

FEBRABAN



COLADE 2016

XXXV CONGRESO LATINOAMERICANO
DE DERECHO FINANCIERO



Título : Garantias Bancárias

a) Reais

- **Trava Bancária**

b) Pessoais

- **Fiança**
- **Aval**

FLÁVIO MAIA Fernandes dos Santos

Trava Bancária

Lei 10.931/04 passou a admitir a cessão fiduciária também para direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito : avanço: sistema de garantias “auto-liquidáveis”

“ A lei 10.931/04, desde a sua entrada em vigor, vem causando uma verdadeira revolução nos contratos bancários de empréstimos, financiamentos, desconto de títulos, abertura de crédito, entre outros. Atualmente quase todos os bancos alteraram seus contratos para prever a cessão fiduciária de direitos de crédito ou de títulos de crédito como forma de garantia, abandonando os institutos da hipoteca, penhor e até mesmo a emissão de títulos de crédito vinculados ao contrato, notadamente cheques e notas promissórias, como forma de garantia.” (CESAR AMENDOLARA, *Alienação Fiduciária como Instrumento de Fomento à Concessão de Crédito*, in Fontes, Marcos & Waisberg, Ivo (coord.) - *Contratos Bancários* – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 193) Grifou-se

Trava Bancária

A transmissão da propriedade como garantia encontra resistência no Direito de vários países

a) Nos E.U.A. : credor não pode reter a propriedade em garantia (só *secured interest*)

Ex.:

“The distinction between these property interests is an important one, particularly if the owner/lessee of an asset files for bankruptcy. This is so because different rights and obligations apply under the Bankruptcy Code depending on the nature of the debtor's interest in the property. Bankruptcy courts are frequently called upon to determine the exact nature of the debtor's legal interest. The Seventh Circuit Court of Appeals recently examined this issue. In United Airlines, Inc. v. HSBC Bank USA, N.A., the Court of Appeals ruled that a court must consider the substance of a transaction, rather than its form, in determining whether a transaction is a “true lease” or a disguised secured financing.” (David A. Hatch e Mark G. Douglas, *When Is a Lease Not a Lease?*, 2006, disponível na internet) Grifou-se

Trava Bancária

b) Em Portugal: “ Utilizada como garantia, esta figura [a fidúcia financeira] tem três óbices:

- Não pode ter natureza real, mercê do princípio da tipicidade, consagrado no artigo 1306º/1, do Código Civil;
- Pode suscitar problemas de nulidade, por contundir com a proibição dos pactos comissórios;
- É muito violenta para o devedor, privado, desde logo, do domínio e à mercê do que, depois, possa suceder, em relação à coisa.” (António Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.749)

Trava Bancária

Lei nº 11.101/2005

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

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular 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. (grifou-se)

Trava Bancária

“Contudo, este entendimento [possibilidade da trava bancária] há de ser recebido com temperamentos. Isso porque a Lei 11.101/05 tem por escopo fundamental o princípio da preservação da empresa, de modo que o objetivo principal da lei é garantir a manutenção da atividade, que gera circulação de renda e empregos.” (10ª Câmara Cível TJRJ Proc. 0040991-91.2015.8.19.0000) Grifou-se

“A recuperação judicial visa a superação do estado de crise de uma empresa, para que a mesma possa continuar em seu pleno funcionamento, atendendo, assim, aos interesses de seus proprietários e, principalmente, à sua função social. Diante disto, neste momento, em cognição sumária, o estado de insolvência da Agravada, e conseqüentemente, o estímulo à retomada da atividade econômica da Empresa, devem preponderar sobre o inadimplemento parcial e provisório dos créditos garantidos por cessão fiduciária do Agravante.” (19ª Câmara Cível TJRJ Agravo 0044676-09.2015.8.19.0000) Grifou-se

Trava Bancária

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRAVA BANCÁRIA. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA RECUPERANDA. DECISÃO LIMINAR QUE LIBEROU 70% DOS CRÉDITOS SUJEITOS À CESSÃO FIDUCIÁRIA.

Em regra, o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária. Art. 49 § 3º da Lei nº 11.101/2005. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, a utilização do mecanismo da "trava bancária" pela instituição financeira, apropriando-se integralmente dos recebíveis pactuados como garantia do empréstimo, poderia constituir entrave ao êxito da recuperação da empresa, ocasionando a ela o risco de dano reverso irreparável ou de difícil reparação.

Necessidade de equacionar os interesses em conflito, a saber, o direito do credor fiduciário em contraposição ao princípio da preservação da empresa. Artigo 47 da Lei 11.101/05. Tendo em vista a essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa, correta a decisão de liberação parcial da trava bancária como forma de possibilitar o sucesso da recuperação e a preservação da sociedade empresária.”

(8ª Câmara Cível TJRJ - Agravo 0074750-46.2015.8.19.0000) Grifou-se

Trava Bancária

Ressalva que fazia o Min. Luis Felipe Salomão:

“Não se sujeitam à recuperação judicial os créditos referentes à cessão fiduciária de títulos, realizada pela empresa em favor de entidade bancária, com base no artigo 66-B, § 3º, da Lei 4.728/1965, devendo, entretanto, a liquidação desses créditos ser decidida pelo Juízo da recuperação, visto que é o Juízo condutor do processo de recuperação quem dirá se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial, de sorte que a satisfação do crédito fiduciário limita-se pelo imperativo maior de preservação da empresa, previsto nos artigos 47 e 49, § 3º, parte final, da Lei 11.101/2005.” (Resp 1263500 4T Julg 5.2.2013) Ressalva também contida no Resp 1181 533 4T Julg 5.12.2013) Grifou-se

Trava Bancária

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITOS COMO GARANTIA FIDUCIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRAVA BANCÁRIA.

Verifica-se, assim, que a nova legislação falimentar tratou de forma privilegiada, basicamente, os créditos bancários, determinando que estes não se submetem aos efeitos da recuperação judicial com a finalidade de dar maior segurança aos credores bancários e tentar diminuir a taxa de juros.” (AgResp 942362 Decisão Min. Marco Aurélio Bellizze, em 17.08.2016)

Trava Bancária

“De acordo com o entendimento recentemente consolidado no âmbito das Turmas que compõe a Segunda Seção desta Corte de Justiça, a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, justamente por possuírem natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005.

As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.” (Resp 1437988 Decisão Min. Bellizze em 14.11.2014) Grifou-se

Trava Bancária

Se a trava bancária viesse a ser desconsiderada, na linha majoritária das Câmaras Cíveis do TJRJ, poder-se-ia cogitar de se permitir aos bancos a realização de *factoring* com direito de regresso

Argumento de alguns credores na recuperação judicial : os bancos, por estarem protegidos pela trava bancária, seriam menos cuidadosos ao conceder crédito sem uma análise mais profunda da situação da empresa mutuária: empréstimo geraria atraso na submissão da empresa aos efeitos da Lei 11.101. Esses credores terão que provar ofensa à lei por parte dos bancos.

Fiança

Havendo expressa e clara previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente.

Ressalte-se, nesse ponto, que poderá o fiador, querendo, promover a notificação resilitória nos moldes do disposto no art. 835 do CC, a fim de se exonerar da fiança. REsp 1.374.836-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/10/2013.

Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor

Fiança

O fiador de mútuo bancário não tem legitimidade para, exclusivamente e em nome próprio, pleitear em juízo a revisão e o afastamento de cláusulas e encargos abusivos constantes do contrato principal.

A despeito disso, a relação jurídica que se estabelece entre o credor e o devedor do negócio jurídico principal não se confunde com a relação estabelecida no contrato secundário (de fiança), firmado entre aquele mesmo credor e o fiador, que se apresenta como mero garantidor do adimplemento da obrigação principal. Cuida-se, portanto, de contratos que, apesar de vinculados pela acessoriedade da fiança, dizem respeito a relações jurídico-materiais distintas. Essa distinção existente entre as relações de direito material é que torna evidente a ilegitimidade do fiador para, exclusivamente e em nome próprio, postular em juízo a revisão e o afastamento de cláusulas e encargos abusivos constantes do contrato principal (mútuo bancário), materializador, como de outro modo não poderia ser, da comunhão de vontades, exclusivamente, dos contratantes (credor e devedor).

(cont.)

Fiança

Desse modo, apesar de ser inconteste a existência de interesse econômico do fiador na eventual minoração da dívida que se comprometeu garantir perante o credor, não é sua a legitimidade para demandar a revisão das cláusulas apostas no contrato principal, sendo irrelevante, nesse aspecto, o fato de responder de modo subsidiário ou mesmo solidariamente pelo adimplemento da obrigação. Isso porque, para tanto, a titular do direito material correlato é pessoa jurídica distinta e o fiador, como consabido, não está autorizado por lei a atuar como seu substituto processual. REsp 926.792-SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/4/2015, DJe 17/4/2015.

Fiança

Prestação de Fiança pelo Banco

Nicho desenvolvido por banco de menor porte: fiança a vários licitantes de um mesmo certame: pode cobrar menos porque só haverá um risco

Aval

Nosso moderador, Dr. Marcio Calil de Assumpção, especialista no assunto, com vários trabalhos publicados, apresentará os pontos mais relevantes

FEBRABAN



**COLADE
2016**

**XXXV CONGRESO
LATINOAMERICANO
DE DERECHO FINANCIERO**

Obrigado!

flavio.maia@pcpcadv.com.br