

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CREDORES FIDUCIÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF COMPANY PRESERVATION AND THE EFFECTIVENESS OF FIDUCIARY CREDITORS 'RIGHTS IN JUDICIAL RECOVERY

Luiza de Oliveira Almeida²

Carolina Pinheiro Batista³

RESUMO

O presente artigo se propõe a discutir o antagonismo existente na aplicação do princípio da preservação da empresa e a efetivação dos direitos concedidos aos credores fiduciários não sujeitos ao procedimento recuperatório. Entendeu-se que o procedimento recuperatório significa verdadeira mitigação ao instituto da alienação fiduciária, uma vez que, por um lado, é possível o perdimento da garantia pelo fato dos bens objeto da pactuação fiduciária serem considerados essenciais à atividade empresarial e, por outro, tais bens podem ainda perecer e perder-se, levando ao esgotamento do instituto creditório. Em decorrência disto, o tema é rodeado de expressiva divergência jurisprudencial e doutrinária, ensejando certa insegurança jurídica. Assim, o propósito subsistente e que permeia este trabalho científico é justamente propor uma solução jurídica congruente com os institutos principiológicos e basilares que regem a Recuperação Judicial e que também mantenha a efervescência do sistema econômico-financeiro, harmonizando-se, assim, os direitos coletivos envolvidos.

¹ Artigo submetido em 19-11-2020 e aprovado em 09-03-2021.

² Graduada em Direito pela UFMG – 2018. Pós Graduada em Direito Privado com ênfase em Direito Empresarial pela Faculdade Arnaldo – 2020. Pós Graduanda em Direito Privado com ênfase em Direito Empresarial pela Faculdade EducaMais – 2022. Advogada. E-mail: luizaalmeida6@outlook.com

³ Mestre em Administração pela Universidade Fumec; Advogada; Graduada em Direito pela Universidade Fumec; Docente em Cursos de Pós Graduação na Universidade Fumec e Supremo Concursos; E-mail: carolcpb@gmail.com.



Palavras-Chave: Recuperação judicial. Princípio da preservação da empresa. Alienação fiduciária. Credores extraconcursais.

ABSTRACT

This Article proposes to discuss the antagonism that exists in the application of the principle of preservation of the company and the realization of the rights granted to fiduciary creditors not subject to the Judicial Recovery. It was understood that the re-operative procedure means a real mitigation to the chattel mortgage institute, because the guarantee is lost because the assets object of the agreement are considered essential to business activity and, on the other hand, such assets may still perish and lost, leading to the exhaustion of the credit institution. The subject is surrounded by significant divergence in jurisprudence and in the doctrine, giving rise to a legal uncertainty. The persistent that permeates this work is precisely to propose a legal solution that is congruent with the fundamental institutes predicted in the law of Judicial Recovery and also maintains the effervescence of the economic-financial system, harmonizing the collective rights involved.

Keywords: Judicial Recovery. Principle of preserving the company. Chattel mortgage. Extra-bankruptcy creditors.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, é cediço que a Lei nº 11.101/2005 quebrou o paradigma liquidatório ditado pelo antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, inaugurando uma fase de enfrentamento da crise econômico-financeira com viés preservacionista da atividade empresarial. Vale dizer que com o advento da nova Lei de Recuperações e Falência a preocupação do



legislador se traduziu, precipuamente, no estabelecimento de diretrizes e caminhos que possibilitem, ao mesmo tempo, 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) (SCALZILLI, 2016, p. 61).

É inevitável, assim, concluir que o procedimento recuperatório previsto na Lei nº 11.101/05 tem como objeto a coparticipação de todos os seus atores e partícipes, sejam credores ou devedores, para que adotem soluções recheadas de inovação e perspicácia econômico-financeira, com aplicabilidade prática e racional para harmonização dos interesses coletivos envolvidos.

Nesta seara, inspirado no modelo norte-americano, notadamente no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* e conferindo proteção legal ao devedor, o diploma legal em discussão instituiu o denominado *stay period*, que nada mais é que a suspensão de todas as ações e execuções por 180 dias com o objetivo de conceder fôlego à sociedade empresária devedora. Isto porque, ao ser blindada no decorrer do referido hiato temporal, poderá negociar as suas dívidas com maior estabilidade e se salvaguardar de ter o patrimônio atingido e executado (SALOMÃO, 2012, p. 28).

O *stay period* é, portanto, um pilar crucial ao modelo recuperacional adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como toda boa regra tem a sua exceção, não obstante a previsão legal instituindo período de suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor, o legislador entendeu por bem deixar certos credores, seja por critério temporal⁴, ou pela sua natureza creditícia⁵ fora da blindagem concedida pelo *stay period*, não se sujeitando

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

⁵ Art. 49. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou 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 prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de



ao procedimento de Recuperação Judicial, de modo que estariam livres, a princípio, para buscarem a satisfação de seus créditos.

Todavia, há de se ressaltar que tais credores excluídos do procedimento recuperatório e, portanto, extraconcursais, durante o período de suspensão das ações e execuções, não poderão vender ou retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Tal proteção legislativa é fonte inesgotável de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de se buscar uma espécie de ponto de equilíbrio que melhor atenda de maneira uniforme, ponderada e justa os interesses tanto dos credores quanto dos devedores envolvidos na Recuperação Judicial.

É de se observar, portanto, que as diretrizes legais impostas pela Lei nº 11.101/05 estabeleceram certa oposição e conflito entre o princípio da preservação da empresa, regente do sistema de insolvência brasileiro e a proteção e satisfação dos interesses daqueles credores excluídos do procedimento recuperatório.

Ao fazer isso, criou-se um paradoxo especificamente na permissão da execução de créditos considerados extraconcursais com conseqüente constrição de certos bens e a aplicação do princípio da preservação da empresa previsto no art. 47 da referida Lei.

Dentre os credores excluídos da Recuperação Judicial, o presente trabalho tratará especificamente daqueles titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis fungíveis.

Isto porque, atualmente, é possível a alienação fiduciária de coisas móveis fungíveis, de modo a criar-se um embate jurídico entre a sua utilização em

suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

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

Art. 6º. § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.



procedimentos recuperacionais na medida que, por diversas vezes (senão na maioria), aquilo que foi dado em garantia (por exemplo, recebíveis, ou matéria-prima consumível e perecível) não mais subsiste quando o credor for cobrar a dívida por meio da propriedade resolúvel pactuada como garantidora do contrato efetuado perante a devedora em Recuperação Judicial.

Nesta hipótese de perecimento da coisa móvel dada em garantia, ao se utilizar a mesma dinâmica prescrita acima, esse bem ou direito já não existiria ao final do *stay period*, o que transformaria em tábula rasa o direito do credor fiduciário.

Há, ainda, a possibilidade deste bem móvel fungível ser considerado bem de capital essencial à atividade da Recuperanda, o que, mais uma vez, mitigaria o instituto da alienação fiduciária quando utilizados em procedimentos recuperacionais.

Assim, as preocupações que se externam no presente trabalho são: a) em relação ao possível esvaziamento da garantia da alienação fiduciária nos procedimentos recuperatórios e b) com a competência do juízo da Recuperação Judicial para definir a natureza do crédito, se concursal ou extraconcursal, assim como a essencialidade do bem, definindo-se, assim, se bem de capital ou não.

Neste sentido, o propósito subsistente e que permeia o presente artigo é justamente o estudo deste antagonismo existente entre a proteção da atividade e dos ativos do devedor ante a necessidade de efetivação dos direitos concedidos aos credores fiduciários, de modo a se propor uma solução jurídica congruente com os institutos principiológicos e basilares que regem a Recuperação Judicial e que, ao mesmo tempo, também mantenha a efervescência do sistema econômico-financeiro.

A linha de pesquisa que se propõe neste trabalho é importante para o cenário prático vivenciado nos processos de Recuperação Judicial, uma vez que é corriqueira a pactuação de negócios garantidos por alienação fiduciária pelo devedor e o posterior perdimento e perecimento dos bens garantidores. Propõe-se, portanto, a investigação e análise da mitigação do instituto creditório ora estudado a fim de encontrar um ponto de equilíbrio entre devedores e credores.



A estrutura deste trabalho científico precipuamente se baseia na conceituação de certos institutos inerentes ao tema, tais como a própria Recuperação Judicial, a alienação fiduciária e o que entende-se por “bens de capital”. Após a parte teórica, a partir da análise de jurisprudências atualizadas e da mais balizada doutrina, serão apresentadas propostas que comunguem a efetiva aplicação do princípio da preservação da empresa e os interesses do credor possuidor de crédito garantido por alienação fiduciária de bem perecível e essencial, de forma que se possa atingir um resultado metucioso e cuidadoso sob o ponto de vista jurídico-econômico para o fim maior do procedimento recuperatório, qual seja, a harmonização dos direitos coletivos envolvidos.

Conclui-se que o tema, devido à expressiva divergência jurisprudencial, enseja certa insegurança jurídica e a justificativa do presente trabalho é justamente aprofundar os estudos acerca deste controverso assunto, a fim de clarear aqueles pontos em que existem discordâncias.

2 CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS SEUS PRESSUPOSTOS

Por se tratar de uma pesquisa direcionada ao estudo do procedimento recuperatório e os seus pressupostos, precipuamente, se faz necessário conceituar de forma clara o que se entende pelo instituto da Recuperação Judicial.

Prima facie, vale dizer que a Recuperação Judicial, nada mais é que uma série de atos praticados, sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a sociedade empresária em dificuldades econômico financeiras temporárias.

Em outras palavras, é a reorganização econômica, administrativa e financeira de uma empresa, feita com a intermediação do Poder Judiciário, com o fim de evitar a sua falência (DICIONÁRIO FINANCEIRO, 2017).



Neste diapasão é o conceito apresentado pelo doutrinador Marlon Tomazette em sua obra “Curso de Direito Empresarial – Teoria Geral e Direito Societário”:

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial. (TOMAZETTE, 2017, p 88).

Para além, mister dizer que a Recuperação Judicial é considerada procedimento de jurisdição voluntária facultado ao devedor legitimado que visa, mediante a repactuação de seu passivo, a preservação de sua atividade empresarial. Neste contexto, leciona Marcelo Barbosa Sacramone:

Pela Recuperação, por seu turno, o empresário poderá renegociar os débitos com seus credores e impor, a uma minoria discordante, a vontade da maioria dos demais credores (SACRAMONE, 2019, p. 58).

Dá análise de sua forma mais pura e simples, retira-se a finalidade da Recuperação Judicial que é dupla, pois visa precipuamente a preservação da empresa (atividade empresarial) e, ainda que de maneira secundária, também a preservação do próprio empresário, o qual, pelo menos *a priori* não será afastado da direção e administração da sociedade empresária.

O art. 47 da Lei nº 11.101/05 é considerado a base primordial do instituto da Recuperação Judicial, dispondo acerca de seus fundamentos, premissas e objetivos, senão veja-se:



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 da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Quanto ao aspecto legal, conforme disciplina o art. 47 da Lei de Recuperações e Falência o principal objetivo da Recuperação Judicial é a preservação da empresa, mediante a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, o que não é possível sem o regular desenvolvimento da atividade empresarial durante este procedimento.

A finalidade do dispositivo legal é cristalina: permitir a recuperação das sociedades empresárias e dos empresários individuais em crise, em atenção à sua função social e em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

Vislumbra-se, entretanto, que o deferimento do processamento da Recuperação Judicial só deve ser concedida para aqueles devedores que efetivamente se mostrarem em condições de se recuperar economicamente.

Isto posto, é possível dizer que o procedimento recuperatório é providência que se coaduna apenas aos devedores viáveis. Se a situação de crise econômico-financeira que acomete o devedor é de tal monta que se mostra insuperável, o deferimento do processamento da Recuperação não deve lhe ser concedido, não restando outra alternativa a não ser a decretação de sua falência (CRUZ, 2018, p. 865).

Assim, por oportuno, pontua-se que não se pode interpretar equivocadamente o princípio regente da Recuperação Judicial concernente à preservação da empresa como se ele justificasse a manutenção de toda e qualquer atividade empresarial. Não há de se confundir, obviamente, preservação da empresa com manutenção cega e irrestrita de uma Recuperação Judicial.



Neste sentido, cita-se os doutrinadores João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea:

Nem toda empresa merece ser preservada. Não existe, no direito brasileiro ou em qualquer outro do que temos notícia, um princípio da “preservação da empresa a todo custo”. Na verdade, a LREF consagra, no sentido exatamente oposto, um princípio complementar ao da preservação da empresa que é o da retirada do mercado da empresa inviável. Ora, não é possível nem razoável exigir que se mantenha uma empresa a qualquer custo; quando os agentes econômicos que exploram a atividade não estão aptos a criar riqueza e podem prejudicar a oferta de crédito, a segurança e a confiabilidade do mercado, é sistematicamente lógico que eles sejam retirados do mercado, o mais rápido possível, para o bem da economia como um todo, sempre com a finalidade de se evitar a criação de maiores problemas (SCALZILLI, 2016, p. 77).

Conclui-se, portanto, que a Recuperação Judicial analisada sob o viés preservacionista concedido pela Lei nº 11.101/05, é uma medida legal destinada a evitar a insolvência da sociedade empresária e do empresário individual viáveis, proporcionando ao devedor a possibilidade de apresentar, em Juízo, plano recuperatório de pagamento aos seus credores e a forma de quitação dos débitos.

3 A APLICAÇÃO DO ART. 49, §3º DA LEI 11.101/05 E A EXTRAONCURSALIDADE DOS CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Ultrapassada a explanação acerca do conceito de Recuperação Judicial, deve-se adentrar no tratamento que a Lei nº 11.101/05 concede aos credores da sociedade empresária devedora, visto que o princípio da *par conditio creditorum* (igualdade entre os credores) é de suma importância para que os direitos e interesses dos credores sejam observados de maneira paritária.

Em elucidativa explanação sobre o tema, Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2016, p.414) aduzem que “o princípio da *par conditio creditorum* tem por finalidade a



satisfação proporcional dos credores no processo falimentar, excluindo a sistemática de que *prior in tempore potior in jure* ('o primeiro no tempo, preferente no direito')”.

Esclarece-se que a Recuperação Judicial, por ser um processo concursal, envolve o conjunto de bens do devedor (prisma objetivo do processo concursal) e a coletividade de credores (prisma subjetivo do processo concursal) (NORONHA; LIMA, 2009). Esta dualidade inerente ao procedimento recuperatório gera um paradoxo entre o princípio da preservação da empresa, por meio da otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos do devedor e o tratamento igualitário aos credores.

Todavia, não obstante a observância ao princípio da isonomia e o tratamento equânime e igualitário entre os credores componentes de uma mesma classe, o diploma legal ora estudado, em seu art. 49, §3º preconizou exceção à sujeição de certos credores ao procedimento recuperatório, sendo este ponto central para problemática enfrentada no presente Artigo, motivo pelo qual se justifica a transcrição na íntegra do aludido artigo:

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

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

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

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



desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (*Grifo Nosso*).

Conforme leitura do dispositivo legal alhures colacionado, é possível inferir-se que os credores titulares da posição de proprietários fiduciários não se submetem aos efeitos da Recuperação Judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa dada em garantia.

Contudo, este mesmo dispositivo, veda “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, devendo-se observar a suspensão de 180 dias prevista no art. 6º, § 4º da Lei de Recuperações e Falência, denominada de *stay period*.

O parágrafo 3º do art. 49 da Lei 11.101/05 exclui os credores titulares de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis dos efeitos da Recuperação Judicial em razão da propriedade resolúvel que estes detêm sobre o bem, prevalecendo o direito de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais originalmente contratadas (SCALZILLI, 2019, p.369).

Em regra, portanto, as alienações fiduciárias não se submetem aos efeitos da Recuperação Judicial. Entretanto, é necessário flexibilizar este entendimento para assegurar a aplicação da redação final do art. 49, § 3º da LRF para quando os bens objeto de alienação fiduciária forem essenciais por se destinarem ao regular desenvolvimento das atividades econômico-produtivas da Recuperanda (BRINA, MOURÃO, 2009).

Ante ao exposto, é possível perceber que, ao passo que o mesmo dispositivo legal concede aos credores proprietários de garantias fiduciárias a segurança de que seus créditos serão extraconcursais, também outorga à Recuperanda que a dívida decorrente da alienação fiduciária de bens essenciais à sua atividade empresarial não será considerada extraconcursal e, conseqüentemente, se sujeitará ao plano de Recuperação Judicial, esvaziando-se assim, a garantia pactuada entre as partes quando da realização do negócio jurídico fiduciário.



Por fim, soma-se ao fato de que, por diversas vezes, são dadas em garantia do contrato de alienação fiduciária, coisas móveis fungíveis, tal como recebíveis da sociedade empresária ou bens consumíveis e perecíveis, de modo que, caso tais bens não sejam considerados essenciais à atividade empresarial e portanto, concursais, o credor fiduciário ainda terá a incerteza se, ao executar a dívida, tais bens alienados fiduciariamente ainda subsistem e garantem a garantia.

Infere-se, portanto, que, como será demonstrado a seguir, o procedimento recuperatório significa verdadeira mitigação ao instituto da alienação fiduciária, uma vez que, por um lado, perde-se a garantia pelo fato dos bens objeto da pactuação serem considerados essenciais à atividade empresarial da devedora e, por outro, tais bens podem ainda perecer e perder-se, levando ao esgotamento de tal instituto creditório (SCALZILLI, SPINELLI, TELLECHEA, 2016).

4 DO *STAY PERIOD* E DA CONCEITUAÇÃO DE “BENS DE CAPITAL”

A partir do previsto no art. 6º, §4º da Lei nº 11.101/05, suspendem-se as ações e execuções contra o devedor. O caráter concursal deste regime explica tal suspensão, uma vez que os credores, de um modo geral, são chamados a participar dos processos e devem ter tratamento isonômico.

A finalidade do referido dispositivo legal é a de justamente preservar a empresa como unidade produtiva, até que os credores deliberem sobre o plano recuperatório apresentado pela recuperanda. Sem esta proteção, é certo que o prosseguimento das ações e execuções movida pelos credores em face da devedora, colocaria em risco a própria preservação da empresa e superação da situação de crise econômico-financeira, que é a finalidade da lei (ANDRIGHI, 2015).

Nas precisas palavras dos eminentes juristas Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos:



“A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções – stay period – na recuperação judicial é de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais constringências de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência” (SALOMÃO, 2012).

A regra, no entanto, não é absoluta. Como visto anteriormente, prosseguem, ou podem ter início, dentre outras, aquelas movidas por credores proprietários de créditos garantidos por alienação fiduciária, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

Todavia, apesar desses créditos estarem excluídos da Recuperação Judicial, o §3º do art. 49 impõe a restrição de que, durante o prazo de suspensão de 180 dias, não será permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Posto isto, sem prejuízo do ajuizamento das medidas cabíveis, os referidos bens permanecerão na posse do sociedade empresária em recuperação (ABRÃO. TOLEDO, 2016).

Ainda neste seguimento, conforme entendimento já pacificado pelo Tribunal Superior de Justiça, à vista dos dados que possui em relação à devedora, ao Juízo universal competirá exclusivamente aquilatar o que se faz necessário para que a Recuperação Judicial cumpra seu objetivo de viabilizar o soerguimento da recuperanda, examinando assim quais os bens a serem configurados como essenciais. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. CRÉDITOS GARANTIDOS FIDUCIARIAMENTE. EXCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PETIÇÕES SUCESSIVAS DE AGRAVO CONTRA A MESMA DECISÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DECISÃO MANTIDA. 1. Ao juízo universal compete a análise do caráter extraconcursal das dívidas da empresa em recuperação, alegadamente garantidas por alienação fiduciária, **bem como o exame da essencialidade, para as atividades da sociedade recuperanda, dos bens pretendidos pelo**



credor. 2. [...] 4. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, 2018, *Grifos Nossos*).

Assim, compete exclusivamente ao Juízo universal analisar todas as nuances e verificar a natureza do crédito e, a partir destes elementos, declarar ou não a essencialidade do bem objeto da alienação fiduciária.

Compete, portanto, ao Juízo recuperacional decidir sobre o caráter extraconcursal de dívidas e bens objeto da alienação fiduciária pactuada entre as partes contratantes através da apuração de sua essencialidade à atividade empresarial da devedora, a fim de verificar a possibilidade de liberação e decretação de indisponibilidade dos bens da recuperanda.

Assim sendo, após explanadas as questões acerca do *stay period* e seus pressupostos, deve-se indagar: o que entende-se por “bens de capital”?

De acordo com Paulo Penalva Santos, em sua participação na obra “10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): “Os bens denominados de capital são aqueles que têm importância no processo de produção, ou na durabilidade ou permanência (em contraste com os bens de consumo)” (ANDRIGHI, 2015).

Essa definição coaduna com aquela prevista no art. 2º do Decreto Federal nº 2.179, que preceitua:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I - "Bens de Capital": máquinas, equipamentos, inclusive de testes, ferramental, moldes e modelos para moldes, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, novos, bem como os respectivos acessórios, sobressalentes e peças de reposição, utilizados no processo produtivo e incorporados ao ativo permanente (BRASIL, 1997).

Da leitura do dispositivo legal alhures colacionado, infere-se que são bens de capital, para efeitos contábeis e tributários, as máquinas e os equipamentos utilizados no processo produtivo e incorporados ao ativo não circulante (ANDRIGHI, 2015).

Todavia, esta não deve ser a única interpretação concedida à “bens de capital”, isto porque, atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores tem conceito mais objetivo sobre o



tema. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça por meio do Informativo de jurisprudência nº 634 preceituou o seguinte (BRASIL, 2018):

A Lei nº 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os “bens de capital”, objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permanecem na posse da recuperanda durante o stay period.

A conceituação de “bem de capital”, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, há de ser objetiva. Assim, “bem de capital” é o bem corpóreo (móvel ou imóvel) utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda e que não seja perecível nem consumível.

(BRASIL 2018).

Ante ao exposto, é possível inferir que “bem de capital” é o bem corpóreo (móvel ou imóvel) utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda e que não seja perecível nem consumível. Assim, o bem, para se caracterizar como bem de capital, precisa ser utilizado no processo produtivo da sociedade empresária, tendo em vista ser necessário ao exercício da atividade econômica exercida pela devedora. Verifica-se, ainda, que o bem, para se enquadrar neste conceito, precisa estar na posse da recuperanda. Isso porque, como já dito, ele tem que estar sendo utilizado em seu processo produtivo. Logo, se o bem não está na posse da sociedade empresária, ele não se enquadra no § 3º do art. 49 (BRASIL, 2018) (ANDRIGHI, 2015).

Com relação à impossibilidade do bem de capital ser perecível ou consumível, esta diretriz se justifica em razão de não poder atribuir a um bem cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia pactuada na alienação fiduciária. Para além, ao final do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções, o bem deverá ser restituído ao proprietário, ou seja, o credor fiduciário. Por óbvio, se o bem for perecível ou consumível, esta devolução não será possível e ocorrerá o esvaziamento da garantia (ANDRIGHI, 2015).

Assim sendo, em tese, os bens móveis fungíveis objeto de alienação fiduciária não se enquadram no conceito de bens de capital e, por consequência, não poderão ser considerados como essenciais à atividade da recuperanda, não sujeitando-se, portanto,



ao procedimento recuperatório, vez que reputados como créditos extraconcursais (ANDRIGHI, 2015).

Todavia, na prática, o que ocorre é que, apesar dos credores fiduciários dos bens móveis fungíveis estarem aptos à continuar com a execução de seus créditos fora do procedimento recuperatório, na grande maioria das vezes, pelo fato destes bens móveis serem consumíveis e/ou perecíveis, o credor fiduciário, ao cobrar a entrega da garantia pactuada em decorrência da inadimplência do devedor, se vê em um beco sem saída, a uma porque a garantia já se perdeu, impossibilitando a sua cobrança e a dois, porque não há qualquer recurso por parte da devedora para saldar as dívidas em aberto (ANDRIGHI, 2015). Será este, portanto, o cenário a ser analisado a seguir.

5. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O Esvaziamento do Instituto da Alienação Fiduciária

No instituto da alienação fiduciária, o credor possui direito real sobre coisa própria. O credor fiduciário é credor antes de ser proprietário e só é proprietário por ser credor. Sendo assim, vale colacionar o previsto no §1º do art. 1º do Dec. Lei 911/69, veja-se:

Art 1º O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: (Vide Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;



- b) o local e a data do pagamento;
- c) a taxa de juros, os comissões cuja cobrança fôr permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação (BRASIL, 1969, s.p.).

Neste sentido, por tratar-se de propriedade resolúvel e em decorrência da segurança proporcionada ao credor através do instituto da alienação fiduciária, ver-se em um beco sem saída e com vistas a perder a garantia pactuada em decorrência das nuances existentes acerca do perecimento dos bens móveis fungíveis, desestimularia o credor a realizar o negócio jurídico em procedimentos de Recuperação Judicial, endividando, ainda mais, a Recuperanda e, muitas vezes, tornando-se impossível o seu soerguimento financeiro em decorrência da visível dificuldade de negociação com as instituições financeiras em decorrência da mitigação do crédito fiduciário.

Demonstrado o embate e o verdadeiro antagonismo existente entre o princípio da preservação da empresa e o esvaziamento do instituto da alienação fiduciária nos procedimentos de Recuperação Judicial, o presente trabalho tentará, justamente, apresentar a solução jurídica mais adequada e que atenda a todos os envolvidos.

De início, deve-se ressaltar que o primeiro entendimento acerca do tema utiliza como base legal o previsto no art. 1.275, inc. IV do Código Civil que dispõe que o desaparecimento e desfazimento do bem dado em garantia é uma das hipóteses de perda da propriedade⁶. Aparentemente, a partir do disposto no diploma legal cível, é possível inferir-se que com o perecimento do bem móvel fungível e consumível dado em garantia fiduciária, ocorre perda da propriedade resolúvel por motivo externo à relação contratual primeva estabelecida entre as partes (GOMES, 2007).

⁶ Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: I - por alienação; II - pela renúncia; III - por abandono; **IV - por perecimento da coisa**; V - por desapropriação. Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.



Explica-se: para existir uma relação jurídica é necessário que haja um objeto, posto que sendo o direito uma faculdade de querer, para que ele se componha anatomicamente é necessário materializar-se em algo fora da pessoa de seu titular, no caso, a existência do bem no mundo fático (BEVILAQUA, 1951, p. 243).

Considerando que não há direito sem objeto, o perecimento deste gera como consequência o esvaziamento do direito, afinal a premissa lógica que permite que o crédito garantido por alienação fiduciária seja excluído da Recuperação Judicial é o fato de seu credor ser o proprietário fiduciário do bem.

Ocorre que a perda da propriedade por perecimento esvazia o objeto da relação jurídica existente entre o credor fiduciário e o bem dado em garantia, posto que este deixa de existir. Se a propriedade se perde, o credor deixa de ser um proprietário resolúvel, e, com isso, deixa de se enquadrar na hipótese do art. 49 §3º da Lei 11.101/05, sendo necessário que este receba tratamento apenas como credor concursal, sujeitando-se, assim, ao plano de Recuperação Judicial.

Neste sentido, profícuo mencionar o enunciado 51 da 1ª Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2012, que assim entendeu “O saldo de crédito não coberto pelo valor do bem e/ou garantia dos contratos previstos no §3º do art. 49 da Lei n. 11.101/05 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial”.

Da mesma forma se manifestou o Ministro Marco Aurélio Belizze no julgamento do Agravo em Recurso Especial Nº 841.315-RS, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO GARANTIDO PARCIALMENTE POR CESSÃO FIDUCIÁRIA NÃO SE SUJEITA AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS LIMITES DO CRÉDITO FIDUCIÁRIA. ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

De fato, os créditos decorrentes de contratos garantidos por alienação fiduciária não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, devendo prevalecer os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, na forma do



art. 49, § 30, da Lei no 11.101/05, in verbis:

(...)

Contudo, como bem flagrou o ilustre Procurador de Justiça no parecer de fls., 62/65, embora o contrato no 341.801.609 (fls. 274/285 - 20 volume em apenso), no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), seja integralmente garantido por cessão fiduciária, o contrato no 341.801.637 (fls. 286/300 .20 volume em apenso) é parcialmente garantido por cessão fiduciária (apenas R\$ 6.000.000,00 - seis milhões de reais), possuindo, na sua maior parte, garantia real (STJ – Agravo em Recurso Especial Nº 841.315-RS. Relator: Min Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgamento em 29/02/2016)

Percebe-se que com a perda da propriedade resolúvel dada em garantia fiduciária, efetivamente o crédito em discussão deixa de ser garantido, assim, recebendo o tratamento explicitado no precedente supracitado. Essa inclusive é a lição de João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, veja-se:

Ainda, sujeitar-se ia ao regime recuperatório o crédito: (i) quando a garantia fosse registrada extemporaneamente (após o ajuizamento da recuperação judicial); (ii) quando fosse registrada em cartório outro que não o de títulos e documentos; (iii) quando fosse registrada em cartório que não o de domicílio do devedor; ainda **(iv) quando a garantia fiduciária não cobrisse todo o crédito – o que faria com que o crédito não coberto pelo valor do bem dado em garantia fosse quirografário, sujeito à recuperação judicial** (*Grifo Nosso*) (SCALZILLI, SPINELLI, TELLECHEA, 2019, p.372).

Por outro lado, há seguimento dos Tribunais estaduais, liderado pelo estado de Minas Gerais e São Paulo divergente do ora explanado, visto que analisando a situação durante a vigência do contrato e visando a manutenção da garantia do sinalagma contratual entendem pela possibilidade de substituição da garantia fiduciária pactuada por outra igual e de mesma qualidade. Senão veja-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. ART. 300 DO NCPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER - BEM ALIENADO - SUBSTITUIÇÃO DE GARANTIA FIDUCIÁRIA.

Nos casos de alienação à terceiros, do bem dado em garantia fiduciária, devem ser concedidas as medidas que possibilitem a substituição da garantia originalmente oferecida pelo devedor, visando a preservação do dever recíproco das partes figurantes nos contratos bilaterais cumprirem as obrigações contratadas (sinalagma contratual), evitando-se, dessa forma, o desequilíbrio contratual. Nos termos da norma estabelecida no caput do art. 300 do Novo Código de Processo Civil, poderá ser liminarmente



deferida a tutela de urgência quando "houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.015701-0/001, Relator (a): Des. (a) Cláudia Maia, 14a CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2017, Publicação da súmula em 07/12/2017) (*Grifo Nosso*).

Assim, sendo, entende-se que mesmo considerando que o bem perecível preencha o requisito objetivo do contrato de alienação fiduciária do caso, qual seja, a propriedade resolúvel garantidora da obrigação, seria possível a concessão de medidas que possibilitem a substituição da garantia originalmente oferecida, visando preservar a relação contratual primeva, com fulcro no sinalagma contratual, assim substituindo o requisito objetivo do contrato de alienação fiduciária.

A luz do seguimento alhures proposto, a solução mais adequada é a de que, quando é possível a substituição do bem dado em garantia (bem fungível), é obrigação do devedor que ofereceu a garantia repô-la por outra igual para que o crédito permaneça garantido. Neste sentido, é o entendimento de julgado lavrado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

Recuperação judicial. **Impugnação de garantia fiduciária prestada pela recuperanda a terceiro. Alienação fiduciária de bem fungível** (minério de ferro). Admissibilidade. Contrato firmado no âmbito do mercado financeiro. Incidência do art. 66-B da Lei 4.728/65. Individualização regular da garantia. Bem consumível. Irrelevância. **Possibilidade de substituição por outro de igual quantidade e qualidade**. Precedentes. Recurso improvido. (*Grifo Nosso*).

(TJSP – Agravo de Instrumento – 2043689-07.2016.8.26.0000, julgamento em 31 de agosto de 2016).

Por essa corrente, entende-se, que o fato de os bens móveis serem consumíveis não pode retirar do credor a sua garantia, porque, por serem fungíveis, podem ser substituídos por outros de igual quantidade e qualidade Isto porque a garantia concedida por meio da alienação fiduciária de um bem fungível guardam entre si uma relação de equivalência com coisas do mesmo gênero, do mesmo valor e na mesma quantidade (SÃO PAULO, 2016).

Essa corrente entende que na hipótese de aceitação do perecimento da garantia



pactuada e conseqüente desfazimento do negócio jurídico de alienação fiduciária, estar-se-ia diante de postura compassiva perante situação em que a recuperanda tenta se valer da própria torpeza para não adimplir a obrigação contraída.

Ante ao exposto, é possível perceber a existência de divergência acerca da solução jurídica para o paradoxo existente entre a aplicação do princípio da preservação da empresa e a possibilidade de esvaziamento do instituto da alienação fiduciária em face das nuances do procedimento recuperatório, existindo, assim dois entendimentos antagônicos.

O primeiro deles, prezando pelo princípio da preservação da empresa e com os olhos voltados para o soerguimento empresarial da recuperanda, compreende que a perda da propriedade resolúvel de bens dados em garantia fiduciária é fundamento para descaracterizar a hipótese de exclusão do crédito do credor fiduciário da Recuperação Judicial, devendo ser incluído no bojo recuperacional como crédito quirografário e, portanto, sujeito ao plano de Recuperação Judicial.

Por outro lado, prezando pela manutenção da higidez da garantia fiduciária pactuada, há entendimento de que o perecimento da garantia não desqualifica o crédito garantido por alienação fiduciária, na medida em que compete ao devedor substituí-la por outra igual (tratando-se de bem fungível), visando a preservação do dever recíproco das partes figurantes nos contratos bilaterais cumprirem as obrigações contratadas (sinalagma contratual), evitando-se, dessa forma, o desequilíbrio contratual. Assim, mesmo que a garantia houver perecido, a extraconcursalidade se mantém, tendo em vista que a garantia pode ser substituída.

Portanto, em decorrência da existência de divergência de posições acerca da classificação do crédito fiduciário que teve a sua garantia perdida em decorrência de seu perdimento e perecimento, o presente trabalho propõe-se a apresentar a proposta que entende ser a solução jurídica mais congruente com a sistemática do procedimento de Recuperação Judicial.

6. DA PROPOSTA DE SOLUÇÃO JURÍDICA MAIS CONGRUENTE COM A SISTEMÁTICA DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL



Conforme explanado anteriormente, fora vista o cristalino antagonismo existente na aplicação do princípio da preservação da empresa e a efetivação dos direitos concedidos aos credores fiduciários não sujeitos ao procedimento recuperatório. Em decorrência de tal embate, o presente trabalho pretende construir solução lógica-jurídica congruente com a sistemática do procedimento de Recuperação Judicial.

De início, colaciona-se as precisas palavras do doutrinador Luis Roberto Ayoub:

É, pois, necessário muito cuidado ao tratar da questão, porque, como já dito anteriormente, há valores em aparente conflito: o direito de propriedade X o direito recuperacional. Agindo com acuidade, é possível equalizar o afirmado aparente conflito, evitando maltrato à economia e, ao mesmo tempo, permitir que a empresa, enferma, receba valores necessários para o seu reerguimento. (AYUB, 2016).

Por um lado, como visto no capítulo anterior, na linha de frente do processo recuperatório, é tarefa do juízo recuperacional a observância do princípio da preservação da empresa previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/05 e, por isso mesmo, reconhecer a essencialidade ou não do bem, de modo que tal pronunciamento judicial será crucial para a formulação da decisão acerca da permissão para a constrição ou não daqueles bens garantidos por alienação fiduciária.

Por consequência, na hipótese de ser estabelecida a essencialidade de determinado bem, também será obstaculizada a pretensão do credor detentor da propriedade fiduciária, uma vez que o referido art. 47 da Lei nº 11.101/05 para além de estabelecer o princípio da preservação da empresa, também prevê observância à manutenção dos interesses dos credores, sem classificá-los como incluídos ou não no plano de Recuperação Judicial.



Assim sendo, o credor com garantia fiduciária assentada em bem consumível essencial (insumos, por exemplo), ao contribuir para a preservação da empresa mediante a utilização daquele bem ou direito que lhe serviria de garantia não pode ter as suas expectativas completamente frustradas, esvaziado em seu direito e posto em um verdadeiro um limbo jurídico de incerteza e insegurança.

Sobre o tema, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, decidiu que o crédito cedido fiduciariamente não estaria subsumido ao *stay period* da Recuperação judicial, mesmo sendo essencial para o funcionamento da empresa, arrimando suas razões de decidir, dentre outros, pelo fato de que “não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária” (BRASIL, 2018).

Ante ao exposto, é cristalina a necessidade de se criar alternativas que salvaguem tanto os interesses dos devedores em Recuperação Judicial, possibilitando o seu soerguimento financeiro, quanto aqueles pertencentes aos credores fiduciários na hipótese de tratar-se de bem consumível e perecível.

Sobre o tema, cabe trazer à baila as lições da Ministra Maria Isabel Gallotti:

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art.49, §3º, da Lei significa que, muito embora o credor não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art.6º, §4º (BRASIL, 2017).

Ante a perspectiva apresentada, interessante resolução do conflito em questão seria aquela discorrida em capítulo anterior e que preza pela concessão de oportunidade ao devedor de realizar a sub-rogação do bem anteriormente dado em garantia fiduciária, mas que ocorreu o perecimento e conseqüente perdimento, substituindo-o bem por outro que não desarranje ou prejudique o funcionamento da sociedade empresária em Recuperação (SCALZILLI, SPINELLI, TELLECHEA, 2016).

De toda sorte, entende-se que esta se mostraria uma solução mais fluida, porém é sabido que a sua incidência não é fácil na prática, uma vez que a crise patrimonial que



assola os devedores em processo de Recuperação Judicial são de tamanha monta que os impossibilitam, até mesmo, a repactuação da garantia fiduciária com a substituição do bem por outro semelhante. É preciso, pois, refletir um pouco mais sobre as alternativas em busca da solução ideal (BRASIL, 2017) (ESTEFAN, 2019).

Ante ao novo panorama de resolução amigável de conflitos trazido pelo Novo Código de Processo Civil de 2015⁷, tal como a utilização da mediação, a repactuação da dívida entre o credor fiduciário e a Recuperanda devedor pode ser considerada solução interesse ao conflito.

Explica-se: ao criar um ambiente de diálogo e confiança, pode o Poder Judiciário construir um debate entre as partes para a busca em igualdade de posição da solução mais congruente, tanto com relação ao aspecto do devedor, quanto do credor.

O papel exercido pelo Administrador Judicial na busca pela solução do conflito em pauta é de suma importância. O Auxiliar do Juízo recuperacional pode trazer relevantes informações sobre o estado econômico-financeiro da Recuperanda por meio dos Relatórios Mensais de Atividades, auxiliando, assim, o sopesamento exercido pelo juiz no que tange ao necessário ao funcionamento da sociedade empresária e a efetivação a efetivação do direito do credor com a dívida fiduciária que sobeja.⁸

A revisão do contrato por meio de mediação entre as partes parece ser, portanto, medida coerente com a normatização diretiva que envolve a Recuperação Judicial e é expressamente prevista na Lei n. 11.101/05. O resultado objetivamente seria: obstruindo-se o vencimento integral do contrato, seja em decorrência do inadimplemento, seja afastando a cláusula resolutiva expressa (denominadas *ipso facto* de insolvência), discorreria o magistrado do juízo universal recuperatório (alicerçado em laudos técnicos periciais) a possibilidade jurídica e a conveniência de reequilibrar a relação contratual (ESTEFAN, 2019).

⁷ O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Art. 3o, §§ 2o e 3o do CPC).

⁸ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;



Por fim, não se pode deixar de ressaltar que é dever da jurisprudência harmonizar esses interesses antagônicos existentes entre o credor fiduciário e devedora, propiciando a solução dos conflitos para permitir a satisfação de todos os envolvidos, garantindo a higidez da garantia pactuada sem que haja o comprometimento da superação da crise econômico-financeira por parte da Recuperanda (SCALZILLI, SPINELLI, TELLECHEA, 2016).

Ante ao exposto, propõe-se que durante o período de suspensão das ações e execuções em face do devedor, ao se tratar de bens consumíveis objeto de alienação fiduciária, o juízo universal recuperacional utilize das ferramentas conciliatórias prevista no Código de Processo Civil com o intuito de se entrever o sopesamento igualitário entre a preservação da empresa e a satisfação do interesse dos credores não sujeitos à Recuperação Judicial, sem que isto signifique, no primeiro momento, a classificação do respectivo crédito como concursal e sujeito ao plano de Recuperação Judicial (ESTEFAN, 2019).

Essa, portanto, é a reflexão trazida pelo presente trabalho, a fim de que perceba a necessidade de adaptação e modulação das disposições legais previstas na Lei nº 11.101/05 ante as situações praticas vivenciadas no dia-a-dia dos processos de Recuperação Judicial, de modo que se deve sempre buscar a formação de um microsistema judicial recuperacional dotado de segurança jurídica e cada vez mais salutar para todos os envolvidos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, é de salutar importância ressaltar que o tema estudado no presente Artigo, por tratar-se de um aspecto prático existente no cotidiano dos procedimentos recuperacionais, ainda não foi abordado, de forma específica e exaustiva pela doutrina brasileira. Em decorrência disto, foram realizadas, majoritariamente, pesquisas jurisprudenciais sobre a questão, além de investigações e análises a partir de autores que



discorriam e explanavam o assunto de forma secundária ou paliativa, a fim de suprir essa carência de trabalhos ínsitos ao tema ora proposto.

Este artigo adotou a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina (por meio de livros e artigos científicos) e a jurisprudência dos tribunais superiores e estaduais.

Espera-se que este trabalho possa servir como suporte para um melhor entendimento das questões que permeiam o procedimento recuperatório e que possa suscitar novas discussões que propiciem uma maior consistência e segurança jurídica.

Assim sendo, a linha de pesquisa que se propõe é de suma importância para o cenário prático vivenciado nos processos de Recuperação Judicial, uma vez que é corriqueira a pactuação de negócios garantidos por alienação fiduciária pelo devedor e o posterior perdimento e perecimento dos bens garantidores. Propõe-se, portanto, a investigação e análise da mitigação do instituto creditório ora estudado a fim de encontrar um ponto de equilíbrio entre devedores e credores.

Pois bem.

No presente trabalho discutiu-se acerca do antagonismo existente na aplicação do princípio da preservação da empresa e a efetivação dos direitos concedidos aos credores fiduciários não sujeitos ao procedimento recuperatório.

Primeiramente, fora visto o conceito de alienação fiduciária, entendendo-a como uma forma segura de garantia que pode ser concedida para assegurar o adimplemento de uma obrigação no ordenamento jurídico brasileiro. Para além, também discorreu-se acerca da conceituação do instituto da Recuperação Judicial concluindo pelo seu enquadramento como uma medida legal destinada a evitar a insolvência da sociedade empresária e do empresário individual viáveis, proporcionando ao devedor a possibilidade de apresentar, em Juízo, plano recuperatório de pagamento aos seus credores e a forma de quitação dos débitos.



Por conseguinte, com o intuito de escalonar e categorizar os assuntos inerentes ao tema estudado no presente trabalho, explicitou-se o tratamento concedido pela Lei n. 11.101/05 por meio de seu art. 49, §3º em que são posicionados como extraconcursais aqueles créditos objeto de garantia fiduciária. Fora visto, ademais, o modo como o referido dispositivo legal concede aos credores proprietários de garantias fiduciárias a segurança de que seus créditos não sujeitaram-se ao procedimento recuperatório e também outorga à Recuperanda que a dívida decorrente da alienação fiduciária de bens essenciais à sua atividade empresarial não será considerada extraconcursal e, conseqüentemente, se sujeitará ao plano de Recuperação Judicial, esvaziando-se assim, a garantia pactuada entre as partes quando da realização do negócio jurídico fiduciário.

Conclui-se, portanto, significar o procedimento recuperatório verdadeira mitigação ao instituto da alienação fiduciária, uma vez que, por um lado, perde-se a garantia pelo fato dos bens objeto da pactuação serem considerados essenciais à atividade empresarial da devedora e, por outro, tais bens podem ainda perecer e perder-se, levando ao esgotamento de tal instituto creditório.

Dito isto, fora necessário apresentar as posições doutrinárias divergentes da classificação do crédito fiduciário que teve a sua garantia perdida em decorrência da possibilidade de seu perdimento e perecimento.

De um lado, há entendimento que defende a primazia do princípio da preservação da empresa e o conseqüente soerguimento empresarial da Recuperanda, de modo que o crédito garantido por alienação fiduciária de bem móvel fungível que houver perecido deverá ser incluído no bojo recuperacional como crédito quirografário e, portanto, sujeito ao plano de Recuperação Judicial.

Por outro lado, visando à manutenção da higidez da garantia fiduciária pactuada, há defensores de que o perecimento da garantia não desqualifica o crédito garantido por alienação fiduciária, na medida em que compete ao devedor substituí-la por outra igual, mantendo-se, assim, a sua extraconcursalidade.



Isto posto, pretendeu-se apresentar solução jurídica congruente com os institutos principiológicos e basilares que regem a Recuperação Judicial e que, ao mesmo tempo, também mantenha a efervescência do sistema econômico-financeiro e coadune com os dois entendimentos doutrinários e jurisprudenciais alhures explicitados.

Ante ao exposto, conclui-se o procedimento mais adequado e que não favorece ou desampara nenhum dos envolvidos é a utilização das ferramentas conciliatórias previstas no Código de Processo Civil de 2015, tais como a mediação, conciliação e arbitragem.

A partir da utilização dos procedimentos conciliatórios o devedor e o credor titular da posição de titular fiduciário serão colocados frente a frente e poderão discutir e chegar àquela resolução do entrave jurídico que coadune com o princípio da preservação da empresa e o consequente soerguimento econômico-financeiro da Recuperanda e, ao mesmo tempo, não esvazie por completo o instituto da alienação fiduciária e nem desestimule as instituições financeiras a contratarem com os devedores em Recuperação Judicial.

O intuito, portanto, é que a partir de um misto entre razoabilidade, proporcionalidade e conveniência entre as partes, possa se atingir o reequilíbrio da relação contratual primeva, de modo que ambos os lados consigam, ao menos em parte, o que desejam.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F.C Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.



ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique. **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência : (Lei n. 11.101/2005) : retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014**. São Paulo : Saraiva, 2015.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **Aspectos Processuais da Recuperação Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, v. 7.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 jul. 1945. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De17661.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.



BRASIL. Decreto Lei 911/69, de 01 de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL, Decreto nº 2.179, de 18 de março de 1997. Dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais para o desenvolvimento regional para os produtos que especifica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2179.htm>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Conflito De Competência Nº 143.203/GO. Relator Antônio Carlos Ferreira. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 mai. 2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502344840>. Acesso em 17 jul. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.758.746-GO, Relator. Min. Marco Aurélio Bellizze, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília 25 nov. 2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESP+1.758.746GO&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 14 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial Nº 841.315-RS. Relator: Min Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília 29 fev. 2016. Disponível em:



<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600029762&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 28 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Conflito De Competência Nº 143.203 – GO**. Relator: Min. Relator Antonio Carlos Ferreira, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 mai. de 2018. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201502344840&dt_publicacao=31/10/2017>. Acesso em 28 ago. 2020.

BRINA, Osmar; MOURÃO, Sérgio. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v.1.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial / André Santa Cruz**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3.



ESTEFAN, Paulo Assed. **O paradoxo entre a proteção dos ativos dos credores fiduciários não sujeitos à recuperação judicial** <<https://www.editorajc.com.br/o-paradoxo-entre-a-protecao-dos-ativos-e-a-efetivacao-dos-direitos-dos-credores-fiduciarios-nao-sujeitos-a-recuperacao-judicial/>>. Acesso em 11 set. 2020.

FINANCEIRO, DICIONÁRIO. **O que é recuperação judicial?** <<https://www.dicionariofinanceiro.com/recuperacao-judicial/>> Acesso em: 10 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1.0000.16.058664-0/006**. Relator: Albergaria Costa. Belo Horizonte, 20 nov. 2017b. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_publicacoes2.jsp?listaProcessos=10000160586640006>. Acesso em: 05 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 10000160429015002201791412**. Relator: Jair Varão. Belo Horizonte, 02 fev. 2017. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000160429015002>. Acesso em: 02 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1.0000.17.015701-0/001**, Relatora Desa. Cláudia Maia. Belo Horizonte, 07 dez. 2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.015701-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

NORONHA, João Otávio de; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. IN: **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, 2009.



SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática I** Luis Felipe Salomão, Paulo Penalva Santos. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 2043689-07.2016.8.26.0000**. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 31 de ago. de 2016. Disponível em: <

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLIM Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/05. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes.

Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3.

