

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: EFICÁCIA E RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Pedro Ivo Ferreira Pereira (IC) e Bruno Boris Carlos Croce (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

A alienação fiduciária em garantia é uma modalidade de garantia real que recai sobre um bem específico, que garante uma obrigação. O presente trabalho procura entender o que ocorre no caso de um bem alienado em garantia compor capital essencial à atividade empresarial de uma determinada empresa que ingresse no regime de Recuperação Judicial. A Lei de Recuperação Judicial e Falência prevê que tais bens devam permanecer com a devedora apenas pelo prazo de 180 dias, conhecido por *stay period*. Contudo, uma análise sistêmica do dispositivo legal a partir de sua base principiológica permite a extensão desse prazo, a critério do juízo universal, como forma de atender ao interesse social priorizando-se o Princípio da Manutenção da Atividade Empresária. Esta interpretação da lei, por sua vez, acaba por provocar um ambiente de insegurança jurídica, uma vez que o credor, cercado por garantia bastante segura, vê seu direito posto em segundo plano frente aos interesses do Plano de Recuperação Judicial, que muitas vezes não chega a ser bem sucedido. Nesse cenário, constata-se a baixa eficácia da garantia analisada nos casos em que há o regime de Recuperação Judicial, o que chega a retirar o sentido de adoção da referida medida assecuratória, pois contraria a própria intenção do legislador quando de sua criação.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Recuperação Judicial. Eficácia.

ABSTRACT

Chattel Mortgage is a genre of guarantee put over a specific good, which ensure the supplement of a duty. The present study intends to understand what occurs in the case of a good which is essential to the conservation of the activities of the debtor company, and the debtor company is under Judicial Reorganization. The specific Act which regulates Judicial Reorganization says that those goods must stay with the debtor for a period of 180 days, known as stay period. However, a deeper reading of the act, according to its principles, allows the extension of the stay period, as the judge understands it is necessary to fulfill the social interest of the maintenance of the company's activities. In this case, the judge prioritizes the principle of maintenance of the activity over the right of the creditor. It may create an environment of legal uncertainty, as the creditor had surrounded themselves with a powerful guarantee, and it is put aside to the detriment of their rights, face of the plan of Judicial Reorganization. The Judicial Reorganization, many times, does not even achieve its targets, and many times it ends in bankruptcy. This scenario causes a lack of effectiveness

in what regards to Chattel Mortgage, and many times the choice for it loses its main purposes.

Keywords: Chattel Mortgage. Judicial Reorganization. Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

As sociedades empresárias estabelecem relações jurídicas, geradoras de direitos e obrigações, salvaguardadas por diferentes mecanismos de proteção ao credor. Tais mecanismos encontram o limite de seu alcance na legislação pátria e, de forma subsidiária, nos costumes – importante fonte do direito na seara empresarial –, a fim de que o exercício do direito não configure abuso.

Todavia, em que pese a existência de previsão legal quanto aos mecanismos de proteção, o Brasil atravessou, nos últimos anos, um período significativo de incertezas políticas e extrema polarização. Essa realidade contribuiu para o crescimento de um ambiente de menor segurança jurídica – construída ao longo do tempo, embora não se tenha anteriormente alcançado sua plenitude.

Nesse contexto de menor segurança jurídica no ambiente macropolítico, insere-se a questão das garantias creditícias no ramo Empresarial do Direito e sua eficácia. Uma dessas garantias é analisada por este trabalho: a Alienação Fiduciária em Garantia, prevista por nosso ordenamento.

O Instituto em tela consiste na manutenção da posse direta da coisa pelo devedor, concomitantemente à transferência de sua propriedade resolúvel ao credor, com o objetivo de servir como garantia ao adimplemento da obrigação - condição a partir da qual se resolve a propriedade, que retorna ao devedor.

Portanto, trata-se de uma garantia que aparenta grande eficácia, uma vez que, em caso de não adimplemento da obrigação, o credor já figura como proprietário do bem alienado em garantia. Na prática, a propriedade fiduciária permite garantir a preferência do credor proprietário fiduciário quanto ao adimplemento da obrigação, em relação aos demais credores possivelmente existentes.

Contudo, por não deter a posse direta sobre o bem, móvel ou imóvel, a satisfação do crédito pode esbarrar em dificuldades para além do trâmite regular. Essas dificuldades podem ser impostas a depender da situação financeira da empresa devedora, bem como da essencialidade do bem alienado em garantia. É o caso, por exemplo, da empresa devedora que se encontre em regime de Recuperação Judicial.

Aparenta razoabilidade, a depender das características da atividade desenvolvida e da realidade econômica enfrentada pela empresa, que os bens sobre os quais recaia a garantia configurem capital essencial à manutenção do negócio, fazendo com que o levantamento de tais bens entre em confronto com o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial – o qual deve nortear a interpretação de toda a Lei 11.101/2005, e se encontra de forma clara em seu artigo 47, que assim dispõe:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Diante dos apontamentos expostos, a eficácia da Alienação Fiduciária em Garantia – ou sua ausência – assim como a relação do Instituto com o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial, suscitam questionamentos relevantes, em virtude de que as respostas encontradas podem contribuir para um entendimento e aplicação do Direito em maior consonância com a justiça.

Nesse sentido, a pesquisa realizada busca identificar se é eficaz a proteção oferecida pelo instituto da Propriedade Fiduciária em garantia ofertada ao credor – o que estaria em concordância com a intenção do legislador quando de sua criação. E intenta também identificar de que forma o dispositivo se confronta com o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial, nos casos concretos em que os bens alienados em garantia constituem capital essencial à atividade desenvolvida pela empresa devedora, que aliena o bem em garantia.

Ao identificar as informações buscadas, esta pesquisa objetiva investigar a eficácia da proteção oferecida pelo Instituto ao credor de uma obrigação, determinando seu alcance e possíveis limitações, e ainda avaliar o atrito existente entre a eficácia da proteção jurídica oferecida pelo Instituto e o Princípio supracitado. Busca-se também, a partir dos resultados, levantar questionamentos que possam, futuramente, originar novas pesquisas, a fim de que o conhecimento sobre o tema possa ser aprofundado.

Por ser a seara empresarial um ramo do Direito Privado que trata das relações entre agentes do setor econômico-produtivo, muitas vezes trata questões dotadas de capacidade de provocar reflexos sociais. Isto significa que, se por um lado, o credor tem o direito de ver satisfeita a obrigação, o adimplemento, algumas vezes, pode significar o fim da atividade desenvolvida pela empresa devedora. Torna-se, portanto, imperativo qualificar os meios assecuratórios disponíveis a estas relações e suas consequências para ambas as partes da relação jurídica, para que se determine a justa medida do direito e o quanto a propriedade fiduciária proporciona ou não maior segurança jurídica às partes, ou seja, se atende às finalidades de sua criação.

Tais constatações poderão estimular ou não a adoção do referido sistema de proteção em contratos que venham a ser futuramente celebrados, e poderão ser observadas tanto por aqueles que figurarão na posição creditícia quanto por devedores. Poderão, ainda, propiciar o surgimento de sugestões para melhorias legislativas que tornem o sistema jurídico mais seguro.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

A Alienação Fiduciária em Garantia é uma das modalidades protetivas regulamentadas por lei e, portanto, adotadas no momento da elaboração de contratos. Trata-se do negócio jurídico pelo qual se transfere a propriedade fiduciária do bem alienado em garantia ao credor da obrigação.

O Instituto da Propriedade Fiduciária é regulamentado pelo Código Civil Brasileiro, do art. 1.361 ao 1.268-B (BRASIL, 2002). O que é trazido ao ordenamento por esses artigos aplica-se à propriedade fiduciária relativa a bens móveis, enquanto aquela relativa a bens imóveis é regida por lei especial. É aplicável o disposto no Código Civil aos bens imóveis, subsidiariamente, naquilo que não contrariar a lei específica.

Chalhub, a respeito do negócio jurídico que institui a garantia em questão, discorre:

No negócio fiduciário para garantia tem-se um contrato acessório, na medida em que o fiduciante transmite ao fiduciário um bem ou direito para garantia do cumprimento de uma obrigação, facultando-se a esse credor, em caso de mora do devedor, a satisfação do seu crédito mediante a utilização do bem ou direito, geralmente mediante venda em hasta pública. [...] a venda com escopo de garantia não é feita com o propósito de transmitir a propriedade de forma definitiva para o fiduciário, não se confundindo com a dação em pagamento, daí por que não poderá o débito ser considerado extinto mediante simples compensação com a coisa. [...] não pode o fiduciário ficar com a coisa como compensação, sendo certo que deverá vendê-la para pagar-se, restituindo ao fiduciante o que sobejar (CHALHUB, 2019).

A definição permite entender a limitação a que se trata a seguir, presente na Lei de Recuperação Judicial e Falência, ao exercício pleno do direito do credor: resta claro o caráter de garantia da propriedade fiduciária, não caracterizando propriedade no sentido estrito do conceito.

Muito embora o crédito do proprietário fiduciário - de acordo com o art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005), que rege a Recuperação Judicial e a Falência - não se submeta aos efeitos da Recuperação Judicial, o mesmo parágrafo apresenta um entrave ao exercício pleno do direito do credor: não se permite a venda ou a retirada dos bens de capital essenciais à atividade empresarial do estabelecimento do devedor, pelo prazo de 180 dias a que se refere a mesma lei, no §4º de seu art.6º, que disciplina a suspensão das execuções em face do devedor.

Este prazo, conhecido como *stay period*, impõe restrição ao exercício do direito do credor fiduciário, ao mesmo tempo em que, muitas vezes, é insuficiente para a estabilização das plenas condições financeiras do devedor fiduciário, em recuperação. Retirar os meios utilizados na produção ou prestação de serviço realizada pela devedora pode ser ato determinante ao encerramento da empresa.

Tal desfecho não é axiologicamente desejável, uma vez que trará consequências sociais diretas e indiretas, dentre as quais podem figurar como exemplo a demissão de funcionários (atingindo a esfera econômica real), bem como a impossibilidade do adimplemento de outras dívidas que a empresa porventura detenha. Apresenta-se, nesta realidade, a necessidade de encontrar o equilíbrio entre os interesses distintos que se colocam nos casos concretos.

Se, por um lado, o credor juridicamente mereça ver a satisfação do débito – inclusive por ter se cercado de mecanismos complexos de proteção –, por outro há o interesse do devedor e da sociedade, em dar continuidade à atividade, bem como há, ainda, o interesse de terceiros (possíveis credores de outras obrigações perante o devedor). O interesse da sociedade consiste em ver desempenhada a função social da empresa, a partir da manutenção da atividade empresarial.

Para que estes outros interesses sejam – ainda que de parcialmente – considerados, impõe-se a limitação – ainda que parcial – da eficácia da Alienação Fiduciária em Garantia. A favor desse entendimento, em decisão proferida em Agravo Interno no Conflito de Competência nº 149.561-MT, publicada no Diário da Justiça em 27 de fevereiro de 2018, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou que, em caso de bem essencial à manutenção da atividade empresarial, os créditos provenientes de alienação fiduciária em garantia podem ser incluídos no concurso geral de credores da Recuperação Judicial, sujeitando-se ao Plano de Recuperação Judicial, observadas as preferências legais e a critério do juízo universal, que cuida da Recuperação Judicial.

A decisão quanto à essencialidade do bem compete ao juízo universal, no entendimento da Corte Superior, por ser ele quem acompanha a Recuperação Judicial e o cumprimento do plano que visa o soerguimento da empresa. As decisões que interferem no plano de recuperação devem ser tomadas por ele, cabendo-lhe também definir os créditos como extraconcursais ou submetidos ao processo recuperacional.

Nesse sentido, a manutenção da posse do bem com a recuperanda, independentemente do prazo de 180 dias do *stay period* – ou mesmo quando de sua prorrogação – faz-se possível a partir da interpretação sistêmica da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Ou seja, observa-se o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial, que norteia a referida lei.

Essa limitação – que considera a propriedade fiduciária uma garantia em termos de preferência, mas não como propriedade capaz de trazer para si a posse do bem sem considerar outros aspectos da relação – ao mesmo tempo em que é apontada como solução ao conflito de interesses apresentado, suscita novos problemas: a segurança jurídica fica

comprometida, uma vez que se altera o que fora anteriormente acordado entre credor e devedor.

Isso não é juridicamente desejável já que, na Recuperação Judicial, credor e devedor são partes que, por presunção legal do Direito Empresarial, são consideradas em paridade de hipersuficiência – logo dotadas de maior autonomia da vontade, ainda que se esbarre nos limites legais, como fundamenta LIMA *et al.* (2016).

E não apenas o aspecto da segurança jurídica é comprometido, bem como também o é a satisfação da dívida para com o credor, pois a recuperação financeira do devedor não é evento de ocorrência certa. Uma possível incapacidade posterior de adimplir o contrato retiraria o que há de eficaz na propriedade fiduciária em garantia, caso o bem alienado venha a perder-se nesse ínterim – além de atingir a atividade econômica do credor, em maior ou menor grau.

O ordenamento jurídico dispõe de diversos institutos que objetivam proporcionar maior segurança aos contratos, ou seja, ao cumprimento das obrigações neles consubstanciadas. A propriedade fiduciária é um desses institutos – apresentando, inclusive, dentre os Institutos disponíveis, bastante complexidade – e determinar seus alcances e limites pode determinar sua eficácia como instrumento de proteção, o que justificaria sua existência – ou a constatação de possíveis abusos no exercício do direito por ela assegurado, o que violaria o princípio da manutenção da atividade empresarial, no caso de Recuperação Judicial.

A eficácia da propriedade fiduciária, bem como sua relação com o princípio da manutenção da atividade empresarial, foi objeto de estudo de diversos autores do Direito Empresarial. LIMA *et al.* (2016) problematizam enfaticamente a questão dos bens que representam o capital essencial à atividade da empresa devedora e que são objeto da alienação fiduciária em garantia, nos casos de empresas que se encontram em Recuperação Judicial.

Segundo os autores, a impossibilidade de prorrogar o prazo previsto no §4º do art. 6º da Lei 11.101/2005 pode configurar abuso do direito do credor – conduta prevista no art. 187 do Código Civil – e, desta forma, pode deter a aplicação sistêmica da Lei de Recuperação e Falência e de seu Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial.

Para equilibrar os interesses antagônicos existentes nessa relação credor-devedor, os autores sugerem que se recorra aos princípios básicos do direito, da boa-fé e da cooperação, não mencionados nos julgados por eles analisados, os quais se fundamentam exclusivamente na letra da lei. Nesse sentido, seria imperativo que a recuperanda provasse a essencialidade dos bens objeto de alienação ao soerguimento da empresa em questão,

não sendo manifesto o abuso do direito na simples retirada ou venda dos bens. O equilíbrio propiciado pela flexibilização do referido prazo deveria ocorrer, sempre, a fim de manter hígida a garantia, ao mesmo tempo em que a sociedade empresarial pudesse manter expectativas de reestruturar-se, o que é o objetivo mesmo do Estado quando de uma Recuperação Judicial.

Para alcançar objetivo exposto, LIMA *et al.* (2016) sugerem o princípio da proporcionalidade como solução. O magistrado deve equacionar, na Lei 11.101/2005, o art. 47 – que prevê os objetivos da recuperação judicial – com o art. 49 – que protege os interesses de diversas classes de credores – eliminando-se, dessa forma, os extremos. Sua conclusão é de que a continuidade da empresa é mais desejável que a liquidação, inclusive para a geração de lucros aos credores que concorrem para terem saldados seus créditos contra a recuperanda.

Trata-se, portanto, de uma abordagem possível e que preza pela aplicação do Princípio da Atividade Empresarial. Não é, contudo, a única possível quando se trata do tema da alienação fiduciária em garantia, ora estudada.

Coelho, por sua vez, ao comentar o art. 47 da supracitada lei, defende a premissa de que nem toda falência é um mal, abordando outro aspecto da Lei de Recuperação Judicial e Falência:

Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores (COELHO, 2011).

Como fica claro, sua posição é de que, se não há solução de mercado que se apresente à empresa, é provável que ela não comporte recuperação, e prolongar seu tempo de vida pode causar apenas mais transtornos ao ambiente de negócios. Trata-se de uma visão liberal, que prega uma solução de mercado para o caso em tela. Para o autor, somente alguns casos fogem a essa regra, sendo aplicável a eles a recuperação judicial – medida excepcional –, pois o Estado não deve substituir a iniciativa privada, apenas corrigir disfunções que porventura existam no sistema.

A posição adotada por COELHO (2011) aparenta adequação ao caso do mercado brasileiro, onde a maioria das empresas, ainda que grandes, apresentam estrutura administrativa quase “familiar”. Ou seja, muitas empresas chegam a um momento de crise econômico-financeira por administração aquém da ideal, menos profissional.

Nesse sentido, não há lógica em movimentar o aparelho judiciário para conceder o favor da Recuperação Judicial a uma empresa que se encontra em crise por conta de sua administração. Primeiramente porque tal medida onera e prejudica os credores de todas as

classes, fazendo-os aguardar pelo adimplemento da dívida, geralmente abrindo mão de parte dos direitos. E, em segundo lugar, pelo fato de que a manutenção do corpo administrativo dificilmente promoverá mudanças na forma de gerenciar as obrigações da empresa em questão.

A corrente ora analisada fortalece o entendimento de que o prazo de suspensão de 180 dias a que se refere a Lei 11.101/2005 não deve mesmo ser prorrogado, a fim de que se satisfaça o crédito do proprietário fiduciário como ajustado contratualmente, e de que a empresa sem condições de manter-se em operação não atrapalhe o bom funcionamento da economia nacional.

As considerações de COELHO (2011) apontam ainda uma falha importante existente na lei quanto ao indeferimento do pedido de Recuperação Judicial: ao indeferir o pedido, o magistrado deve decretar falência da empresa, de acordo com a previsão legal. Esta vinculação estimula, por parte do juízo, o deferimento de propostas de recuperação que se mostram pouco ou nada sólidas, postergando a inevitável liquidação da empresa insolúvel e, mais do que isso, diminuindo as chances dos credores de verem satisfeitos os seus créditos.

Sobre o art. 49 (BRASIL, 2005), o autor acredita que, ao deixar fora do Plano de Recuperação Judicial determinadas garantias reais, como a propriedade fiduciária em garantia, a lei contribui à retomada do desenvolvimento econômico. Isto se dá pelo fato de um direito real em garantia permitir aos agentes econômicos praticar juros menores, uma vez que há maior garantia de satisfação do crédito.

Nesse ponto, COELHO (2011) recorre a ALVES (1987) para diferenciar direitos reais de garantia e direitos reais em garantia, que permitem maior segurança e possibilitam a prática de juros mais baixos. A distinção, inspirada na doutrina alemã, classifica como de garantia aqueles cujos bens sobre os quais recaem são de propriedade do devedor. Os em garantia, por sua vez, são aqueles cuja titularidade do bem é transferida ao credor.

Esses últimos, dentre os quais se apresenta como exemplo a propriedade fiduciária em garantia, são os que possibilitam maior segurança jurídica – e justamente essa seria a intenção do legislador ao preservá-los dos efeitos do processo de recuperação judicial, que anularia suas vantagens.

Diante do exposto, COELHO (2011) defende que a inclusão no Plano de Recuperação Judicial de créditos não sujeitos a ela não produz efeitos pela mera inclusão unilateral por parte da empresa devedora. Para ele, pelo princípio da instrumentalidade das formas, descabe anular o ato, que apenas não produzirá efeitos face aos credores previstos no art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

BEZERRA FILHO (2014) concorda, mas ressalva a possibilidade de, caso haja anuência do credor, ocorrer a inclusão destes créditos no plano de recuperação, com base no art. 58 da mesma lei, pois não há expressa proibição a esta ocorrência e por tratar-se de direito disponível do credor da obrigação – embora seja pouco provável sua constatação no plano prático.

Ao elaborar sua análise do art. 47, BEZERRA FILHO (2014) atribui a legitimidade da tentativa de recuperação e soerguimento ao valor social da empresa em funcionamento, e elenca a ordem de prioridades existente nas finalidades da Recuperação Judicial, estabelecida no próprio artigo da lei. A manutenção da atividade empresarial (fonte produtora) encontra-se em primeiro lugar, à frente do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Segundo o autor, esta é uma orientação principiológica da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Esse entendimento se contrapõe à posição de COELHO (2011), favorável à solução de mercado em detrimento da Recuperação Judicial, vista como medida excepcional.

Ao debruçar-se sobre o art. 49 da Lei de Recuperação Judicial e Falência, BEZERRA FILHO (2014) atribui à exclusão dos determinados créditos do Plano de Recuperação a fama obtida pela Lei 11.101/2005 – de ser mais útil à recuperação do crédito bancário que à recuperação da empresa devedora, uma vez que os créditos elencados no artigo que prevê os créditos não sujeitos ao regime de Recuperação são os mais determinantes ao reestabelecimento da atividade empresarial. Nesse sentido, o autor vê como modestos os 180 dias de suspensão previstos no §4º do art. 6º, por serem insuficientes para superação de crise que tenha exigido o pedido de Recuperação Judicial.

Explanados os entendimentos doutrinários e teóricos a respeito do tema, pertinentes aos conceitos envolvidos na pesquisa (como alienação fiduciária, eficácia, princípio da manutenção da atividade empresarial), bem como de seus respectivos fundamentos legais, é necessário que se observe decisões práticas relacionadas ao tema. A análise dos julgados é um passo significativo da pesquisa, por significar sua aproximação ao direito em sua esfera social, ou seja, da vida concreta.

No Agravo de Instrumento 10024134082395001, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, buscou-se impedir o cumprimento do mandado de busca e apreensão de bens em Alienação Fiduciária em Garantia. Segundo a recuperanda, tratava-se de bens essenciais a manutenção da atividade empresarial – exatamente o foco do presente estudo.

Pois bem, em decisão publicada em 18/06/2014, o tribunal indeferiu o recurso provido pela empresa em Recuperação Judicial, agravante, mantendo os efeitos da

Alienação Fiduciária em Garantia, quais sejam, a efetivação da propriedade nas mãos do credor fiduciário. Apontou-se ainda para o fato de ser opção do credor, após vencido o prazo de 180 dias do *stay period* de suspensão das ações contra a recuperanda, submeter-se ou não ao plano de recuperação, segundo sua conveniência.

Como é possível depreender do exposto, a decisão em tela está em consonância com o entendimento feito da lei por COELHO (2011), impondo uma solução de mercado ao conflito em questão. Ao mesmo tempo, também é possível depreender certa razão nas críticas elaboradas por LIMA *et al.* (2016), no sentido de que as decisões, muitas vezes, observam apenas a letra fria da lei, aplicando o mandamento legal sem que seja feita uma análise sistêmica da lei e suas intenções.

Por outro lado, na Apelação Cível 10016499220168260431, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há um posicionamento divergente. Na recente decisão, publicada em 19/06/2019, há a determinação de que o bem em disputa deve permanecer com a empresa em Recuperação Judicial, devedora fiduciante, até que haja o pronunciamento do juízo universal em que corre o processo de Recuperação.

A manifestação do juízo universal deve, de acordo com a decisão, tratar tanto da essencialidade ou não do bem, assim como da possibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias previsto pela lei que regula o procedimento.

Ou seja, a decisão ora analisada vai de encontro ao que determinou o Superior Tribunal de Justiça no Agravo Interno no Conflito de Competência nº 149.561-MT. Fica a cargo do juízo universal, que melhor conhece o processo de Recuperação bem como o Plano proposto e sua viabilidade, determinar a essencialidade ou não dos bens objeto da Alienação Fiduciária em Garantia. Mais do que isso, resta ao juízo de primeiro grau determinar o prazo em que o bem deverá permanecer com a empresa que busca soerguer-se.

A referida decisão vai contra a leitura da lei feita por COELHO (2011), na qual predomina uma leitura liberal, de mercado, da Lei 11.101/2005. No caso em tela, analisado pelo TJ-SP no corrente ano, prevalece a leitura sistêmica do dispositivo legal, atribuindo-lhe maior flexibilidade do que aquela expressamente prevista – interpretação defendida por LIMA *et al.* (2016).

Em outra decisão, publicada em 07/03/2018, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1723019-MT, também prevalece a leitura sistêmica do dispositivo legal, na medida defendida por LIMA *et al.* (2016) e contrariamente ao entendimento de COELHO (2011).

A decisão em análise fala expressamente em mitigação do prazo de 180 de *stay period*, e faz referência à decisão analisada no início deste trabalho, prolatada pela 2ª Seção do mesmo tribunal que aqui se manifestou – Agravo Interno no Conflito de Competência nº 149.561-MT. Há manifestação no sentido de que a decisão de primeiro grau que determinou a manutenção da posse do bem com a devedora é harmônica com o entendimento do Tribunal.

Esta, assim como as demais decisões que mitigam o que é previsto na Lei 11.101/2005, reconhece que o credor titular da posição de proprietário fiduciário não se sujeita aos efeitos da Recuperação Judicial. Porém, oferece interpretação do artigo 49, §3º, e artigo 6º, §4º, mais favorável à recuperanda.

Como mais um exemplo do entendimento que se firma a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça, apresenta-se mais uma decisão. Nesta, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento 10431160006976016, em decisão publicada em 04/12/2018, corrobora a mitigação do que a Lei de Recuperação Judicial e Falência, expressamente, determina.

Mais uma vez, há a referência ao juízo de primeiro grau, no sentido de que cabe a ele garantir a proteção a bens e a capital da sociedade empresária que sejam imprescindíveis de modo a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Entendimento esse exatamente igual ao proposto por LIMA et al. (2016) em seu trabalho, no qual se estabelece uma visão crítica quanto à aplicação da lei sem que sejam observados seus fundamentos principiológicos, de onde emana seu real espírito.

Por fim, e para reforçar o entendimento de flexibilização do prazo de *stay period*, bem como dos efeitos da Alienação Fiduciária em Garantia, apresenta-se o Agravo de Instrumento 05681356620188090000, perante o Tribunal de Justiça de Goiás. Trata-se de questão relativa a dois contratos firmados com cláusula de Alienação Fiduciária, garantidos por dois caminhões e dois semirreboques.

Os bens são comprovadamente essenciais à manutenção da atividade da sociedade empresarial, e por isso é apontado como corolário do Princípio da Função Social da Empresa o Princípio da Preservação da Empresa, “cuja máxima pauta-se na necessidade de perpetuação, continuidade da empresa – como atividade – por ser decorrência dessa a geração de lucros, empregos e tributação”.

Ou seja, o Relator Olavo Junqueira de Andrade refere-se expressamente ao Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial como forma de motivar sua decisão, que

é no sentido de manter em posse da recuperanda os bens essenciais à continuidade de suas atividades.

Frente a todas as considerações levantadas até aqui pelo presente estudo, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, é possível estabelecer alguns pontos quanto à relação entre o Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia, sua eficácia e o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial, tema ora delimitado e sobre o qual se deve dedicar maior atenção.

A Alienação Fiduciária em Garantia é um Instituto complexo, bastante elaborado, e não sem motivo: busca-se proporcionar uma modalidade de garantia mais segura ao credor da obrigação. Na prática, a garantia em questão possibilita ao credor estabelecer para si uma preferência no recebimento do crédito, em detrimento dos credores das demais classes previstas.

Contudo, antes de ser propriedade, é uma garantia, negócio jurídico acessório, não principal. E frente a essa constatação, as decisões jurisprudenciais no âmbito das Recuperações Judiciais têm sido no sentido de tratar o Instituto como uma garantia com a mesma força das demais, sem que se proporcione a preferência e extraconcursalidade inicialmente por ele planejadas. E isso se dá na tentativa de preservar o espírito da Lei de Recuperação Judicial e Falência, levando-se em consideração as expectativas e necessidades não apenas da sociedade empresária que conta com o benefício da Recuperação Judicial, mas de toda a sociedade – trabalhadores, entorno e demais credores.

Esta constatação pode parecer, à primeira vista, positiva. Deve-se, porém, analisar ambos os lados da controvérsia: ao mesmo tempo em que se busca priorizar a função social da empresa através da manutenção de sua atividade, sacrifica-se a segurança jurídica e a própria eficácia da Alienação Fiduciária em Garantia.

Faz-se necessário lembrar que em um cenário como esse, no qual a modalidade de garantia escolhida perde aquilo que a destaca das demais modalidades ofertadas pelo ordenamento jurídico, perde o sentido sua mera existência.

Uma das intenções primordiais do legislador, ao regulamentar o Instituto ora debatido, fora proporcionar um ambiente de maior segurança jurídica, no qual é possível mesmo a prática de juros menos elevados – pela própria qualidade da garantia eleita ao contrato. Ao apresentar insegurança jurídica, o ambiente para a aplicação dos juros nessa modalidade fica prejudicado, não restando benefícios ao sistema econômico por sua previsão legal, como seria possível no caso de cumprimento do que fora expressamente determinado na lei.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário atual, portanto, parece apontar para a solidificação do entendimento mais flexível da lei, que prioriza o Plano de Recuperação Judicial em detrimento do credor individual detentor de garantia real na modalidade Alienação Fiduciária. E esse entendimento tem se consolidado mesmo face ao fato de que, muitas vezes, há a convalidação da Recuperação Judicial em Falência, e o credor que cercou-se das melhores garantias pode encontrar-se prejudicado.

Esta constatação contraria a percepção anteriormente estabelecida por LIMA *et al.* (2016), no sentido de que as decisões dos juízes se dariam apenas de acordo com a letra fria da lei, sem considerar sua interpretação sistêmica e principiológica. O cenário identificado vai, também, contra o que se identificou em um segundo momento, de que cada juiz decidiria de acordo com seu entendimento da lei.

Na realidade o que o magistrado deve fazer, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, é – de acordo com seu conhecimento sobre o Plano de Recuperação Judicial e da atividade empresária em questão – determinar a essencialidade do bem e, no caso de bem essencial, tolher a possibilidade de seu levantamento. Caso contrário, a decisão de primeira instância poderá ser revista pelas instâncias superiores, onde haverá a uniformização das decisões prolatadas.

As críticas provenientes dessa realidade jurídica em que se insere a Alienação Fiduciária em Garantia são aquelas levantadas por COELHO (2011), no sentido de que pode ser prejudicial à economia a proteção e ajuda excessiva à empresa que passa pelo processo de Recuperação Judicial.

Tais críticas mostram-se pertinentes quando a Recuperação Judicial deixa de ser um favor concedido quando há reais chances de soerguimento da sociedade empresária, e passa a ser a regra para empresas em crise econômico-financeira. Nessa realidade, a Recuperação Judicial passa a ser mero estágio pré-falimentar, uma maneira encontrada pela sociedade empresária de apenas ganhar algum tempo antes da decretação de sua quebra.

Esse uso da Recuperação Judicial, além de instaurar certo caos no mercado em consequência da banalização do instituto – e do enorme montante de crédito hoje sujeito a esse tipo de procedimento –, promove um ambiente de desconfiança e descrença por parte dos credores quando cientes de que um crédito seu está sujeito a um processo deste tipo. Isso porque, sabendo-se na enorme probabilidade de haver convalidação em Falência, muitas vezes os credores acreditam que não chegarão a receber o que lhes é justamente devido.

Em muitos casos, seria mais proveitoso que a decretação da Falência fosse realizada de pronto, de forma a possibilitar alienação de eventuais bens, na tentativa de realizar ativo capaz de saldar o passivo.

Feitas essas considerações, a pesquisa ora realizada identificou problemas quanto à eficácia da proteção oferecida pelo instituto da Propriedade Fiduciária em Garantia ao credor, pelos diversos motivos elencados, que praticamente aniquilam o que torna o Instituto um diferencial na proteção ao crédito. Há, portanto, uma discordância entre o que é aplicado no Regime de Recuperação Judicial e o que seria a real intenção do legislador quando da criação de um Instituto tão complexo e único.

Como pode ser constatado, aparentemente há grande conflito entre o Princípio da Manutenção da Atividade Empresarial e o Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia nos casos concretos em que os bens alienados em garantia constituem capital essencial à atividade desenvolvida pela empresa devedora, que aliena o bem em garantia.

Este conflito merece atenção dos estudiosos do Direito a fim de que se estabeleçam maneiras de dirimi-lo. Faz-se mister encontrar o justo equilíbrio entre o Princípio e o Instituto, o que não parece ser tarefa simples – sob pena de se estabelecer o ambiente de insegurança jurídica ora encontrado.

Ao identificar as informações buscadas, esta pesquisa investigou a eficácia da proteção oferecida pelo Instituto ao credor de uma obrigação, determinou os limites de seu alcance e ainda avaliar o atrito existente entre a eficácia da proteção jurídica oferecida pelo Instituto e o Princípio supracitado.

Como visto, a flexibilização da aplicação do dispositivo legal sem lastro legislativo acaba por prejudicar o que se pretende com o Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia. É a posição defendida por COELHO (2011) e com a qual concordamos.

É possível ainda levantar novos questionamentos a partir das constatações elencadas pelo presente trabalho, tendo em mente os resultados encontrados, de forma que possam, futuramente, originar novas pesquisas, a fim de que o conhecimento sobre o tema possa ser aprofundado e novas soluções possam ser construídas, tanto no âmbito legislativo, como da aplicação das leis pelo judiciário.

São exemplos desses questionamentos:

É possível alteração na Lei de Recuperação Judicial e Falência no sentido de tornar possível o processo de Recuperação quando da existência de bens essenciais alienados em garantia sem que sejam tolhidos direitos do credor?

É ou não pertinente a inclusão de previsão legal quanto à possibilidade de bens essenciais permanecerem em posse da empresa devedora de forma independente do prazo de 180 dias previsto pela lei?

Essas questões – que não são as únicas possíveis de depreender do presente trabalho – são um primeiro passo para uma tentativa futura de estabelecer-se um ambiente de maiores certezas jurídicas e, conseqüentemente, de maior prosperidade no campo econômico.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1987.

BEZERRA FILHO, M. J. **Lei de recuperação de empresas e falência – Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 2019. 472 p.

COELHO, F. U. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva 8ª ed., 2011.

LIMA, M. C. B.; FLORENTINO, B. P.; OLIVEIRA, F. F. Propriedade fiduciária, recuperação judicial e o abuso de Direito: superando o antagonismo. **Revista da EMERJ**, v. 19, n. 75, p. 158-169, jul-set, 2016. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_158.pdf>. Acesso em 25 fev. 2018.

Contatos: pedroivofp@gmail.com e bboris@brunoboris.com