



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Efeitos da Recuperação Judicial Sobre os Contratos de Mútuo Bancário Garantidos Por  
Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios

Aneíza Vanessa Costa do Nascimento

Rio de Janeiro  
2010

ANEÍZA VANESSA COSTA DO NASCIMENTO

Os Efeitos da Recuperação Judicial Sobre os Contratos de Mútuo Bancário Garantidos Por  
Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2010

# OS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS

**Aneíza Vanessa Costa do Nascimento**

Graduada pela Faculdade Moraes Junior – Mackenzie Rio.

**Resumo:** O presente estudo visa a analisar os efeitos da recuperação judicial, que é instituto do Direito Empresarial, especificamente sobre os contratos de mútuo, celebrados entre as empresas recuperandas e as instituições financeiras, garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios futuros. Tal estudo implica a compreensão da controvérsia acerca do tema.

**Palavras-chaves:** Recuperação Judicial, Mútuo, Crédito, Cessão Fiduciária.

**Sumário:** Introdução. 1. O instituto da recuperação judicial. 2. Os créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial elencados no art. 49 da Lei 11.101/2005. 3. Natureza jurídica da garantia de direitos creditórios prestada nos contratos de mútuo bancário. 4. Controvérsias na jurisprudência. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado enfoca os efeitos do instituto da recuperação judicial sobre os contratos de mútuo bancário garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios. Observa-se no Poder Judiciário atualmente o aumento de lides que trazem a discussão acerca da aplicação das medidas protetivas às empresas em regime de recuperação judicial.

Por se tratar de instituto abordado em legislação relativamente nova, muitas matérias ainda são controvertidas, especialmente porque o tema ainda não foi enfrentado pelas Cortes Superiores.

Uma dessas questões diz respeito aos créditos que não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Sob essa perspectiva, o presente estudo tem por escopo analisar a incidência de tais efeitos especificamente sobre os contratos de empréstimos bancários garantidos por recebíveis futuros celebrados com as empresas recuperandas de maneira a expor as teses que defendem os interesses das instituições financeiras para que os créditos não fiquem suspensos durante o processo de recuperação e as que protegem a empresa e seu capital de giro, posicionando-se ao final.

Concentra-se este estudo na análise de tema atual, pouco abordado pela doutrina e controvertido nos tribunais do país, tratando-se de matéria sobre a qual não há uniformidade nos julgamentos das demandas. A falta de consenso a respeito do instituto e as inovações trazidas pela lei atual causam certa instabilidade social e insegurança nas relações jurídicas firmadas entre bancos e empresas e sociedades empresárias, relações estas que inequivocamente são primordiais para o cenário econômico do país.

O trabalho busca discutir a operação conhecida como “trava bancária”, que tem por garantia recebíveis futuros nas hipóteses em que empresas, após a celebração do contrato de empréstimo bancário, passam a se sujeitar às medidas da recuperação judicial.

Além disso, ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a natureza jurídica do crédito concedido pelos bancos nessa espécie de contrato celebrado com empresas recuperandas, denominado contrato garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios; as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da questão; os efeitos gerados à empresa recuperanda na hipótese de assegurar aos bancos as condições originalmente contratadas; e ainda, avaliar se os créditos cedidos pelas instituições financeiras, por meio de tais contratos

de mútuo, estão incluídos no rol do art. 49, §3º da Lei 11.101/2005 e, conseqüentemente, escapam aos efeitos da recuperação judicial.

## 1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é instituto de Direito Empresarial criado com a finalidade de viabilizar a superação do estado de crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária, permitindo a manutenção da fonte produtora que constitui riqueza para o país, produz bens, gera tributos, empregos e serve de estímulo à atividade econômica, evitando a decretação de falência com prejuízo aos credores.

É um mecanismo legal de recuperação e reversão da situação de crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária, conduzido pelo Poder Judiciário a pedido, em regra, do devedor empresário ou da própria pessoa jurídica, em se tratando de sociedade empresária.

O texto expresso do art. 47 da Lei 11.101/2005 dispõe que o instituto tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Segundo Sérgio Campinho<sup>1</sup> a recuperação judicial nada mais é do que um conjunto de providências de ordem-econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e

---

<sup>1</sup> CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 10.

jurídicas, por meio das quais possa a empresa reestruturar sua capacidade produtiva e garantir a retomada de sua rentabilidade autossustentável.

Por certo, o instituto da recuperação judicial não é aplicável a todos os casos do mundo concreto indistintamente, pois pressupõe a existência de empresa considerada viável, cujo estado de crise seja transitório e superável. Busca-se a preservação da unidade produtiva, desde que a reorganização dos negócios seja viável, por meio do equilíbrio na preservação dos direitos dos devedores e credores.

João Bosco Cascardo de Gouvêa<sup>2</sup> lembra que a Lei 11.101/2005 oferece além da recuperação judicial, outros dois remédios para o tratamento das empresas que se encontram em estado de crise econômica, conhecidos como a recuperação extrajudicial e a falência, de modo que apenas uma das modalidades será a escolhida e considerada apropriada para o caso concreto, a depender do grau de crise do devedor. No entendimento do autor mencionado:

A crise econômico-financeira de uma empresa, quando no seu primeiro momento, será provavelmente vencível com o emprego da recuperação extrajudicial, ou, até mesmo, de uma ou da combinação de outras modalidades de acordo de livre criação, autorizadas no art. 167; tratando-se de micro ou empresa de pequeno porte, até mesmo com a recuperação judicial de rito especial (arts. 70 a 72). Estando mais avançada, porém ainda superável, o remédio para vencê-la deverá ser o da recuperação judicial de rito ordinário. Por fim, quando considerada irreversível, a chamada crise *patrimonial*, somente caberá a falência para combatê-la.

A preocupação na superação do estado de crise por vezes atravessado por empresas decorre da importância que tais unidades econômicas representam não apenas para o seu titular, mas também para os seus empregados, fornecedores, investidores, para o Estado e para os demais agentes que atuam no cenário econômico.

A recuperação judicial atualmente é disciplinada pela Lei nº 11.101/2005, que revogou o Decreto-Lei 7.661/1945, diploma que regulava o antigo benefício de direito

---

<sup>2</sup> GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e falência: Lei nº 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.

falimentar denominado concordata, considerado esta uma espécie de favor legal sem natureza contratual.

O instituto está regulado especialmente no capítulo III da Lei 11.101/2005, que possui cinco seções dedicadas respectivamente às suas disposições gerais, ao pedido e processamento da recuperação judicial, ao plano de recuperação judicial, ao procedimento de recuperação judicial e ao plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte.

A referida lei tem como finalidade principal recompor a saúde financeira do empresário ou sociedade, resguardando a continuidade de suas atividades, como recomendam os princípios da preservação e da função social da empresa, dispostos no art. 170 da Constituição da República.

Com o advento da nova lei, a recuperação judicial passou a ser considerada um procedimento prévio à falência, uma regra no ordenamento jurídico pátrio, com legitimação conferida ao devedor empresário para requerer sua aplicação, consoante o disposto no art. 48 da Lei 11.101/2005, e não aos seus credores ou demais interessados.

Vale lembrar, desde logo, que o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária, no que couber, ao procedimento da recuperação judicial, por força do art. 189 da Lei 11.101/2005.

Assim, caracterizada a difícil conjuntura econômica e a viabilidade de retornar à normalidade, pode o empresário ou sociedade empresária requerer a instauração do processo de recuperação judicial, com o fim de apresentar plano por um dos meios dispostos no art. 50 da Lei.

A empresa sujeita ao regime da recuperação judicial terá sua atividade econômica submetida às regras estabelecidas na legislação em vigor e alguns de seus créditos ficarão sujeitos a pagamento na forma instituída pelo plano de recuperação.

Nesse contexto, o art. 49 da Lei 11.101/2005 destaca estarem sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes no momento do pedido, ainda que não vencidos, indicando aqueles que escapam aos seis efeitos como os créditos tributários, os titularizados por proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário de um contrato de venda com reserva de domínio, os quais prevalecerão sobre os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observando-se o direito garantido na legislação específica aplicável.

Por sua vez, os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ter substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas no curso da 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.

A legislação assegura aos credores do devedor em recuperação judicial a conservação dos direitos e privilégios detidos em face dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso e garante que as obrigações anteriores à recuperação judicial observem as condições contratas originalmente ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, exceto se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação.

A Lei 11.101/2005 prevê ainda os valores e obrigações não exigíveis do devedor na recuperação judicial ou na falência como as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação, com exceção das custas judiciais decorrentes do litígio com o devedor.

Dispõe também acerca da necessidade de comunicar ao juízo da recuperação judicial todas as ações que venham a ser propostas contra o devedor, para que se possa melhor

analisar o estado de crise da empresa e evitar a preterição de algum credor na ordem estabelecida pelo quadro geral de credores.

O intuito do legislador foi preservar o direito dos credores para garantir a continuidade da empresa explorada pelo devedor e proteger os bens e capital de giro considerados essenciais para a atividade empresarial desenvolvida.

Observadas as premissas básicas do instituto da recuperação judicial objeto do presente estudo e os efeitos gerados às empresas submetidas ao regime legal por ele estabelecido, passa-se ao exame das especificidades que orientam a controvérsia acerca da submissão ou não dos contratos de mútuo bancário garantidos por direitos creditórios.

## 2. OS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ELENCADOS NO ART. 49 DA LEI 11.101/2005

A recuperação judicial não é oponível a todos os credores indistintamente, alguns titulares de créditos detidos contra o devedor não são atingidos pela medida e nos termos da lei podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais.

O art. 49 da Lei 11.101/2005 traz os créditos sujeitos à recuperação judicial e dispõe sobre aqueles que escapam aos seus efeitos. O *caput* do artigo dispõe sobre a sujeição à recuperação judicial dos créditos existentes na data do pedido em juízo, de modo que os credores cujos créditos se constituírem posteriormente à distribuição do pedido de recuperação estarão excluídos dos efeitos do benefício. A regra assim disposta tem por interesse garantir o acesso do devedor ao crédito e viabilizar o objetivo maior que é a recuperação da empresa.

Nas palavras de Penalva Santos<sup>3</sup> o *caput* do art. 49 tem como fundamento o princípio segundo o qual a falência provoca o vencimento antecipado de todos os débitos do devedor, na forma do art. 77 da Lei 11.101/2005.

Embora a lei exclua alguns créditos dos efeitos da recuperação judicial, Manoel Justino Bezerra Filho<sup>4</sup> lembra que caso haja a anuência do credor seu crédito, por lei excluído, poderá ser incluído no plano de recuperação:

[...] É necessário ressaltar que a Lei, ao dizer que tais créditos não se submetem à recuperação judicial, mesmo assim não proibiu a inclusão deles no plano. Se houver – embora extremamente improvável – anuência do credor, estes valores podem ser incluídos na decisão que concede a recuperação na forma do art. 58, se houver concordância do credor.

João Bosco Cascardo de Gouvêa<sup>5</sup> acrescenta que a exclusão legal prevista no art. 49 faz sentido, pois do contrário ninguém daria crédito, ou mais crédito, a um devedor em situação de crise econômico-financeira para depois receber seus haveres no regime de recuperação judicial.

Também não se sujeita aos efeitos da recuperação a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação e os créditos do fiduciário de bens móveis e imóveis, do arrendador mercantil, do proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias e os créditos de proprietários em contrato de venda com reserva de domínio.

Além desses, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os créditos tributários, consoante o disposto no art. 57 e art. 6º, §7º, da Lei 11.101 de 2005.

---

<sup>3</sup> SANTOS, J. V. Penalva, *Recuperação Judicial de Empresas*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007. p. 102.

<sup>4</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências – Comentada*. 3 ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 2005, p. 137.

<sup>5</sup> GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e falência: Lei nº 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 139.

Fábio Ulhôa Coelho<sup>6</sup> lembra que os titulares de garantias reais ou posições financeiras e os bancos excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores, com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial.

Segundo José da Silva Pacheco<sup>7</sup>, durante o processo de recuperação as garantias liquidadas ou vencidas, em se tratando de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direito creditório, aplicações financeiras ou valores mobiliários, podem ser substituídas ou renovadas.

Além das hipóteses destacadas, há o debate acerca da sujeição ou não ao plano de recuperação judicial dos créditos decorrentes da cessão fiduciária de direitos creditórios futuros oferecida em garantia na obtenção de empréstimos bancários.

O cerne da questão está na operação de empréstimo conhecida comumente como “trava bancária”, que é utilizada de forma maciça pelas instituições financeiras.

Na operação, o banco empresta o dinheiro à empresa e esta, por sua vez, transfere ao banco titularidade dos créditos que detém como garantia do negócio celebrado, ou seja, o devedor cede fiduciariamente ao banco os direitos creditórios provenientes das transações comerciais realizadas com cartão de crédito, como garantia do mútuo contratado.

Em tais hipóteses, a titularidade dos direitos creditórios sobre os recebíveis futuros, derivados das receitas advindas dos cartões de crédito, não saem da esfera patrimonial do devedor, pois permanecem em caráter temporário como garantia da dívida, comprometendo as receitas apenas no limite do débito, sem esgotar a totalidade desses ganhos, que retornam ao credor originário com a quitação da obrigação assumida, tendo como garantia os direitos

---

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 148.

<sup>7</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 123.

creditórios que, na prática, ficam retidos pelo banco, em conta vinculada, a fim de quitar o empréstimo originador da operação.

Discute-se se a dívida contraída pela empresa por meio das operações descritas estão excluídas do plano de recuperação judicial ou se os bancos envolvidos devem receber os valores devidos de acordo com a ordem legal de pagamento prevista para todos os credores da empresa em recuperação judicial.

A controvérsia é recente e na doutrina poucos autores versam sobre o tema.

Fábio Ulhôa Coelho defende a tese de que a cessão fiduciária de direitos creditórios está abrangida pelo §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 e conseqüentemente está excluída dos efeitos da recuperação judicial do cedente.

Em suas palavras<sup>8</sup>:

Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuram levantar a “trava bancária” do art. 49, §3º, da LF, sob o argumento de que a cessão fiduciária de direitos creditórios não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis.

(...) Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente “coisa”. Enquanto “bens” abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, “coisa”, restringe-se aos bens corpóreos.

Autores como Melhim Namem Chalhub e Márcio Calil de Assumpção entendem que sendo os direitos de crédito bens móveis por determinação legal, os direitos cedidos fiduciariamente estão abrangidos pelo §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 e escapam aos efeitos da recuperação judicial.

Para maior entendimento, faz necessária a apresentação da lição dos juristas supracitados<sup>9</sup>:

---

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*, São Paulo: Saraiva, 2006. P. 150.

<sup>9</sup> CHALHUB, Melhim Namem & ASSUMPCÃO, Márcio Calil. *Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios: Aspectos da sua Natureza Jurídica e seu Tratamento no Concurso de Credores*. SEPARATA RTDC Revista Trimestral de Direito Civil. Nº 38, p. 81 a 110, abr/jun 2009.

De fato, na medida em que, por definição legal, a cessão fiduciária opera a transferência dos direitos creditórios ao patrimônio e à posse do credor fiduciário, não há como imaginar sejam eles alcançados pelos efeitos da recuperação judicial e da falência do devedor fiduciante porque foi demitido da titularidade, e é coerente com essa natureza jurídica que a Lei 11.101/2005 os exclui dos efeitos de sua insolvência.

Nesse contexto, o empresário ou sociedade empresária, atualmente submetido ao regime de recuperação judicial, tenta incluir o pagamento dos empréstimos bancários contratados, classificados como cessão fiduciária de direitos creditórios futuros, nos planos de recuperação, enquanto as instituições financeiras buscam ficar de fora do rol de credores com créditos suspensos nos processos de recuperação judicial.

Não há consenso sobre a inclusão ou exclusão das receitas futuras de cartão de crédito dadas em garantia no tratamento especial dispensado pelo legislador aos credores citados no §3º do art. 49 da Lei de Recuperação Judicial, embora haja projeto de lei apresentado pelo Instituto Nacional de Recuperação Empresarial – INRE ao Congresso Nacional<sup>10</sup> incluindo a alienação fiduciária nos créditos submetidos ao plano de recuperação judicial.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DA GARANTIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS PRESTADA NOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO

A função do instituto da alienação fiduciária em garantia é dar segurança jurídica à dívida contraída, de modo que liquidada a obrigação, o bem transferido volta à propriedade do

---

<sup>10</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Reforma Legal*. Disponível em <[http://www.inre.com.br/artigos.php?id\\_artigo=175](http://www.inre.com.br/artigos.php?id_artigo=175)>. Acesso em: 08 dez. 2010.

devedor fiduciante. O contrato de alienação fiduciária investe-se, portanto, de caráter acessório ao contrato principal.

O Código Civil em vigor regulamenta a propriedade fiduciária sobre coisa móvel, inserida no negócio ou alienação fiduciária, no art. 1.361<sup>11</sup> da seguinte forma:

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

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

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

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

Em comentários ao dispositivo legal referido Arnaldo Rizzardo<sup>12</sup> acrescenta que:

Tem-se, no contexto do negócio fiduciário, a propriedade resolúvel, porquanto a transferência visa, como razão de ser, garantir a concessão de um crédito, o qual, uma vez satisfeito, faz retornar a propriedade ao alienante-devedor. Daí a nota fundamental da resolubilidade. A expressão ‘propriedade resolúvel’ justifica-se porque fica desconstituída logo que desaparecer a obrigação que garantia, tornando para aquele que a transferiu. Há uma alienação fiduciária, isto é, feita em confiança, em que as partes seguem com fidelidade a condição de se resolver ou desconstituir uma vez satisfeita a dívida que originou a sua criação. Por isso a utilização do *nomen* ‘alienação fiduciária’, e também ‘alienação fiduciária em garantia’, porque estabelecida para garantir um crédito.

A respeito do tratamento conferido pelo Código Civil e pelas leis extravagantes ao instituto da propriedade fiduciária, vale destacar ainda o entendimento do Ministro Cezar Peluso<sup>13</sup>:

Pode-se afirmar a atual coexistência de triplo regime jurídico da propriedade fiduciária: o Código Civil disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n.10.931/2004, e o Decreto-lei n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei 9.514/97, também modificada pela Lei 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

<sup>12</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1313.

<sup>13</sup> PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Barueri-SP: Manole, 2008. p. 1364.

A alienação fiduciária sobre coisas imóveis está disciplinada pela Lei nº 9.514/1997, que trata do Sistema Financeiro Imobiliário.

Já a Lei nº 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa fungível cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito.

Com base na legislação mencionada, os contratos de mútuo bancário garantidos por alienação fiduciária de direitos creditórios futuros são celebrados. Em tais empréstimos, o devedor cede a coisa alienada em garantia, que no caso estudado são os direitos creditórios futuros, e o credor – instituição financeira – investe-se temporariamente no domínio destes créditos, sob condição resolutiva, de pagamento da dívida assim garantida.

A natureza jurídica dos direitos creditórios prestada nos contratos de mútuo bancário é de garantia da dívida, pois o banco, em confiança, adquire os direitos sobre os recebíveis futuros da empresa recuperanda, permanecendo com a posse de tais créditos, obrigando-se a “devolvê-los” tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordina a obrigação, no caso o adimplemento do empréstimo tomado, o pagamento da dívida assim garantida.

A cessão de direitos creditórios constitui o objeto da alienação fiduciária em garantia, é o contrato acessório do contrato principal de mútuo bancário, celebrado com a finalidade precípua de dar segurança à dívida.

Trazida a questão para o âmbito do Direito Empresarial, especialmente para o tema afeto à recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 não menciona expressamente a cessão fiduciária dentre os créditos excluídos do regime de recuperação, portanto, neste ponto repousa o debate sobre a inserção ou não dos detentores da garantia estudada no regime de recuperação.

O art. 49, §3º, da Lei 11.101 de 2005 elenca os titulares dos créditos que escapam aos efeitos da recuperação judicial ao dispor que em se tratando de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da jurisprudência extraída dos tribunais estaduais acerca da matéria, levando-se em conta que a interpretação do texto legal não foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

#### 4. CONTROVÉRSIAS NA JURISPRUDÊNCIA

A controvérsia jurisprudencial atualmente gira em torno da sujeição ou não dos créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios futuros aos efeitos da recuperação judicial.

A celeuma inicia-se a partir do momento em que a empresa devedora distribui o pedido de recuperação judicial, momento em que as empresas acabam tendo suas rendas comprometidas para o pagamento de dívidas bancárias com prioridade legal.

Por se tratar de tema instável, os advogados das empresas em recuperação judicial levantam novas teses a cada dia na tentativa de derrubar a “trava bancária”.

Algumas decisões consolidam o entendimento de que a garantia dos direitos creditórios da empresa recuperanda e sua consequente expropriação é legal e deve ser respeitada.

Por sua vez, encontram-se posicionamentos contrários no sentido de que os direitos creditórios cedidos a título de garantia pelas empresas devem aguardar o plano de recuperação judicial em conjunto com os demais credores.

Embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha se pronunciado sobre a matéria, os tribunais do país possuem inclinação por uma ou outra posição.

Pela análise detida da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denota-se que em ocasiões diversas o tribunal manifestou-se favoravelmente à tese das instituições financeiras.

Destaca-se o recente julgado<sup>14</sup>:

TUTELA ANTECIPADA - Requisitos - Acordo firmado entre as partes, no qual o agravante deu em penhor valores recebíveis nas vendas a cartão de crédito, além de trava bancária, em favor do banco - Banco que se utilizou da trava bancária - Hipótese em que o autor buscava antecipar os recebíveis junto às operadoras de cartão de crédito - Pedido de liberação da trava bancária - Ausência de verossimilhança da alegação, além de irreversibilidade da antecipação de tutela para liberação da trava - Recurso não provido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julgados recentes igualmente entendeu que os direitos creditórios garantidos por cessão fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

Assim, os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Paraná posicionam-se no sentido de que a alienação fiduciária está fora dos efeitos da recuperação judicial.

---

<sup>14</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de instrumento nº 990103152034. Rel: Des. Melo Colombi. Publicado em 20.10.2010.

Já os Tribunais do Espírito Santo e do Mato Grosso são favoráveis à indisponibilidade de valores advindos da “trava bancária”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo entende que a cessão fiduciária de direitos creditórios não está incluída na exceção prevista no art. 49, §3º, da Lei 11.101 de 2005, sob o fundamento de que não há menção expressa no artigo acerca dessa garantia prestada. A Primeira Câmara Cível<sup>15</sup> do TJES, no julgamento de agravo de instrumento, negou provimento ao recurso interposto por instituição financeira para incluir seu crédito no plano de recuperação judicial:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO - MÚTUO GARANTIDO POR TÍTULOS DE CRÉDITO - RECURSO DESPROVIDO.**

1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei 11.101/2005). 2. São duas as exceções previstas em lei. A primeira é a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005). A segunda é a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando o respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, leasing, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005). 3. No caso, segundo os elementos contidos nos autos e as afirmações do próprio agravante, o contrato firmado entre as partes foi de mútuo garantido por penhor de títulos de crédito. Portanto, sujeita-se aos efeitos da recuperação. 4. Com relação ao citado contrato, a Lei previu somente a possibilidade substituição ou renovação da garantia, não exonerando os credores dos efeitos da recuperação. 5. O decurso do prazo de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da Lei 11.101/2005, por si só, não autoriza o levantamento dos valores referentes aos títulos recebidos pelo credor, pois o contrário seria permitir a satisfação do crédito à revelia do plano de recuperação. 6. Recurso desprovido.

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso<sup>16</sup>, na análise da questão, reconheceu não estarem sujeitos à recuperação judicial os direitos creditórios objeto dos contratos de cessão fiduciária de direitos:

<sup>15</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Agravo de instrumento nº 030089000993. Relator Desembargador Fabio Cleim de Oliveira. Publicado em 03/11/2009.

<sup>16</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Agravo de instrumento nº 58963/2010. Relator Desembargador Orlando de Almeida Perri. Publicado em 19/10/2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA – RETENÇÃO, REPASSE E DEVOLUÇÃO DE VALORES ADVINDOS DE CESSÕES FIDUCIÁRIAS DE DIREITOS CREDITÓRIOS – INADMISSIBILIDADE – PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA – CRÉDITO NÃO SUJEITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECURSO PROVIDO. A antecipação da tutela não deve ser deferida, “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, nos termos do artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil. Os direitos créditos objeto de contrato “de cessão fiduciária de duplicatas e direitos” não se sujeitam à recuperação judicial, nos termos do artigo 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/2005

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro há dissenso mesmo entre desembargadores que compõem a mesma Câmara Cível, mostrando-se potencialmente divergentes as opiniões.

No julgamento do agravo de instrumento nº 0014987-27.2009.8.19.0000<sup>17</sup> o Desembargador Alexandre Câmara entendeu que o credor fiduciário é na verdade um credor pignoratício e, portanto, está sujeito efeitos da recuperação judicial.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, no julgamento do agravo de instrumento nº 0042820-20.2009.8.19.0000 pela Décima Sétima Câmara Cível o Relator Desembargador Elton Leme<sup>18</sup> no voto vencedor entendeu que o crédito da instituição financeira decorrente do contrato de recebíveis futuros tem natureza pignoratícia e está sujeita à recuperação, sob o argumento de que a titularidade dos direitos creditórios sobre as receitas derivadas de cartões de crédito não sai da esfera patrimonial da agravada, pois permanece temporariamente como garantia da dívida e compromete apenas receitas no limite do débito, sem esgotar a totalidade dessas receitas.

Por outro lado, no julgamento do mesmo recurso, a Desembargadora Maria Inês Gaspar, no voto vencido proferido, defendeu a possibilidade de o credor fiduciário satisfazer seus créditos com valores provenientes dos pagamentos realizados por terceiros, por cartão de crédito, nos termos do contrato celebrado. Ressaltou:

---

<sup>17</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de instrumento nº 0014987-27.2009.8.19.0000. Relator: Des. Alexandre Câmara. Publicado em 23/03/2009.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0042820-20.2009.8.19.0000. Relator: Des. Elton Leme. Publicado em 17/06/2010.

Ademais, vale acrescentar não haver se falar aqui em violação ao princípio da preservação da empresa, como pretende fazer crer a agravada, uma vez que cuida-se de opção legislativa no atendimento descon siderações de política fazendária, no intuito de resguardar os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc...), bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função do contrato de câmbio, ao excluí-los dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores, por meio de spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial, consoante inclusive se observa do pactuado a fls. 81/89, contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico, garantida a preservação da empresa, outrossim, também diante da existência do capital de giro, do qual depende e que, com a manutenção do contrato, continuará ela a dispor.

Por sua vez, o Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, que atuou como vogal no julgado, entendendo por excluir o crédito fiduciário dos efeitos da recuperação judicial, ressaltou que os créditos provenientes das faturas de cartão de crédito utilizados para a amortização do débito não possuem natureza pignoratícia, de garantia, mas sim de efetivo pagamento. Em suas palavras:

Da leitura da cláusula não se extrai em momento algum a intenção das partes em atribuírem aos recebíveis a função de garantia mediante cessão fiduciária. Antes, a cessão autoriza o Agravante a utilizar os créditos com o intuito de “amortização ou liquidação da presente operação de crédito”, oferecido “para cumprimento das obrigações”. Há sempre a intenção de atribuir ao crédito cedido a função de pagamento, jamais de garantia. Acrescente-se a necessidade de a garantia fiduciária estar descrita de forma clara e objetiva no contrato como orientam as regras de consumo, principalmente por sua natureza de restrição de direito, na medida em que o indisponibiliza, de modo que, também sob esse aspecto não é possível considerar que as partes pretenderam instituir cessão fiduciária como garantia no contrato por faltar a indispensável clareza de redação da cláusula em comento. Em tese, o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial, conforme disciplina o artigo 49, § 3º, da lei nº 11.101/05, mas no caso em exame os créditos da Agravada decorrentes de operações de cartão de crédito objeto do contrato celebrado entre as partes estão sujeitos à recuperação por não constituírem aquela espécie de garantia.

Já no julgamento do agravo de instrumento 0038549-65.2009.8.19.0000, pela Décima Sétima Câmara Cível a Relatora Desembargadora Luisa Bottrel<sup>19</sup> defendeu que a cessão fiduciária como espécie de propriedade fiduciária transfere ao credor fiduciário a propriedade do crédito e por tal razão não pode esse ser indisponibilizado e destinado ao pagamento de despesas ordinárias da empresa em regime de recuperação judicial.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento nº 0038549-65.2009.8.19.0000. Relator: Des. Luisa Bottrel. Publicado em 08.04.2010.

Percebe-se que a divergência nos posicionamentos dos tribunais do país está na interpretação do texto do art. 49, especialmente no §3º, que traz as hipóteses de exclusão de créditos dos efeitos da recuperação judicial.

O entendimento divide-se entre os que defendem que os créditos recebíveis cedidos fiduciariamente não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e os que entendem que devam prevalecer os direitos de propriedade conferidos sobre os direitos creditórios e as condições estabelecidas nos contratos de mútuo bancário garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios futuros.

Segundo pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas a pedido do Ministério da Justiça, há noventa processos em trâmite nos 27 tribunais do país sobre a questão, de modo que no total de julgamentos, os tribunais excluíram os bancos da recuperação judicial em 53 casos<sup>20</sup>.

Não obstante tais discussões, a Lei 11.101/2005 ao regular a recuperação judicial e estabelecer em seu artigo 49 que, excetuadas as hipóteses elencadas nos §§ 3º e 4º, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, aos quais serão asseguradas todas as condições originalmente contratadas ou definidas por lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial, o legislador o fez com o escopo principal de resguardar ao máximo a empresa recuperanda, já que sua finalidade precípua é recompor a saúde financeira do empresário ou sociedade, preservando a continuidade de suas atividades, como preconizam os princípios da preservação e da função social da empresa.

Diante de tais considerações, conclui-se que os créditos estudados inserem-se na hipótese prevista no § 3º, artigo 49, da Lei 11.101/200, sujeitos aos efeitos da recuperação

---

<sup>20</sup> BAETA, Zínia. *Trava bancária – Empresas não conseguem cancelar os contratos*. Disponível em <<http://robertolimacontroladoria.blogspot.com/2010/07/trava-bancaria-empresas-nao-conseguem.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

judicial, especialmente porque a Lei de Recuperação Judicial deve ser interpretada à luz do princípio da preservação da empresa disposto no art. 47 do mesmo diploma legal, preservando-se o capital de giro da sociedade a fim de garantir a continuidade da atividade econômica desenvolvida.

O direito creditório futuro da empresa sob o regime de recuperação judicial constitui seu capital de giro, seu faturamento, seu caixa, o resultado advindo de suas operações comerciais. Desse modo, ao tomar a garantia como forma de pagamento o banco compromete a atividade empresarial já em evidente estado de crise.

Permitir que a receita advinda do pagamento de operações mercantis consubstanciadas nas receitas de cartão de crédito esteja excluída do plano de recuperação judicial, sob o fundamento de que a cessão fiduciária promove a alteração da titularidade do direito de crédito futuro e que por não constituir momentaneamente patrimônio do devedor não compõe o ativo da massa, é comprometer o fluxo de caixa utilizando-se de estratégia jurídica para pagar dívidas bancárias de forma prioritária em prejuízo à recuperação pretendida.

Tal interpretação subverte o princípio maior instituído na Lei 11.101/2005 que é combater a crise econômico-financeira que se abate sobre o empresário ou sociedade empresária.

O posicionamento aqui adotado compatibiliza-se com o sistema da Lei de Recuperação Judicial instituído prioritariamente para viabilizar a superação da crise econômico-financeira das empresas que se encontrem em situação economicamente precária.

## CONCLUSÃO

O presente estudo foi elaborado com o escopo de apresentar o panorama atual do debate envolvendo os efeitos da recuperação judicial sobre a operação denominada como “trava bancária”, expondo opiniões de doutrinadores e o posicionamento adotado por alguns Tribunais de Justiça do país.

A discussão travada a respeito da exclusão ou não dos créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios futuros dos efeitos da recuperação da empresa é recente e polêmica. Tal controvérsia deve permanecer sob o enfoque das empresas, instituições financeiras, juristas, julgadores e profissionais da área jurídica, até que venha a ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Percebe-se que embora algumas decisões tenham afastado a prioridade das instituições financeiras sobre os direitos creditórios futuros objeto de cessão fiduciária nos contratos bancários, com fundamento no princípio da preservação da empresa, a análise jurisprudencial realizada revela que a maioria dos julgados nos tribunais nacionais inclina-se pela concessão do benefício às instituições financeiras e a consequente expropriação da garantia da cessão fiduciária prestada.

Diante do cenário inconstante apresentado, cumpre às empresas atentarem para a controvérsia existente a respeito da interpretação do §3º do art. 49 da Lei 11.101 de 2005 e buscar solucionar a questão antes de eventual distribuição do pedido de recuperação judicial em juízo por meio da composição das garantias ou renegociação com a instituição financeira de uma possível substituição da garantia prestada por outra. Por outro lado, cabe às instituições financeiras analisarem com maior atenção os pretensos tomadores de créditos, as garantias prestadas e os riscos daí advindos, bem como buscar formas de garantia

juridicamente adequadas e que expressamente escapem aos efeitos da recuperação judicial caso venha o devedor a obter o benefício.

Apresentada a questão, almeja-se uma posição definitiva das Cortes Superiores e a consequente pacificação da controvérsia em prol da observância do princípio da segurança das relações jurídicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Reforma Legal*. Disponível em <[http://www.inre.com.br/artigos.php?id\\_artigo=175](http://www.inre.com.br/artigos.php?id_artigo=175)>. Acesso em: 08 dez. 2010.

BAETA, Zínia. Trava bancária – Empresas não conseguem cancelar os contratos. Disponível em <<http://robertolimacontroladoria.blogspot.com/2010/07/trava-bancaria-empresas-nao-conseguem.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Agravo de instrumento nº 030089000993. Relator: Des. Fabio Cleim de Oliveira. Publicado em 03.11.2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Agravo de instrumento nº 58963/2010. Relator: Des. Orlando de Almeida Perri. Publicado em 19.10.2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de instrumento nº 0014987-27.2009.8.19.0000. Relator: Des. Alexandre Câmara. Publicado em 23.03.2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0042820-20.2009.8.19.0000. Relator: Des. Elton Leme. Publicado em 17.06.2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de instrumento nº 0038549-65.2009.8.19.0000. Relator: Des. Luisa Bottrel. Publicado em 08.04.2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de instrumento nº 990103152034. Relator: Des. Melo Colombi. Publicado em 20.10.2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências – Comentada*. 3 ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 2005.

CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem & ASSUMPÇÃO, Márcio Calil. *Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios: Aspectos da sua Natureza Jurídica e seu Tratamento no Concurso de Credores*. SEPARATA RTDC Revista Trimestral de Direito Civil. Nº 38, p. 81 a 110, abr/jun 2009.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e falência: lei nº 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Barueri-SP: Manole, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, J. V. Penalva. *Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007.