica e fundamenta a sua exclusão do processo de recuperação judicial e de falência do devedor.

⁷⁷ A necessidade imperiosa de recursos financeiros, para manter as empresas industriais, comerciais e de serviços competitivos e rentáveis em um mundo globalizado, e a procura por meios e modos de segregar riscos, por parte de financiadores, multiplicaram as operações com lastro em receita futura, ordinariamente realizadas sob a forma de desconto de duplicatas. Essas novas operações, além da hoje corriqueira cessão fiduciária de recebíveis em garantia, são a securitização de recebíveis através da formação de SPE e do FIDC.