

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAQUEL CRISTINE MAYER

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A TRAVA BANCÁRIA:

Análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de
recuperação

CURITIBA

2015

RAQUEL CRISTINE MAYER

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A TRAVA BANCÁRIA:

Análise crítica acerca da não sujeição do proprietário fiduciário ao plano de recuperação

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau em bacharel em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2015

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por sempre me incentivarem a ir em busca dos meus sonhos. Serei eternamente grata por todo apoio e amor incondicionais.

Aos meus irmãos, meus melhores amigos, por estarem sempre ao meu lado.

Aos meus amigos, que me acompanharam desde o início dessa caminhada e com quem compartilhei momentos inesquecíveis, muito obrigada.

Ao Prof. Dr. Edson Isfer, meus sinceros agradecimentos, por toda a ajuda e dedicação em me orientar.

RESUMO

Com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, criou-se o instituto da recuperação judicial de empresas, em substituição ao antigo sistema da concordata. A recuperação judicial se apresenta como solução criada pelo legislador para manter em funcionamento as empresas em dificuldades econômicas temporárias. Um dos maiores triunfos da Lei foi tratar do problema da inadimplência sob o ponto de vista da preservação da atividade econômica. No entanto, alguns dispositivos legais funcionam como verdadeiros óbices à efetiva recuperação da empresa. Assim, este estudo pretende, de maneira singela, analisar a aplicação teórica e prática da não sujeição do credor titular de propriedade fiduciária à recuperação judicial. Para tanto, serão analisadas as perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do enquadramento desses credores à previsão legal.

Palavras-chave: recuperação judicial de empresas; trava bancária; Lei de Recuperação Judicial de Empresas; art. 49, §3º; alienação fiduciária de recebíveis.

ABSTRACT

With the promulgation of the law 11.101/2005, the judicial recovery system was established, in replacement to the old system, called “concordata”. The judicial recovery system represents a solution, created by the legislator to keep the companies with economic problems operating. To treat the default under the perspective of the maintenance of the enterprise was one of the greatest law accomplishments. However, some articles work as obstacles to the recovery of the enterprise. Therefore, this study intends to analyze the theoretical and practical appliance of the non-subjection of the fiduciary alienation holder to the judicial recovery system. Thereby, it will be analyzed the doctrinal and jurisprudential perspectives that frame the creditors to the legal provision.

Key-words: judicial recovery system; bank locks; Bankruptcy Law; article 49, §3º; fiduciary alienation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO DA CONCORDATA	10
3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO INSTITUTO	14
3.1 PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	17
3.1.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	18
3.1.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	22
3.1.3 ESTÍMULO À ATIVIDADE ECONÔMICA	24
4 OS CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA LEI	26
4.1 CRÉDITOS INEXIGÍVEIS	26
4.2 CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO	28
5 A GARANTIA FIDUCIÁRIA E A EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS TITULADOS PELO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	30
5.1 A GARANTIA FIDUCIÁRIA	31
5.2 MODALIDADES DE GARANTIA FIDUCIÁRIA	33
5.3 A NÃO SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS TITULADOS PELO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL	35
5.4 PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS	36
6 A TRAVA BANCÁRIA	39
6.1 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA TRAVA BANCÁRIA	40
6.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA TRAVA BANCÁRIA	42
6.3 PROBLEMAS DO PONTO DE VISTA DA PRÁTICA JURÍDICA	45
7 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO	49
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Em um meio econômico marcado pelas incertezas do mercado, as estratégias contratuais e o desempenho dos agentes econômicos variam de acordo com os estímulos concedidos pela regulamentação legal. Assim, a existência de uma legislação falimentar eficiente é imprescindível para a economia de um país, na medida em que determina as formas de redução dessas incertezas e procura oferecer proteção aos riscos inerentes ao mercado, dos quais se destaca o inadimplemento no cumprimento das obrigações.

Um sistema de resolução de inadimplências com um ordenamento jurídico capaz de garantir um mecanismo ordenado de resolução de conflitos evita a liquidação desordenada de bens integrantes do patrimônio do devedor, incentivando, dessa maneira, a manutenção da atividade empresarial. Dessa forma, quando as empresas se encontram em um estado de crise econômico financeira, faz-se necessária uma regulamentação normativa capaz de viabilizar a efetiva manutenção da atividade econômica.

O antigo sistema falimentar brasileiro tinha na concordata seu mecanismo de superação de crise empresarial. No entanto, referido instituto mostrou-se incapaz de propiciar uma solução adequada às empresas que se apresentavam ainda viáveis, e portanto capazes de serem recuperadas, especialmente pela ausência de inclusão de todos os créditos do devedor e da participação dos credores e do próprio devedor após o início do procedimento.

Grande parte da doutrina defendia que não mais podia prosperar o caráter eminentemente liquidatário da falência, que se pautava principalmente na satisfação dos credores do empresário, às custas da venda do seu patrimônio, em detrimento da manutenção da atividade empresarial.

Assim, com o advento da nova Legislação Falimentar, a preocupação da Lei nº 11.101/2005 se distanciou da mera proteção ao crédito e passou a se basear na importância que a atividade econômica desempenha na sociedade, principalmente através de sua função social, traduzida na manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, geradora de bens e serviços.

Sob esse ponto de vista, a Lei nº 11.101/2005 possui espírito diferente do Decreto-lei 7.661/1945. Respeitou-se o valor social da empresa em dificuldade

econômico-financeira e foram criados mecanismos para possibilitar a sua recuperação. Assim, o novo sistema introduziu em nosso ordenamento os institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, elaborados sob a premissa de preservação da atividade empresarial que se apresenta temporariamente em dificuldade, ou seja, com problemas passíveis de serem sanados.

Neste trabalho, será analisado exclusivamente o instituto da recuperação judicial da empresa, o qual busca amparar e manter em funcionamento as empresas em dificuldade econômicas temporárias, e, assim, assegurar os empregos existentes e os interesses de terceiros, como os credores, os consumidores e o fisco.

O processo de recuperação surge, portanto, como um remédio destinado a incentivar a negociação coletiva entre os credores e o empresário em crise. Satisfazendo a necessidade de criação de uma lei capaz de equilibrar os interesses e riscos entre credores, devedor e os outros agentes econômicos, objetivando trazer maior segurança e previsibilidade para o mercado.

A recuperação judicial de empresas objetiva, desse modo, viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor. Tal medida possui marcante caráter social, tendo como princípios orientadores a função social da empresa, a manutenção da fonte produtora e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o objetivo da Lei de Recuperação e Falência, expresso em seu artigo 47, apresenta-se como a manutenção da atividade empresarial, há dispositivos previstos na própria Lei que contrariam essa ideia. O presente trabalho tem por objetivo analisar um dispositivo em particular: a modalidade de trava bancária que é garantida pela alienação fiduciária de direitos creditórios, prevista no artigo 49, §3º, da Lei.

A trava bancária, assim chamada porque tem nas instituições financeiras a modalidade mais frequente desse tipo de credor, diz respeito a não sujeição dos créditos garantidos por alienação fiduciária ao plano de recuperação judicial, prerrogativa concedida pelo legislador a esses credores sob a justificativa econômica de necessidade de criação de garantias mais seguras para que as instituições financeiras pudessem conceder crédito a taxa de juros mais baixas.

Acontece que, na prática, toda vez que a alienação fiduciária recair sobre os bens essenciais à atividade empresarial, como estoque, insumos e até mesmo sobre

o faturamento da empresa, torna-se inviável a recuperação judicial da empresa em crise.

Nesse contexto, almeja-se demonstrar que, muito embora a justificativa econômica para a criação dessa trava bancária tenha sido a necessidade de criação de garantias mais seguras às instituições financeiras, em uma tentativa de que elas concedessem crédito a taxas de juros mais baixas, a trava impacta negativamente as empresas em crise, muitas vezes inviabilizando sua própria recuperação.

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO CONCORDATA

A falência tinha, em sua origem, manifesto caráter punitivo. No Direito Romano, o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e até mesmo sua própria vida. Na Idade Média, entretanto, a tutela estatal assumiu um papel relevante, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. Nessa fase, a falência era considerada um delito, sujeitando, assim, o falido às punições que iam da prisão à mutilação.

Com o Código Comercial Francês, de 1807, houve considerável evolução do instituto. Em que pese ainda se atribuía severas restrições ao falido, assumiu a falência um caráter econômico-social, distinguindo a partir daí os devedores honestos dos devedores desonestos, reconhecendo-se a possibilidade de uma empresa se apresentar em uma crise econômico-financeiro sem culpa do devedor.

No Brasil, após já estabelecida a distinção entre bons e maus pagadores, entre devedores honestos e desonestos, procurou-se evitar a quebra dos devedores honestos e a paralização da sua atividade, possibilitando-lhes um diálogo com os credores, por meio da moratória (*prescriptio moratoria*), uma dilação de prazo concedida ao devedor para liquidar suas obrigações. Criou-se, assim, um novo instituto, o qual, diferentemente da falência, buscava a manutenção da atividade. A moratória, por sua vez, foi substituída, posteriormente, pelo instituto da concordata. (ALMEIDA, 2013, p. 315)

A primeira modalidade de concordata prevista em nosso ordenamento foi a concordata suspensiva, que era concedida no decorrer do processo falimentar, com o escopo de suspender a falência já decretada e restituir ao falido a livre administração dos seus bens. Para ser válida, no entanto, exigia-se que a concordância dos credores. (OLIVEIRA, 2005, p. 38).

Paralelamente à concordata suspensiva, o Código Comercial concedia, ainda, a moratória ao comerciante que comprovasse que a insolvência decorria de acidentes extraordinários ou por motivos de força maior.

Com o Decreto nº 917, foi introduzida em nosso ordenamento a concordata preventiva, que era requerida com o objetivo de impedir a decretação da falência do devedor. Essa modalidade de concordata possuía duas modalidades: a extrajudicial e a judicial. A primeira era fruto de um acordo firmado entre devedor e credores,

exigindo apenas a homologação do juiz. Já a segunda era necessariamente deflagrada pelo juiz.

Com o advento da Lei nº 2.024 de 1902, pôs-se fim à modalidade da concordata preventiva extrajudicial. Com o surgimento do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, a antiga Lei de Falências, colocou-se fim à exigência de aprovação prévia dos credores, assumindo a concordata uma feição de “*favor judicial concedido pelo juiz*” (ALMEIDA, 2013, p. 318). Assim, independentemente da vontade dos credores, desde que preenchidas as exigências legais, o devedor comerciante poderia obter a concordata, e, em teoria, recuperar o equilíbrio financeiro-econômico para a continuidade da atividade negocial.

A concordata, no entanto, com o decorrer do tempo apresentou-se inadequada tanto ao devedor quanto aos credores. Isso porque não assegurava aos devedores os recursos financeiros fundamentais para a continuação de sua atividade empresarial. Faltava, assim, a legislação estabelecer certo tipo de fomento aos empresários.

Diante desse quadro, fez-se necessário a alteração da legislação vigente, com a implementação de um sistema voltado à efetiva recuperação da atividade empresarial, e não a mera satisfação dos credores. Surgiu, assim, em nosso ordenamento, com o advento da Lei nº 11.101 de 2005, o instituto da recuperação judicial de empresas. A diferença entre estes institutos foi imperativa para assegurar uma concreta manutenção da atividade da Empresa (ALMEIDA, 2013, p. 319).

Eduardo PIMENTA destaca que o Decreto-lei nº 7.661/1945 preocupava-se principalmente com as dificuldades que o empresário teria para cumprir suas obrigações. Assim, ao disciplinar a crise econômica da empresa, referido decreto ignorou as outras possíveis dificuldades inerente ao exercício da atividade empresarial, que não as de pagar as obrigações assumidas por seu titular. Nesse sentido, ressalta o doutrinador que (PIMENTA, 2006, p. 6):

“O não cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas é, por assim dizer, sintoma que o legislador tomou como referencia para diagnosticar que um determinado empresário encontra-se em dificuldade econômica.”

Em contrapartida, no novo regime legal, previsto na Lei nº 11.101/2005, faz-se necessário uma análise de cada caso em particular sobre a causa da extinção do pagamento das obrigações assumidas pelo empresário. Se o problema se

apresentar sem solução, deve-se caminhar para o encerramento da atividade empresarial, que não mais se apresenta viável, retirando do mercado a empresa em falência. Se, por outro lado, a circunstância causadora da cessação do pagamento puder ser interrompida, restaurando-se a atividade econômica, deve-se incidir o instituto da recuperação judicial (PIMENTA, 2006, p. 7).

Segundo o OLIVEIRA (2005, p. 39), enquanto que a concordata abrangia apenas os créditos quirografários, a recuperação judicial abrange, em princípio, todos os créditos habilitados no procedimento, abarcando, assim, os créditos trabalhistas, os créditos com garantia real, os créditos quirografários e os créditos com privilégio especial e com privilégio geral.

Na recuperação judicial da empresa exige-se, ainda, que o devedor apresente um plano de recuperação, através do qual deverá discriminar os meios de recuperação a serem empregados, demonstrar a viabilidade econômica da empresa e apresentar um plano de solução do passivo. Na concordata, diversamente, o credor apenas aguardava por uma nova forma de liquidação de seus débitos quirografários.

Além disso, OLIVEIRA (2005, p. 39) destaca ser notável na concordata o esforço de se ampliar, na medida do possível, os poderes dos magistrados. É nessa perspectiva que a concordata deixou de ser um contrato para ser tomada como um benefício concedido pelo Estado, através da pessoa do juiz.

Maria Celeste Morais GUIMARÃES (2006, p. 156) destaca o papel eminentemente processualista da concordata, na medida em que estabelecia meramente os requisitos legais para sua concessão, sem que fosse apreciada a questão da viabilidade econômica da empresa.

Igualmente, SOUZA (2009, p. 61) aduz que o nascimento do instituto da recuperação judicial, em substituição à inoperante concordata, confirma a tendência do nosso direito de desjudicialização das soluções de controvérsia. Bem como demonstra o interesse do Estado em manter a atividade do devedor, de modo que este atenda, como relevante agente econômico, a sua finalidade social e econômica, deixando de lado a antiga ideia de imediata liquidação dos bens do devedor.

Assim, é consenso entre a doutrina que a Lei nº 11.101/2005 representa um avanço na legislação falimentar no país, ao instaurar os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial de empresas, prevendo um mecanismo que

visa a efetiva recuperação da empresa e o amplo envolvimento dos credores e devedores durante todo o procedimento.

Nesse entendimento, LIPPERT e SILVA (2009, p. 303) afirmam que há tempos se constatava a completa defasagem do Decreto Lei 7.661/1945. Isto porque ao credor não era outorgada qualquer possibilidade de interposição no processo de concordata preventiva ou falência, restando-lhe somente assistir o desenvolver do processo. Do mesmo modo, para a empresa devedora não era concedida qualquer forma de superação da crise, senão as fórmulas legais intransigentes que praticamente conduziam à quebra da empresa.

Assim, concluem os autores (2000, p. 303) que a nova lei

procurou suprir a carência e a defasagem que antes existiam; novos conceitos foram adotados a fim de criar um ambiente formal de negociação e de cooperação, estimulando credores e devedores no sentido da solução mais eficiente, seja ela a tentativa de recuperação ou, se não for possível, a falência da empresa.

O instituto da recuperação judicial, portanto, põe em evidência a preocupação de preservar a empresa, vista como instituição social para a qual se conjugam interesses diversos: o lucro da sociedade empresária, os salários dos trabalhadores, os serviços prestados pela empresa, os tributos do Poder Públicos, os créditos dos fornecedores.

3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO INSTITUTO

O instituto da recuperação de empresas, tanto sob a forma judicial quanto extrajudicial, foi criado para as hipóteses em que as empresas se deparam com situações de inadimplência, mas que se apresentam economicamente viáveis, e, portanto, recuperáveis. Diferentemente, assim, da situação de insolvência, a qual está relacionada à impossibilidade de superação da crise empresarial, ou seja, da irreversibilidade da crise, culminando, conseqüentemente, na falência da empresa (TOMAZETTE, 2014, p. 295).

Fábio Ulhoa COELHO (2011, p.97), ao tratar da empresa em crise, propõe uma distinção entre crise econômica, crise financeira e crise patrimonial. Por crise econômica, entende-se a contração nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. A crise financeira, por sua vez, manifesta-se quando a sociedade não tem fluxo de caixa para adimplir seus compromissos. Já a crise patrimonial é caracterizada pela insolvência, ou seja, insuficiência de patrimônio no ativo para atender à satisfação do passivo.

Segundo o autor, em princípio, uma crise desencadeia as outras, o que por vezes torna difícil fazer uma distinção entre elas. Em geral, cabe dizer que uma empresa está em crise após a manifestação de uma das três formas acima descritas ou até mesmo das três formas simultaneamente.

Conforme defende TOMAZETTE (2014, p. 4), as crises sempre afetam os interesses do empresário, mas nem sempre atingem os interesses dos credores e da sociedade. As crises econômicas, fiscais e patrimoniais são as mais preocupantes, na medida em que podem representar a inadimplência e o aumento do risco dos credores, comunidade e fisco, ligados à atividade empresarial, motivo pelo qual o direito empresarial procura apresentar soluções para essas hipóteses.

Tem-se, assim, que a crise de uma empresa não gera prejuízos apenas para os empreendedores e investidores, mas significa também o fim de postos de trabalho, o desabastecimento de produtos e serviços e a diminuição na arrecadação de impostos. Por isso, o direito procura solucionar as crises através da criação de mecanismos jurídicos.

Assim, a recuperação judicial se apresenta como a solução criada pelo legislador para manter em funcionamento as empresas em dificuldades econômicas temporárias. Nesse sentido, defende PIMENTA (2006, p. 153) que,

a recuperação de empresas não é um instituto destinado a todos os empresários em crise econômico-financeira. É uma solução legal aplicável apenas àqueles cujas empresas se mostrem temporariamente em dificuldades e, além disso, que se revelem economicamente viáveis.

Referido instituto diz respeito a uma série de atos destinados a reestruturar e a manter em funcionamento a empresa em dificuldades financeiras temporárias. O papel do Judiciário é limitado a acompanhar a aplicação dos procedimentos previstos em lei e regular a matéria de forma a evitar que o risco assumido pelo empresário se alastre e seja estendido a terceiros, como fornecedores e instituições financeiras.

Fábio Ulhoa COELHO (2011, p. 252) defende que a recuperação da empresa não pode ser vista como um valor absoluto, buscado a qualquer custo. Existem empresas que devem ser encerradas, seja por tecnologia atrasada, falta de capital e até mesmo por organização administrativa precária:

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 os seus credores.

A Lei 11.101, de 09.02.2005, ao revogar o Decreto-lei 7.661 de 1945, introduziu em nosso ordenamento importantes alterações em relação à disciplina das empresas em dificuldade, inserindo, para tanto, os procedimentos de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial de empresas e extinguindo o procedimento da concordata, cuja disciplina jurídica aplicável praticamente impedia a possibilidade de reabilitação de empresas em crise econômico-financeira. (KIRSCHBAUM, 2009, p.5).

Outra alteração que merece destaque é a natureza de acordo atribuída pela Lei nº 11.101/2005 à recuperação judicial, tornando essencial o encontro entre as vontades do devedor e dos seus credores. Assim é que a proposta do devedor só produz efeitos se for aceita pelos credores, concedendo aos credores a chance de participar ativamente de todo o processo (TOMAZETTE, p. 136).

Grande parte da doutrina destaca que um dos maiores triunfos da nova lei foi tratar do problema da inadimplência sob o ponto de vista da preservação da atividade econômica. (BECUE, RIBEIRO, p. 449).

Assim, a recuperação judicial de empresas se apresenta como a pretensão posta em juízo, de natureza privatística empresarial, que tem por finalidade atingir a extinção das obrigações, com superação da crise econômico-financeira. (RESTIFFE, 2008, p. 47).

O artigo 47 da nova lei enuncia, de forma clara, os objetivos do regulamento em análise:

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.

Da análise do referido artigo, resta evidente que o escopo principal da Lei 11.101/2005 é a superação da crise econômico-financeira do devedor empresário, com a finalidade de proteção jurídica do mercado, o qual atua em benefício da sociedade como um todo.

Dentro desse objetivo geral de superação da crise, depreende-se do artigo ora analisado objetivos mais específicos, como a manutenção da fonte produtora, a manutenção do emprego dos trabalhadores, e a preservação dos interesses dos credores. (TOMAZETTE, 2014, p. 47).

A manutenção da fonte produtora diz respeito à manutenção da empresa em funcionamento. Dai porque permite-se a alienação da organização a outro empresário ou sociedade que mantenha a atividade empresarial. Não se busca salvar o empresário, mas a empresa, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. Sua preservação não interessa apenas ao empresário mas a todos os agentes econômicos envolvidos com a sua manutenção. É importante, portanto, que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com novo titular.

Nesse diapasão, José Francelino de ARAÚJO (2009, p. 106), afirma que

No plano social, a ideia de recuperação da empresa traz inúmeras vantagens para a sociedade. Quando o governo evita a quebra de uma empresa, ele está assegurando postos de trabalho para os operários, para funcionários graduados, para sócios e diretores; está produzindo riqueza

com a venda de bens e criando impostos com os quais o governo deve atender aos reclamos sociais, econômicos e culturais.

A ideia de manutenção da empresa está diretamente ligada à eficiência econômica, que significa, na visão de GOLDBERG (2010, p. 347), preservar os ativos que valem mais em conjunto e em operação do que isoladamente. Nesses casos, o fluxo de caixa gerado pela empresa será superior ao gerado pela alocação dos ativos da empresa a outros usos.

No que tange à proteção aos trabalhadores, por terem como principal bem sua força de trabalho, merecem ser protegidos, não só na perspectiva de uma ordem mais favorável de recebimento de seus créditos, mas também vistos com instrumentos que, ao preservarem a empresa, preservem também os postos de trabalho.

Por fim, a preservação dos interesses dos credores está amplamente ligada à participação ativa dos credores na recuperação judicial, de modo que, intentando para a defesa de seus próprios interesses, principalmente o recebimento dos créditos devidos, os credores otimizem os resultados obtidos com o processo de recuperação. (LIPPERT, SILVA, 2009, p. 305).

3.1 PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A fim de atingir seus objetivos, a recuperação judicial se pauta em uma série de princípios, que deverão reger a interpretação e a aplicação da lei de recuperação e falência.

De acordo com Karl LARENZ (1991, p. 601), princípios não são regras imediatamente aplicáveis ao caso concreto, mas são diretrizes, pautas orientadoras, que iluminam as interpretações dos aplicadores do Direito.

Para Luís Roberto BARROSO (2011, p. 226), princípios são “*a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico*”. No entendimento do autor, os princípios deixaram de ser fonte secundária de direito para serem tomados no centro do sistema jurídico, através do qual influenciam a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Assim, os princípios que comandam as normas do sistema de recuperações consistem em objetivos superiores que conduzem a interpretação dos procedimentos pelos aplicadores do direito. Desse modo, eles têm que ser analisados de forma a manter entre si uma complementação recíproca. (SANTOS, 2009, p. 161).

Ao tratar da recuperação judicial de empresas, a doutrina enumera uma ampla gama de princípios. Waldo FAZZIO JUNIOR (2010, p. 15) indica como princípios a viabilidade da empresa, a relevância do interesse dos credores, a publicidade dos procedimentos, a *par conditio creditorium*, a maximização dos ativos e o princípio da preservação da empresa. Paulo RESTIFFE (2008, p. 3), por outro lado, reconhece como princípios da recuperação judicial a igualdade entre os credores, a lealdade, a impossibilidade de imposição de sacrifício maior aos credores, a preservação da empresa, o tratamento jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte e o próprio princípio da recuperação de empresas.

No presente trabalho, procurou-se escolher dentre as inúmeras classificações, uma que englobasse os valores expressos na lei de uma maneira mais simplificada. Assim, para fins desse trabalho, será adotada a proposição de Marlon TOMAZETTE (2014, p. 51), o qual elenca os seguintes princípios: princípio da função social da empresa, princípio da preservação da empresa e princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, não será objeto de análise neste trabalho, tendo em vista a falta de indicativos precisos na doutrina e na Lei 11.101/2005 de que se trata de um dos vetores da Recuperação Judicial.

A par dessa classificação, faz-se importante adicionar o entendimento de Eduardo Goulart PIMENTA, quando enfatiza que o estímulo à atividade econômica, aliado aos outros princípios, funcionam como diretrizes interpretativas do procedimento de recuperação judicial (PIMENTA, 2012, p. 133).

3.1.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social é, na visão majoritária da doutrina, o princípio base, que serve como fundamento axiológico para a conformação de todos os princípios que disciplinam a recuperação judicial. Na visão de SANTOS (2009, p. 166), este princípio se destina à consolidação dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de construir uma sociedade justa e solidária.

Segundo ARNOLDI e MICHELAN (2010, p. 390), a empresa representa uma força socioeconômica, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão, o que acaba por influenciar a comunidade em que se encontra, razão pela qual lhe são atribuídos deveres sociais. Em uma economia moderna, a empresa e o Estado devem trabalhar juntos, de maneira a redefinir seu papel e missão na sociedade, na busca de uma maior desenvolvimento humano e vivência da cidadania.

Também GAMA e BARTHOLO (2007, p. 16), ao tratar da noção de função social, defendem que o fenômeno da funcionalização reflete a necessidade de condicionamento do exercício dos direitos individuais aos interesses maiores da sociedade. A questão que se coloca é justamente aquela em definir em que consistiriam tais interesses.

Nessa concepção, a função social da empresa não pode ser vista como mera consequência da associação entre o poder empresarial e a função social da propriedade em si, na medida em que o fenômeno da funcionalização se estende a todos os institutos do direito. Assim, a empresa deve se pautar nos demais parâmetros constitucionais que regem o exercício da atividade econômica.

É nesse sentido que GAMA e BARTHOLO (2007, p. 24) entendem que o artigo 170 da Constituição Federal de 1988¹ deve ser tomado como uma diretriz, um

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – Soberania nacional;

II – Propriedade privada;

III – Função social da propriedade;

IV – Livre concorrência;

V – Defesa do consumidor;

VI – Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação;

VII – Redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – Busca do pleno emprego;

IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

norte, para a função social da empresa. Ou seja, toda a atividade empresarial deve ser conduzida conforme os ditames do referido artigo. No entanto, os deveres impostos pela função social não se esgotam no texto constitucional ou em leis ordinárias, pois o conteúdo da função social da empresa deve ter em vista a máxima do atendimento ao exercício justo da atividade empresarial.

Marlon TOMAZETTE (2014, p. 52), ao tratar da função social a partir da interpretação da Constituição Federal de 1988, defende que a própria Carta impõe uma limitação à atuação dos empresários, na medida em que determina que a empresa deverá atender a sua função social.

Nessa acepção, conclui o autor (2014, p. 52) que,

Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresária, vale dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade.

FRANCO defende uma aplicação equilibrada desse princípio, afirmando que, a par de garantir postos de trabalho e de gerar riquezas, a função social da empresa se manifesta quando ela remunera o capital investido, fazendo frente a obrigações assumidas com os fornecedores (2011, p. 182). Em sua percepção, portanto, a empresa deve ser garantia do interesse dos credores, incluindo-se aqui também os interesses dos não empregados.

No entanto, não foi sem polêmica que o tema da função social se desenvolveu no Brasil. A grande controvérsia debatida pela doutrina cinge-se no fato de que a função social da empresa apresenta um sentido amplo e indeterminado. Nesse sentido, Gustavo TEPEDINO (2008, p. 396), destaca que referido princípio possui um caráter enigmático e polêmico, cuja imprecisão projeta-se sobre o interesse social da atividade empresarial. Com efeito, a discussão se dá em torno da dificuldade de se especificar o que pode ser considerado como interesse social à luz da nova compreensão da empresa.

Segundo Eduardo Secchi MUNHOZ (2002, p. 37), no estudo do interesse social inerente às empresas contemporâneas, faz-se necessária uma breve análise das teorias contratualista e institucionalista, por representarem concepções

divergentes sobre o interesse social e, conseqüentemente, sobre a função da empresa.

Para os contratualistas clássicos, o interesse da empresa e o interesse dos sócios se confundem, não havendo nenhum interesse externo a ser observado. Segundo essa visão, o objetivo final dos sócios se pauta na produção de lucros, com sua respectiva distribuição. Logo, reconhece-se apenas os interesses intrasocietários, não atribuindo valor aos interesses dos empregados ou da comunidade local.

Em posição contrária à teoria contratualista, encontra-se a teoria institucionalista, segundo a qual as empresas existem e se desenvolvem para servir ao interesse público. A construção dessa teoria pauta-se no interesse público e na autopreservação da unidade produtiva, como forma de atender às demandas sociais.

O reconhecimento de que os administradores da sociedade devem se ater aos interesses dos trabalhadores e da comunidade local é louvável, mas somente seria possível após a elaboração de um sistema eficaz que atribuísse legitimidade aos titulares desses interesses para sua defesa e que atribuísse também deveres e responsabilidades aos condutores da atividade empresarial. No entanto, conforme defende MUNHOZ (2002, p. 38), inexistente no Brasil um sistema dessa natureza, chegando o autor a considerar que esse princípio se apresenta como regra meramente retórica e de duvidosos efeitos práticos em nossa realidade.

De acordo com o autor, a ausência de um mecanismo adequado que resguarde a função social da empresa está atrelada à dificuldade de estabelecer os limites em que devem ser resguardados os interesses dos administradores, de um lado, e, de outro lado, os interesses da comunidade. E é essa dificuldade que faz emergir, novamente, a discussão entre contratualistas e institucionalistas, no sentido de quais interesses devem ser protegidos pela sociedade e quais os limites devem ser impostos aos administradores.

MUNHOZ (2002, p. 49) apresenta como uma possível solução a criação de regras que permitam uma organização mais eficiente dos interesses que circunscrevem a empresa. *“Uma eficiência não apenas produtiva, mas distributiva, que assegure duradoura prosperidade, rentabilidade e repartição equitativa de resultados entre todos os participantes da atividade empresarial”.*

Para fins desse trabalho, compartilha-se da visão dos autores que defendem o princípio da função social como um princípio deontológico e vinculante, na medida em que uma das funções dos princípios é a de assegurar maior consistência à fundamentação do discurso jurídico. Nesse sentido, conforme ensina Ana FRAZÃO (2011, p. 8), o princípio da função social da empresa apresenta a eficácia inerente às normas jurídicas, vinculando não apenas o legislador, mas também os particulares.

Para a autora, a função social da empresa precisa ser adequadamente interpretada e concretizada em conformidade com os outros princípios fundamentais previstos no ordenamento constitucional, devendo, para tanto, levar em consideração os diversos interesses que se projetam sobre a empresa, tanto internos (relativos aos administradores e empregados), como os externos (quando envolvem os consumidores, os fornecedores, o Estado e a sociedade como um todo).

Nesse diapasão, conclui a autora que (FRAZÃO, p. 8):

Se não há como afastar a conflituosidade natural que caracteriza a empresa na atualidade, há que se encontrar soluções para que esta seja corretamente equacionada em face dos princípios constitucionais pertinentes e das necessidades pragmáticas, de ordem econômica, política e social, que justificam a disciplina legal das sociedades empresárias.

Ou seja, o princípio da função social da empresa é princípio que norteia a atuação empresarial, devendo esta pautar-se na importância que a empresa apresenta na sociedade, tida como fonte geradora de empregos, bens, serviços e impostos.

3.1.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Muitos autores defendem que o princípio orientador do instituto da recuperação judicial é o princípio da preservação da empresa, cujos alicerces estão ligados ao princípio da função social da empresa. É com base nesse princípio que a

crise econômico-financeira da empresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação.

Em razão do processo de modernização do Direito, a empresa deixou de ser vista como instrumento de satisfação dos interesses de seus sócios para se tornar uma instituição de interesse coletivo, de modo que se constitui como efetivo instrumento de produção e distribuição de riqueza, fonte de postos de trabalho e rendas tributárias e fornecimento e circulação de produtos e serviços (FERREIRA, p. 113).

Assim, em uma economia de mercado, a empresa é tida como um elemento econômico essencial, na medida em que congrega trabalhadores, gera impostos, compra e vende mercadorias e presta serviços. Todos os agentes econômicos estão interligados, de forma que a inadimplência de um agente é capaz de gerar problemas de ampla dimensão, afetando a todos os demais que com ele negociam (LIPPERT, SILVA, 2009, p. 307).

A ideia de preservação da empresa foi positivada no artigo 47 da Lei de Recuperações e pressupõe uma empresa viável, em estado de crise temporária e superável. A preocupação da Lei se afastou da mera proteção do crédito para se ater à importância que a atividade econômica desempenha na sociedade, traduzida na manutenção da fonte produtora, arrecadadora de tributos, responsável pelo desenvolvimento social da sociedade e fonte de empregos e serviços.

Nesse sentido, o pagamento dos credores é objetivo englobado pela nova Lei, mas agora em vista de um objetivo adequado à realidade econômica do país, levando-se em conta a importância que a atividade empresarial desempenha na sociedade. (BECUE, RIBEIRO, 2010, p. 462)

Segundo TOMAZETTE (2014, p. 52), a análise desse artigo evidencia que uma empresa em recuperação deve ser avaliada tanto em seu aspecto econômico quanto em seu aspecto social. Sob o aspecto econômico, está relacionada à ideia de geração de produtos e serviços. Já no âmbito social, deve ser analisado o impacto do encerramento da atividade em uma determinada comunidade, entendida como fonte geradora de trabalho e serviços.

Assim é que o referido artigo prevê a superação da crise da empresa com a finalidade de garantir a fonte produtora de emprego e do interesse dos credores, em outras palavras, de garantir a manutenção da atividade empresarial, estimulando a atividade econômica.

A ideia de preservação da empresa compreende, assim, a separação essencial entre a empresa em si (dai entendida sua atividade) e a pessoa do empresário, titular da empresa. (TOMAZETTE, 2014, p. 53).

Ou seja, a recuperação judicial não se preocupa em proteger o empresário, mas se preocupa em salvar a empresa, em manter a atividade funcionando. Por óbvio que não se descarta a manutenção da atividade empresarial com o mesmo empresário ou titular, mas o princípio expressa a preferência da nova lei em manter a empresa funcionando e gerando trabalhos, serviços e impostos. Assim é que a Lei nº 11.101/05 se preocupa em prever instrumentos para que a atividade empresarial sobreviva ao momento de crise, ainda que isso provoque alterações no quadro societário ou alienação do conjunto organizado de capital e trabalho para outro empresário capaz de perpetuar seu objeto.

A recuperação judicial, portanto, tem como principal finalidade o soerguimento da empresa, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera. (MAMEDE, 2014, p. 122).

Há, assim, com a recuperação judicial, o interesse público e social na preservação da atividade produtiva e no desenvolvimento da empresa. A reorganização da empresa atinge, no ponto de vista de OLIVEIRA (2005, p. 232), o interesse público pela continuação da atividade funcional da empresa, traduzido na observação de sua função social.

A preservação da empresa é, portanto, o princípio através do qual se conjugam os interesses lucrativos do empresário, a estabilidade na geração de empregos e os interesses do Estado na geração de tributo.

Nesse sentido, conclui Luiz Edson FACHIN (2001, p. 198), que o referido princípio *“é gênero no qual a continuidade das atividades compõe espécie, e nele se encontra similitude com a guarita do patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento”*.

3.1.3. ESTÍMULO À ATIVIDADE ECONÔMICA

Um sistema de recuperação que cria mecanismos ordenados para resolver os problemas de inadimplência e que coordena os interesses das empresas e dos

credores gera resultados eficientes do ponto de vista econômico. O papel desempenhado pela legislação falimentar é imprescindível para a sinalização aos agentes econômicos sobre possíveis resultados em uma estratégia de negócios. A recuperação da empresa tem, portanto, o escopo de corrigir disfunções do sistema econômico.

Ocorre que o ambiente econômico é marcado por incertezas e riscos. Nesse ambiente, o regime falimentar funciona como um minimizador dos impactos dessa incerteza, na medida em que determina a forma pela qual os conflitos serão resolvidos em uma situação de inadimplência. *“Dependendo da natureza da legislação falimentar, as empresas seguirão estratégias com maior ou menor riscos”*. (LISBOA, 2005, p. 32).

Se a legislação oferecer proteção demasiada ao empresário, permitindo que os gestores preservem seu patrimônio após a falência, esses gestores realizarão atividades sem tomar os devidos cuidados para evitar o fracasso. Por outro lado, se a legislação falimentar proteger mais os credores, prejudicará a realização de investimentos, tendo em vista o risco demasiado aos gestores.

A criação de uma legislação que trate da recuperação de empresas deve, portanto, considerar os impactos da inadimplência em todo o mercado. Seus mecanismos são essenciais para determinar o comportamento dos agentes econômicos e, assim, o funcionamento de toda a economia.

Assim, segundo Marcos de Barros LISBOA (2005, p. 59),

A introdução no país de um marco legal falimentar bem balanceado, baseado nos institutos de recuperação de empresas e falências e que equilibra os interesses de devedor e credores, constitui um passo fundamental na direção de um ambiente econômico com maior segurança jurídica e destinado à preservação da produção, do emprego e do crédito. Esse é um avanço institucional importante, com impactos positivos no funcionamento da economia.

Na visão do supracitado autor, a Lei 11.101/2005, em comparação ao antigo Decreto-Lei nº 7.661/45, procurou contrabalançar os incentivos, de maneira que dispõe de um sistema de resolução de inadimplência equilibrado e eficiente. Assim, o advento da nova Lei previu dispositivos para estimular a negociação entre devedor e credores e criar soluções de mercado para as empresas em dificuldades financeiras, estimulando o exercício da atividade econômica.

4 OS CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA LEI

A recuperação judicial admite, de maneira geral, que seu deferimento produza efeitos em relação a todos os credores do devedor, existentes na data do pedido. Em princípio, portanto, todos os créditos arrolados na recuperação judicial estariam sujeitos as suas disposições.

Segundo Samira OTTO (2009, p. 67), enquanto que na falência a classificação dos créditos ocorre de forma ordenada, com uma ordem disposta no artigo 83 da Lei nº 11.101/2005, na recuperação judicial, muito embora cada credor conserve as características e privilégios que lhe são próprios, os pagamentos serão dados na forma prevista no plano de recuperação da sociedade empresária, sem obedecer à ordem específica prevista na Lei para o caso de falência.

Assim, determinado o processamento da recuperação judicial, os credores terão seus créditos sujeitos à verificação na ação judicial. Neste esteira, prevê o artigo 49² da Lei nº 11.101/2005 que estão sujeitos à recuperação judicial todos aqueles créditos existentes na data do pedido da recuperação, ainda que não vencidos. A regra geral estabelecida pelo legislador é que a recuperação judicial atinge todos os créditos existentes ao tempos do ingresso do pedido (LIPPERT, SILVA, 2009, p. 324).

A determinação ampla e genérica disposta pelo artigo 49 não é, no entanto, definitiva, já que não abarca os créditos inexigíveis nem os créditos excluídos da recuperação pela própria Lei nº 11.101/2005, os quais serão objeto de análise dos pontos seguintes.

4.1 CRÉDITOS INEXIGÍVEIS

² **Art. 49.** Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Em decorrência da situação de crise econômico-financeira do devedor que demanda a recuperação judicial, determinados créditos não são abrangidos pela recuperação judicial.

O artigo 5º, da Lei nº 11.101/2005, determina que não serão exigidos do devedor e, portanto, não são abrangidas pela recuperação judicial as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Art. 5.º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

I – as obrigações a título gratuito;

II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

As obrigações a título gratuito são aquelas em que o empresário em recuperação concede benefício patrimonial para terceiros, sem obter qualquer contraprestação. Sob o entendimento do regime de recuperação empresarial, todo e qualquer ato do devedor que venha representar sacrifício para o seu patrimônio constitui obrigação a título gratuito (OLIVEIRA, 2005, p. 127).

Segundo TOMAZETTE (2014, p. 71), nas obrigações a título gratuito, como as doações, por exemplo, o empresário em recuperação não se beneficiou da relação jurídica estabelecida, já que não há contraprestação econômica, motivo pelo qual o crédito não é abrangido pela nova Lei.

Conforme destaca Ulhoa COELHO (2011, p. 116), a inadmissão das obrigações a título gratuito se dá no sentido de economizar os escassos recursos disponíveis para o atendimento dos credores titulares de créditos derivados de negócio oneroso ou de natureza pública.

No mesmo sentido, as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial também não poderão ser pleiteadas, representando uma exceção à regra geral da distribuição dos ônus da sucumbência. Assim, na recuperação as custas e honorários de advogado despendidos pelo credor para habilitar-se e eventualmente defender seu crédito não poderão ser reclamados da massa ou do devedor em recuperação, devendo ser arcados pelo credor.

Segundo TOMAZETTE (2014, p. 72), essa exclusão demonstra uma tentativa do legislador de socializar os prejuízos de uma empresa em crise e, portanto, desonerar nesse aspecto a empresa em recuperação.

4.2 CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO

A par dos créditos inexigíveis, existem outros créditos que não se sujeitarão à recuperação judicial, em decorrência de expressa disposição legal.

TOMAZETTE (2014, p. 73) os distingue em duas categorias: os credores fiscais e os credores proprietários.

Os credores fiscais não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, não havendo nem mesmo suspensão das execuções fiscais em curso. Tal situação decorre de exclusão prevista no artigo 187 do Código Tributário Nacional, que determina que o crédito fiscal não é sujeito a concurso de credores ou à recuperação judicial.

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Segundo o autor, tendo por base os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não se admite a negociação sobre os créditos fiscais, de modo que não poderão ser incluídos no processo de recuperação.

Os credores proprietários, por sua vez, estão referidos no artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, a saber: 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.

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

Conforme enfatizado por TOMAZETTE (2014, p. 73), na prática, essa previsão vem limitando a eficácia da recuperação judicial, já que grande parte dos credores se revestem dessa característica e acabam excluídos do processo de recuperação. Tendo em vista que essa medida beneficia principalmente as instituições financeiras, a esses créditos deu-se o nome de “trava bancária”, assunto que vai ser aprofundado nos próximos capítulos.

5 A GARANTIA FIDUCIÁRIA E A EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS TITULADOS PELO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Como visto no capítulo anterior, existem créditos que, por disposição legal, não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. É o caso do crédito titulado pelo proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, previsto no §3º, do artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, que será objeto de análise mais aprofundada nesse capítulo. Referida previsão é chamada pela doutrina de “trava bancária”, tendo em vista que as instituições financeiras são os principais credores dessa modalidade.

A garantia real, denominada propriedade fiduciária é constituída por meio de contrato de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária, de acordo com a natureza do bem que o devedor pretende transferir ao credor, em garantia de certa e determinada obrigação.

As previsões contidas no §3º, do referido artigo, em especial ao proprietário fiduciário, vêm se tornando objeto de posicionamentos contrários tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em razão da alegada infringência ao princípio da *par conditio creditorum*, que prevê um tratamento paritário entre os credores. (MENDES, 2010, p. 137).

A exclusão desses créditos do regime da recuperação judicial significa, portanto, que seu titular não participará da deliberação do plano de recuperação, cujos efeitos não o atingem. “*A lei confere ao titular do crédito dessa natureza, portanto, uma prerrogativa especialíssima em relação aos demais credores.*”. Assim, a vontade desse titular não pode ser superada pela vontade da maioria dos credores sujeitos ao plano de recuperação. (MUNHOZ, 2009, p. 42).

Referida exclusão legal nada mais é do que fruto de uma decisão política por parte do legislador. Segundo afirma FABIO ULHOA (2009, p. 62), a trava bancária foi a maneira encontrada pelo legislador para tentar compatibilizar dois valores prestigiados na edição da Lei de Recuperação e Falência: de um lado a necessidade de se promover a recuperação da empresa em crise; e, de outro, de reduzir o custo do financiamento bancário, indispensável para a atração de investimentos no país.

Nesse sentido é o entendimento de PODCAMENI (2014, p. 159) que defende que a razão pela qual determinados créditos são excluídos da recuperação judicial é a tentativa de estimular que determinados agentes, considerados indispensáveis no financiamento da atividade econômica exercida, contratem com as empresas, por meio da garantia de que, se esta se tornar insolvente, seu crédito não será afetado.

Assim, defende MUNHOZ (2009, p. 39) que a finalidade da criação da exclusão legal ao instituto foi a de conferir às instituições financeiras um instrumento mais eficiente para a recuperação de seus créditos.

Em meio à discussão, há autores que defendem a aplicação literal do artigo, priorizando a opção política do legislador à época, e há autores que criticam a aplicação do artigo, entendendo ferir o principal objetivo preconizado pela Lei: a recuperação da empresa.

5.1 A GARANTIA FIDUCIÁRIA

A propriedade fiduciária caracteriza-se pela transmissão da propriedade de um bem ou direito ao credor, em caráter resolúvel, até que seja adimplida a obrigação contraída. É um contrato através do qual o devedor transfere ao credor um bem como garantia pelo pagamento da dívida contraída.

Caio Mario da Silva PEREIRA (2010, p. 363) define a propriedade fiduciária como

a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida.

Assim, na alienação fiduciária em garantia a propriedade do bem transfere-se ao credor, que passa a ser dono dos bens alienados pelo fiduciante. Nesse sentido, a alienação fiduciária pode ser definida como um negócio jurídico através do qual uma das partes adquire a propriedade de um bem em confiança, obrigando-se a devolvê-la quando se verificar o acontecimento pelo qual a obrigação se subordinou (GOMES, 1997, p. 237).

A propriedade se transfere ao credor em regime de afetação, ou seja, é propriedade resolúvel, tendo em vista que é um negócio jurídico condicionado a uma condição resolutiva – uma vez que verificado o implemento dessa condição (o adimplemento da obrigação), cessa a propriedade fiduciária. A alienação fiduciária se apresenta, portanto, como um contrato transitório.

Fábio Ulhoa COELHO (2009, p. 62), ao tratar da alienação fiduciária, apresenta uma distinção entre as espécies de garantia real: os “direitos reais **de** garantia” e os “direitos reais **em** garantia”.

Segundo o autor, nessas duas espécies a garantia real se apresenta vinculada ao pagamento de uma obrigação de um ou alguns bens do devedor. No entanto, enquanto que os “direitos reais **de** garantia” dizem respeito à atribuição de uma garantia real sobre um bem que continua a ser de propriedade do devedor após a constituição da obrigação garantida, os “direitos reais **em** garantia” são aqueles em que a garantia real recai sobre bem do devedor, mas que passa à propriedade do credor. Como anteriormente explicado, essa propriedade do credor é resolúvel, ou seja, é desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida.

No primeiro caso, encontram-se a hipoteca, o penhor e a anticrese. Já no segundo caso estão a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Assim, conclui Fábio Ulhoa que *“o titular de direito real **em** garantia exerce, em relação ao bem garantido, o direito constitucional de propriedade, enquanto que o titular de direito real **de** garantia é apenas credor”* (COELHO, 2009, p.62).

Eduardo Secchi MUNHOZ (2009, p. 39), ao tratar da exclusão do instituto da alienação fiduciária no processo de Recuperação Judicial da empresa, procura apontar as características fundamentais da alienação fiduciária, bem como a evolução legislativa da matéria.

Criada pela lei nº 4.728/1965, a figura da alienação fiduciária englobava inicialmente apenas as instituições financeiras – no polo credor – e os bens móveis infungíveis.

Referido instituto surgiu com a finalidade de conferir às instituições financeiras um instrumento eficiente de recuperação do crédito, na medida em que sua grande vantagem era a de que, em caso de inadimplemento de uma obrigação, o credor-proprietário do bem alienado fiduciariamente poderia buscar e apreender o bem, vendendo-o extrajudicialmente para satisfazer seu crédito.

Defende MUNHOZ (2009, p. 40) que a possibilidade de busca e apreensão e posterior venda extrajudicial é muito mais eficiente para recuperar o crédito do que a propositura de ação de execução:

A eficiência da alienação fiduciária como instrumento de recuperação de crédito, aliada à baixíssima eficiência do processo de execução, verificada especialmente antes das reformas empreendidas nos anos 2000, levou a uma progressiva ampliação do âmbito de aplicação do primeiro instituto.

O atual Código Civil procurou dar, a partir do artigo 1.361, contornos gerais a respeito do instituto, chamado de propriedade fiduciária, e, recentemente, a Lei 10.931/2004 ampliou o âmbito de aplicação da alienação fiduciária, estendendo-o a todos os bens móveis e direitos, inclusive fungíveis, no mercado financeiro e de capitais.

Nesse sentido, defende Sílvio de Salvo VENOSA (2007, p. 370) que a finalidade da propriedade fiduciária está ligada à ideia de facilitação da aquisição de bens pelo consumidor e da eficácia da garantia ao financiador, que é protegido pela propriedade resolúvel da coisa enquanto não adimplida a dívida.

5.2 MODALIDADES DE GARANTIA FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária em garantia foi introduzida originariamente em nosso sistema para dar base aos contratos de financiamento sobretudo de bens móveis e duráveis. A Lei nº 4.729/1965, que estruturou o mercado de capitais, criou o referido instituto, o qual ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei nº 911/1969.

Originariamente, a alienação fiduciária surgiu para dinamizar o crédito direto ao consumidor de coisas móveis. Foi somente com a Lei nº 9.514/1997, que tratou do Sistema de Financiamento Imobiliário, que se instituiu a alienação fiduciária de imóveis. (VENOSA, 2007, p. 370).

A lei nº 10.931/2004 introduziu na Lei nº 4.728/65 o artigo 66-B e seus parágrafos, que instituem a propriedade fiduciária sobre bens móveis fungíveis, direitos e títulos de créditos. Assim, segundo ASSUMPÇÃO e CHALHUB (p. 138),

diante da especialidade legal, a propriedade fiduciária que tem por objeto bens fungíveis e os direitos e títulos de créditos é restrita às instituições financeiras e ao fisco.

TOMAZETTE (2014, p. 74) fala, assim, em três tipos de alienação fiduciária: a comum, a especial e a de imóveis. A primeira é disciplinada pelo Código Civil³ nos artigos 1.361 a 1.368, e terá como objeto qualquer bem móvel e infungível. Diz-se comum porque o Código Civil tece os aspectos gerais da propriedade fiduciária, abrangendo, entretanto, apenas em sua modalidade móvel.

O segundo tipo, especial, é regido pela Lei nº 4.728/65⁴ e pelo Decreto-lei 911/1969, compreendendo bens móveis fungíveis ou infungíveis, limitando-se, como já dito, à garantia de operações realizadas na abrangência do mercado financeiro e de capitais. Importante aqui destacar que se compreende por bens infungíveis aqueles que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, ao passo que os bens fungíveis são capazes de substituição (AMARAL, 2008, p. 360).

A última modalidade, de imóveis, é regida pela Lei nº 9.514/97, prevendo a alienação fiduciária de imóveis e podendo ser utilizada em qualquer operação⁵. Referida lei prevê também a possibilidade de garantir as operações de financiamento imobiliário através de cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis.

As reformas introduzidas na legislação brasileira nas últimas décadas foram importantes para tornar a alienação fiduciária mais eficiente, na medida em que evidenciam uma ampliação do campo de incidência deste instituto (MUNHOZ, 2009, p. 40).

³ “**Art. 1.361.** Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. (...)”.

⁴ “**Art. 1º.** O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: *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 todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. (...)*”

⁵ “**Art. 22.** A alienação fiduciária regida por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

5.3 A NÃO SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS TITULADOS PELO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como visto, a lei 11.101/2005 prevê, em seu artigo 49 e parágrafos, normas disciplinadoras dos direitos de determinadas categorias de credores, no momento da recuperação judicial. A maioria dos credores está sujeita ao plano de recuperação. No entanto, há exceções, isto é, credores que não se sujeitam ao plano. Entre eles está o fisco, o vendedor de bens com pacto de reserva de domínio e a companhia de leasing, conforme exposto no capítulo anterior. O §3º, do referido artigo, prevê ainda a exclusão dos créditos titulados pelo proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis.

Com a transmissão fiduciária o bem passa a integrar o patrimônio do credor fiduciário em regime de afetação, já que vinculado a uma destinação específica. Assim, uma vez que a propriedade fiduciária se constitui sobre um bem, ou sobre um direito, este bem objeto da garantia fiduciária não responde por dívidas do devedor fiduciante ou do credor fiduciário, tendo em vista a afetação patrimonial própria da propriedade fiduciária. (SALAMA, 2013, p.15).

Conforme explicam ASSUMPÇÃO e CHALHUB (2009, p. 136),

Quando o devedor fiduciante transmite um bem em garantia fiduciária, seja ele um bem imóvel, móvel, direitos creditórios ou títulos de crédito, a falência da empresa devedora fiduciante, ou sua eventual recuperação judicial, não altera o curso do contrato de crédito nem interfere no exercício, pelo credor, dos seus direitos sobre a propriedade fiduciária.

Assim, os bens e os direitos de crédito que forem objetos de garantia fiduciária são excluídos do plano de recuperação judicial, na medida em que não integram o patrimônio da recuperanda, já que, antes do pedido de recuperação, ela os havia transferido ao credor fiduciário.

Importa observar, no entanto, que, em que pese esses créditos não sejam atingidos pelos efeitos da recuperação judicial, são atingidos, ainda que indiretamente, pelo prazo de suspensão de 180 dias, na medida em que a lei determina que fica impedida a venda ou a retirada do bem do estabelecimento do devedor nesse período, desde que essencial à sua atividade empresarial.

5.4 PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS

Atualmente, a jurisprudência a muito debatia a questão a respeito da abrangência da expressão *bens móveis* constante no §3º do artigo 49, da Lei nº 11.101/05. Havia os que questionavam se os créditos cedidos fiduciariamente estariam ou não sujeitos ao plano de recuperação, argumentando que não se tratavam de bens móveis ou imóveis.

Na visão de ASSUMPÇÃO e CHALHUB (2009, p. 137), os direitos creditórios, em geral, inclusive os representados por títulos de crédito, são bens móveis para efeitos legais, segundo disposto no artigo 83 do Código Civil⁶, na medida em que os direitos patrimoniais abrangem também os bens incorpóreos.

Compartilhando dessa mesma visão, COELHO (2009, p. 63) afirma que o cessionário de “*cessão fiduciária de direitos creditórios*” também está abrangido na disposição do §3º, do artigo 49, tendo em vista que o conceito legal de bens móveis abrange também os direitos pessoais de caráter patrimonial.

O Tribunal da Justiça de São Paulo já enfrentou essa questão (AI nº 585.273-4/7-00, 19/11/2008), decidindo, no sentido de que os créditos cedidos fiduciariamente são considerados bens móveis:

Creio que não é preciso escrever mais para demonstrar que os recebíveis ou direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, inciso III, do atual Código Civil), valendo, por último, a lição de NESTOR DUARTE, de que ‘por direitos pessoais de caráter patrimonial entendem-se os direitos créditos’ (Código Civil Comentado, coordenador Ministro Cezar Peluso, Barueri-SP, Manole, 2007, p. 69). Assim, os direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais, e, em consequência, estão abrangidos pelo §3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista a matéria contraditória, editou a súmula 59, a qual disciplina que: “*Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objetos de cessão fiduciária*”.

⁶ “**Art. 83.** Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I – as energias que tenham valor econômico;

II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.”

Essa questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça – STJ em 2011, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti. Na ocasião, entendeu a Ministra que os títulos de créditos alienados fiduciariamente em garantia constituem bem móvel nos termos do artigo 83 do Código Civil. Em seu voto, a Ministra justificou seu entendimento da seguinte maneira:

A hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B da Lei 4.728/65 (...). O 'credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis' não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressão prevista legal. Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem "direitos pessoais de caráter patrimonial", bens móveis, portanto. Mencionado o §3º do art. 49 da LRF o gênero – bens móveis – não haveria, data vênua, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se faz necessário discriminar o sentido legal de "bens móveis" (CC, arts. 79 a 81).

Assim também MUNHOZ (2009, p. 40) aduz ainda que a eficiência da cessão fiduciária como instrumento de recuperação de crédito levou a uma progressiva ampliação do âmbito de aplicação desse instituto.

Logo, os créditos objeto de cessão fiduciária qualificam-se como bens objeto da propriedade fiduciária a que se refere o §3º do artigo 49 da referida lei, e, portanto, são excluídos do plano de recuperação.

A diferença entre a cessão e a alienação fiduciária, ambas espécies do gênero propriedade fiduciária, reside, basicamente, no objeto do negócio: enquanto que na alienação o objeto é um bem corpóreo, tangível, na cessão o objeto é um bem incorpóreo, seja ele consubstanciado em mero direito creditório ou mediante um título de crédito (MUNHOZ, 2009, p. 40).

A cessão fiduciária de créditos e títulos de crédito é usualmente utilizada pelas instituições financeiras quando do empréstimo de recursos financeiros às empresas. Nessas hipóteses, as empresas cedem fiduciariamente aos bancos seus créditos com terceiros, e o banco poderá se apropriar destes recebíveis até satisfeito o seu crédito com a empresa.

Assim, nestes casos, poderá a instituição financeira simplesmente travar a operação de recebimento de crédito na conta bancária da empresa, redirecionando

a entrada desses créditos automaticamente para a conta da própria instituição. Os recebíveis das empresas não entrarão nem mesmo na conta do seu fluxo de caixa, pois serão diretamente redirecionados para a instituição financeira concedente do crédito.

6 A TRAVA BANCÁRIA

A trava bancária objeto dessa monografia está prevista no §3º, do artigo 49, da lei 11.101/2005 e diz respeito à exclusão do procedimento da Recuperação Judicial dos créditos titulados pelo proprietário fiduciário de bens móveis, mais especificamente, dos direitos creditórios.

Fabio Ulhoa Coelho (2009, p. 63), ao tratar da exclusão desses créditos, cita as principais consequências para o credor titular deste direito real em garantia:

a) ele está dispensado de habilitar-se no caso de omissão de seu crédito na relação de credores apresentada pelo devedor; b) está igualmente dispensado de apresentar divergência ou impugnar o quadro geral de credores; c) não tem direito de participar da assembleia geral de credores, sendo o valor de seu crédito irrelevante para o cômputo do *quórum* de instalação e deliberação; d) pode ingressar com a execução ou prosseguir normalmente com a aforada antes da recuperação, não se sujeitando à suspensão do feito prescrita no art. 6º da LF; e) não pode ter o seu direito de crédito alterado pelo plano de reorganização da empresa.

Tudo isso decorre do fato de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis não se submete aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo assim os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

Nos termos do artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, o credor bancário, proprietário fiduciário dos recebíveis da empresa em crise, fica completamente protegido dos efeitos da recuperação judicial, não tendo que se sujeitar ao plano de recuperação. Detém esse credor, ainda, a prerrogativa de executar automaticamente, sem necessidade de pedir permissão ao Juízo universal da recuperação judicial ou ao administrador da empresa recuperanda, a operação da trava bancária, redirecionando a seu favor os recebíveis que estavam destinados à conta corrente da empresa em recuperação. Neste sentido é o entendimento de SALAMA (2013, p. 16):

Na prática, isso quer dizer que valores originariamente devidos à empresa serão pagos diretamente para o banco, que os retém em conta vinculada para satisfação do seu financiamento. É neste caso que surge a “trava bancária”. **Fala-se em trava justamente porque os créditos que a empresa em recuperação receberia são direcionados automaticamente**

para os bancos, sem entrar no seu caixa. Os bancos, então, *travam* a operação, no sentido de que não correm mais o risco da empresa financiada, mas sim dos devedores desta.

Ocorre que, muitas vezes, os créditos garantidos pela alienação fiduciária às instituições bancárias representam parte substancial dos recebíveis da empresa, podendo inclusive inviabilizar o processo de recuperação da empresa recuperanda. É por esta razão que são frequentes as tentativas das empresas em crise sustentar o chamado “levantamento da trava bancária”, que importa em pleitear a liberação dos recebíveis travados da empresa para que esses voltem a compor o seu fluxo de caixa.

Como anteriormente exposto, observa-se nessa previsão que a lei oferece privilégios às instituições financeiras, fruto de uma escolha política do legislador. Essa previsão, no entanto, vem se tornando objeto de posicionamentos contrários sobre a submissão ou não do referido crédito ao regime de recuperação judicial de empresas.

6.1 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA TRAVA BANCÁRIA

TOMAZETTE (2014, p. 73), ao tratar da trava bancária, defende a submissão do credor fiduciário ao regime de recuperação judicial, sem qualquer distinção com os demais credores. Segundo o autor, em tais situações, o próprio credor, que na maioria das vezes é uma instituição financeira, protege-se em face de eventuais problemas do devedor, na medida em que se afasta a incidência da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade e as condições contratuais.

Todavia, defende o autor que essa previsão vem limitando em muito a eficácia da recuperação judicial, uma vez que a não submissão do crédito viola a própria ideia da preservação da empresa, na medida em que o proprietário fiduciário não tem seu direito de crédito alterado pelo plano de reorganização da empresa. Segundo o autor, o Judiciário vem caminhando no sentido de aplicação da trava bancária, fato que impede a recuperação de muitas empresas.

Compartilhando o mesmo entendimento, MENDES (2010, p. 138) apresenta duas consequências contraproducentes da previsão, que se apresentam como verdadeiros óbices à reestruturação econômica da sociedade em crise.

A primeira delas diz respeito à possibilidade do credor fiduciário ingressar com processo de execução paralela ao processo de recuperação judicial, ou mesmo prosseguir com o processo de execução já ajuizado antes da aprovação do plano de recuperação. Já a segunda decorre da não sujeição do credor fiduciário ao plano de recuperação judicial, que não poderá impor normas a este credor, resultando na impossibilidade de seu direito creditício ser modificado no plano de recuperação. Como consequência, o plano de recuperação judicial não poderá impor normas ao credor fiduciário que impactem ou possam alterar sua condição creditícia perante a sociedade devedora.

Segundo o autor, essas consequências são desastrosas em uma empresa que vivencia uma crise econômico e financeira, não prejudicando somente a empresa em si, mas todos os seus colaboradores indiretamente, bem como os outros credores.

A possibilidade de demandas paralelas acaba por resultar, na prática, ajuizamentos de ações difusas, obstruindo a efetiva atuação do Poder Judiciário na solução da lide.

Defende o autor, assim, uma relativização da aplicação das “travas bancárias”, que deveriam ser interpretadas de acordo com o princípio da preservação da sociedade empresária, a fim de resguardar a operacionalidade da sociedade empresarial em crise, em benefício da continuidade da atividade para a consecução da função social para a qual foi criada.

KATUDJIAN (2009, p. 50), ao dispor sobre a “(re)inclusão” desses créditos excluídos do procedimento, alega que essa previsão inviabiliza a efetiva recuperação das empresas. Propõe, assim, uma nova redação ao §3º que possibilitasse ao devedor a faculdade de propor, no plano de recuperação, novas formas de cumprimento das obrigações.

Conclui MAMEDE (2014, p. 136) que não se pode admitir que a não submissão do credor fiduciário ao regime de recuperação judicial constitua em empecilho à aplicação da Lei nº 11.101/2005, vencendo a determinação do artigo 47. Isso acontece, segundo o autor, toda vez que se aliene fiduciariamente os elementos essenciais da empresa, como estoque, insumos e até cessão fiduciária

de recebíveis futuros, ou seja, quando o financiamento tenha por garantia o faturamento que a empresa obterá no futuro: *“tal operação, a bem da precisão, aliena o caixa da empresa e, assim, torna inviável sua recuperação judicial, em desproveito de todos os demais credores, incluindo os trabalhadores”*.

Desse modo, tem-se que os autores que se posicionam a favor do levantamento da trava bancária o fazem em defesa da manutenção da atividade empresarial, objetivo exaltado pela Lei que se apresenta prejudicado com a não sujeição dos proprietários fiduciários aos efeitos do plano de recuperação.

6.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA TRAVA BANCÁRIA

Por outro lado, SALAMA (2013, p.19), ao defender a aplicação da trava bancária, aduz que a interferência do Poder Judiciário na política pública deve se dar em caráter excepcional. Entende, assim, que não há motivos suficientes para que o Judiciário reverta a não sujeição dos créditos em questão.

Na visão do autor, a recuperação judicial deve buscar equilibrar os interesses de credores e devedores e isto é, antes de tudo, uma questão política e econômica. E a política econômica do Executivo nos últimos anos teve por base a expansão do crédito. Assim, conclui o autor que, como toda escolha política, esta também não agrada a todos, mas, como não há grave violação à liberdade individual nem mesmo à liberdade de livre iniciativa, não justifica aqui a intervenção do Poder Judiciário.

Para COELHO (2011, p. 294), os fundamentos para a exclusão dos credores fiduciários da recuperação judicial, principalmente as instituições financeiras, dizem respeito a uma prerrogativa conferida pelo legislador com vistas a praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), *“contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico”*.

Nesse sentido, OZAWA (2009, p. 20) destaca que o Brasil é um dos países que conta com as mais altas taxas de juros sobre empréstimos no mundo, situação que pode ser explicada, além de outros fatores, pela capacidade do credor de reaver o crédito em caso de inadimplência do devedor. Assim, as garantias sobre os bens,

entre elas a fiduciária prevista na Lei de Recuperação e Falência, estariam relacionadas com a redução das perdas dos bancos e consequente diminuição dos juros, tendo em vista que em caso de inadimplência a garantia poderia ser executada.

PODCAMENI (2014, p. 165), partindo desse mesmo entendimento, destaca que a proteção às instituições financeiras é uma maneira de se proteger o capital, fundamental para o crescimento da economia. Desse modo, as instituições financeiras são incentivadas a contratarem empréstimos e financiamentos, tendo em vista que terão asseguradas as garantias atreladas a tais contratos, mesmo nos casos em que as empresas entrem em recuperação judicial.

O que ocorre na prática é que os principais credores isentos da sujeição ao plano são, em verdade, os principais financiadores da atividade empresarial, sendo responsáveis, na maioria das vezes, pela concessão do crédito financiador da atividade mercantil de diversas sociedades.

Assim, a justificativa para essa exclusão encontraria respaldo na necessidade de se conceder uma garantia mais segura aos financiadores de crédito para o mercado empresarial, principalmente devido ao risco de inadimplência, tão comum nesse setor.

OTTO (2009, p. 61), afirma que, como o mercado de crédito no Brasil é ainda precário, é indispensável que se atenda às garantias reais dos credores que se envolvam com maior risco – as instituições financeiras – a fim de assegurar o plano de recuperação do empresário. Pois são as instituições financeiras as principais fontes de financiamento empresarial hoje no Brasil.

Assim, ao oferecer segurança aos financiadores de crédito, a lei assegura ao empresário meios reais de obter sucesso em situações emergenciais. Na visão do autor (2009, p. 62),

Ao excluir o credor fiduciário do quadro de recuperação, a legislação foi coerente com a realidade do mercado brasileiro escasso em crédito, e tenaz ao propiciar instrumentos concretos de realizar com sucesso a proposta de recuperação de um empreendimento promissor.

Nesse sentido, MUNHOZ (2009, p. 45), defende que a nova Lei deve respeitar e preservar as prerrogativas legais e contratuais dos créditos e conferir certeza e segurança ao mercado de crédito.

Faz-se necessário, entretanto, ponderar sobre os aspectos próprios do instituto da recuperação judicial, sob pena de, em prol de uma proteção voltada a credores específicos, inviabilizar-se a melhor solução para todos.

Assim é que, o §3º, do artigo 49, ao impedir a venda ou a retirada do bem do estabelecimento do devedor nos 180 dias subsequentes ao deferimento do processamento da recuperação judicial, desde que essencial à sua atividade empresarial, busca preservar a integridade do patrimônio do devedor até o exame do plano de recuperação. Trata-se claramente de uma proteção importante, que visa a manutenção da atividade econômica, na medida em que permite que a empresa em crise crie um plano de recuperação sem a preocupação temporária de ter seu patrimônio liquidado de maneira desorganizada.

Nessa perspectiva, OTTO (2009, p. 62) defende que o benefício previsto pela Lei às instituições financeiras não pode ser usado como forma de abuso. Deve, para tanto, a exigência do crédito do credor fiduciário estar ajustada ao quadro geral de recuperação do empresário e de sua capacidade de pagamento.

Assim também, COELHO (2009, p. 64) destaca a necessidade de uma coordenação entre os Juízos da recuperação e da execução. Desse modo, nas execuções contra devedor em recuperação judicial, deve o Juiz levar em conta os objetivos da Lei nº 11.101/2005:

Se é certo, por um lado, que o credor excluído dos efeitos da recuperação tem direito de ver o seu crédito satisfeito, independentemente da tramitação da medida judicial, também é certo que o Judiciário, como um todo, deve atuar em sintonia com o objetivo da LF, que é o de propiciar a superação da crise da empresa,

Na visão do autor, caberia ao Juiz o desafio de balancear coerentemente os diversos valores expressos na Lei de recuperações, procurando nos casos concretos a medida exata da ponderação desses valores. O desafio consiste, portanto, em, equilibrar os dois objetivos dispostos na Lei: de um lado, superar a crise econômica ou patrimonial, e de outro, incentivar o barateamento do custo do financiamento bancário.

O que propõem esses autores não é, portanto, justificar a exclusão desses credores aos efeitos da Recuperação Judicial unicamente sob a perspectiva de previsão legal e de segurança jurídica. Para eles, esses créditos foram excluídos da nova Lei como uma tentativa de incentivar o mercado financeiro, diminuindo o

spread, através da redução dos riscos resultantes da inadimplência dos tomadores de empréstimos e financiamentos.

Assim é que MUNHOZ (2009, p.43) aponta o impacto que este sistema tem sobre a concessão de crédito e empréstimos, enfatizando que *“há dados estatísticos a demonstrar que, historicamente, no Brasil, as menores taxas de juros verificam-se justamente na concessão de empréstimos garantidos por alienação fiduciária”*.

Note-se, portanto, que mesmo os autores que defendem a manutenção da trava bancária o fazem com certas objeções, em uma tentativa de equilibrar os princípios trazidos pela lei e a tentativa de incentivo ao mercado financeiro, evitando-se, assim, abusos das instituições financeiras.

6.3 PROBLEMAS DO PONTO DE VISTA DA PRÁTICA JURÍDICA

Na época em que foram debatidas no Congresso Nacional a Nova Lei de Recuperação e Falência, uma das maiores preocupações do legislador era em encontrar formas de conceder mais crédito ao mercado e ao empresário, de forma a estimular o crescimento econômico e diminuir o *spread* bancário. Foi sob a égide desse argumento que se aprovou a trava bancária (PODCAMENI, 2014, p. 165).

A ideia defendida inicialmente era a de que, embora a trava bancária concedesse posição extremamente privilegiada às instituições financeiras enquanto credoras de uma empresa em dificuldades econômicas, em contrapartida ela permitiria que essas instituições facilitassem o acesso ao crédito, o que justificaria sua criação e sua forma de funcionamento.

KATUDJIAN (2009, p. 50) afirma que a exclusão do proprietário fiduciário da recuperação judicial foi introduzida sob a falsa justificativa de ser necessária para a redução do *spread*, já que se reduziriam os riscos resultantes da inadimplência dos tomadores de empréstimos e financiamento junto às instituições financeiras. No entanto, segundo o autor, o custo financeiro no Brasil continua muito alto, sem ter se modificado com a instauração da Lei nº 11.101/2005.

Já antes da promulgação da Lei, Manoel Justino BEZERRA FILHO (2004, p. 132) discutia o surgimento dos problemas práticos que aconteceriam caso a trava bancária fosse aprovada. Segundo o autor, o projeto foi desvirtuado de suas

pretensões iniciais ao ceder às pressões externas advindas do lobby realizado pelas instituições financeiras.

O argumento de que o aumento da garantia do crédito bancário propiciaria a baixa dos juros cobrados pelas instituições financeiras, nesse sentido, seria irrelevante, tendo em vista que o esvaziamento da empresa em crise para o pagamento desse crédito redundaria na inviabilidade da recuperação. Assim, segundo o autor (2004, p. 134), tal previsão legal acabaria por inviabilizar a recuperação da empresa em crise:

Alternativamente, em benefício da recuperação, imponham-se limites e sacrifícios a todos, não havendo razão para que o crédito bancário venha a gozar de privilégios. Não é razoável que, em nome de uma inexistente alavanca que levaria à baixa dos juros, deturpe-se todo o pensamento que monitorou inicialmente a vontade de mudança e, em vez de propiciar qualquer recuperação, torna-la inviável e ao mesmo tempo criar privilégios odiosos em favor do sistema financeiro nacional.

O que se critica, portanto, e o ponto para qual se chama atenção, é o fato de que se revogou uma lei ineficaz (Decreto-lei nº 7661/1945) para se redigir outra que, embora se pretenda eficaz, possui em seu bojo previsões legais que inviabilizam seu próprio objetivo. Assim é que, já antes mesmo da promulgação da Lei 11.101/2005, BEZERRA FILHO (2004, p. 136) chamava atenção para os efeitos (negativos) práticos decorrentes das prerrogativas concedidas às instituições financeiras, na forma de trava bancária. Para o autor, a solução na época seria alterar o projeto de lei para englobar no plano de recuperação também a alienação fiduciária, englobando, dessa forma, as instituições financeiras.

Dessa maneira, também Bernardo Bicalho de Alvarenga MENDES (2010, p. 153) defende que,

hoje é público e notório que, mesmo com a garantia que as financiadoras obtêm contra a inadimplência no momento da concessão do crédito, o spread bancário ainda é considerado um dos mais elevados do mercado financeiro mundial, resultando infrutífera a alegação bancária.

Fato é que, na realidade, as instituições financeiras, a partir do momento em que conseguem reaver seu crédito, beneficiadas pela exclusão legal, interrompem os empréstimos para as empresas em crise, as quais possuem enorme dificuldade em conseguir crédito com outras instituições, tendo em vista sua situação de inadimplência.

Assim é que Aristides MALHEIROS (2009, p. 31) chama atenção para o fato de que as instituições financeiras só aceitam negociar prorrogando prazos e reduzindo taxas se tiverem suas garantias reforçadas. A maneira que elas encontraram para isso foi através da inclusão da cláusula de alienação fiduciária nos contratos. Isso por conta dos benefícios concedidos pela Lei.

Não bastasse isso, ao tratar dos efeitos negativos da trava bancária, Eduardo Secchi MUNHOZ afirma que a exclusão da cessão fiduciária de créditos do regime da recuperação judicial tem levado a uma crescente utilização da figura, inclusive para finalidades que não eram típicas dessa modalidade. Segundo o autor, *“não havendo limites quanto à utilização dessa modalidade de garantia, pode-se encontrar nela uma válvula de escape relevante para subtrair credores do processo de recuperação”* (2009, p. 45).

Assim é que o benefício concedido em lei às instituições financeiras passa a ser usado muitas vezes de maneira equivocada, substituindo modalidades antes aplicadas, camuflando-se como garantia fiduciária, tudo isso em vista à concessão do benefício previsto na nova Lei.

Não obstante, resta evidente ainda que o advento da Lei nº 10.931/2004, poucos meses antes da promulgação da Lei de Recuperação e Falência, teve o claro intuito de aumentar o campo de aplicação do instituto, tornando-o ainda mais abrangente, e como consequência, majorando seus efeitos.

Como bem ressalta Eduardo Secchi MUNHOZ (2009, p. 40), a Lei nº 10.931/2004 veio expandir de forma ainda mais considerável o rol dos ativos elegíveis à constituição de propriedade fiduciária em garantia no âmbito do sistema financeiro, ao estendê-lo a todos os bens móveis e direitos, inclusive fungíveis, no mercado financeiro e de capitais (artigo 55). Foi a partir dessa lei que surgiu, portanto, a possibilidade da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Também STURZENEGGER E CAVALCANTI (2014, p. 43) destacam a opção do legislador de criar e tutelar a propriedade fiduciária como novo instrumento de garantia de recuperação de crédito, com um tratamento diferenciado concedido ao credor fiduciário.

No entanto, tem-se que, com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, a exclusão do proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis dos efeitos do plano de recuperação tornou-se ainda mais abrangente, prejudicando ainda mais os credores. Note-se que o aumento do instituto com a criação da Lei nº 10.931/2004 poucos

meses antes da promulgação da Lei 11.101/2005 não foi a toa, objetivou aumentar ainda mais o campo de incidência dos benefícios previstos na Lei de Recuperação e Falência.

Ante o exposto, chega-se a conclusão da existência uma legislação que foi criada com a finalidade de incentivar a manutenção da empresa, mas que, por oferecer grande vantagens às instituições financeiras, acaba por, muitas vezes, obstar a efetiva recuperação das empresas.

7 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este capítulo parte da análise dos posicionamentos contrários existentes na doutrina – e, conseqüentemente, na jurisprudência – acerca da sujeição ou não do proprietário fiduciário de bens móveis ao instituto da recuperação judicial, conforme disposto no artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005.

Diante do exposto, passa-se ao exame do posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da matéria, por meio da pesquisa e análise jurisprudencial. A partir dessa coleta de decisões proferidas por diferentes julgadores, objetiva-se identificar a coerência decisória sobre o assunto, bem como identificar a posição adotada por este Tribunal.

A escolha por este Tribunal em especial se deve ao fato de que é no Estado de São Paulo a região de maior nível de industrialização do Brasil e, portanto, sedia parcela significativa das recuperações judiciais do país.

Salienta-se que os bancos de dados se referem apenas aos processos que chegam à segunda instância, e, por conta disso, as decisões com trânsito em julgado em primeira instância ficam automaticamente excluídas do universo de estudo.

Como critérios de pesquisa, no site do Tribunal de Justiça, os campos “pesquisa livre” e “ementa” foram preenchidos com a expressão “recuperação judicial”, “artigo 49 §3º”, “cessão fiduciária” e “proprietário fiduciário”, concomitantemente. O tipo de decisões escolhido foi “acórdãos” e a classe foi “agravo de instrumento”. Por meio desta pesquisa foram encontrados 73 resultados.

Ainda, como critério para o desenvolvimento da pesquisa, foi estabelecido o lapso temporal desde a promulgação da Lei 11.101, em 09 de fevereiro de 2005 até a data de 31.07.2015. No entanto, foram encontrados julgados relativos a essa matéria apenas a partir de 22.11.2011.

Nos julgados encontrados a partir desse período, observa-se que, em sua ampla maioria, o Tribunal de Justiça de São Paulo se posiciona no sentido de que o proprietário fiduciário de bens móveis não se sujeita ao plano de recuperação judicial, indo de acordo com o disposto no artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005. É o que se observa do seguinte julgado:

Recuperação judicial. Depósito judicial dos valores constantes de cédulas de crédito bancário, devidamente registradas, com garantia de cessão fiduciária. Os direitos creditórios cedidos fiduciariamente em garantia das CCBs não são abrangidos pelos efeitos da recuperação judicial, conforme disposto no artigo 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/2005. A jurisprudência se orientou no sentido de que não devem ser objeto de depósito judicial os valores decorrentes de contratos cedidos fiduciariamente, devendo ditos valores ser desde logo disponibilizados ao credor, que não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Agravo de instrumento provido.

TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, Agravo de Instrumento nº 0095340-88.2011.8.26.0000, DJ 22/11/2011.

Na íntegra do acórdão, nota-se o Desembargador consignou que foi realizado entre o Banco e a recuperanda contrato de alienação fiduciária, motivo pelo qual o crédito não deverá ser submetido à recuperação judicial:

Nos termos do aludido dispositivo legal, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, devendo prevalecer os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva.

Cuida-se de jurisprudência absolutamente pacífica nesta Câmara Reservada, com inúmeros precedentes, além do que, como salientado na minuta, não há como os valores decorrentes de contratos cedidos fiduciariamente serem objeto de depósito judicial, devendo, ao contrário, desde logo, ser disponibilizados ao credor, exatamente porque este não se submete aos efeitos da recuperação judicial.

Nesse mesmo sentido o seguinte julgado também reforça que o crédito atribuído ao credor fiduciário não será atingido pelos efeitos da recuperação judicial, aplicando a trava bancária prevista no artigo 49, §3º, da Lei de Recuperação:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. Trava bancária LRF que estabelece regime distinto para a cessão fiduciária de créditos e para o penhor de direitos creditórios - Créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos não sujeitos à recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º da LRF Cessão fiduciária de créditos não sujeita a conta vinculada a que se refere o § 5º do art. 49 da LRF Súmulas nºs. 59, 60 e 62 do TJSP Precedentes do STJ - Submissão ou não dos créditos à recuperação judicial a ser analisada caso a caso, depois de regular instrução. Agravo Desprovido.

TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Marcondes, agravo de instrumento nº 2019493-75.2013.8.26.0000, DJ 06/02/2014.

Destaca-se, ainda, que na íntegra do acórdão, o Relator Desembargador, reforçou que a cessão fiduciária de direitos creditórios está abrangida pelo

dispositivo em questão, tendo em vista que referido dispositivo cuida da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Concluiu o Relator que:

Enfim, correta a r. Decisão agravada ao indeferir a liminar pretendida pelas agravantes, corroborando o entendimento de que os créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos de créditos não estão sujeitos à recuperação judicial, mas desde que efetuado o registro do contrato, como estabelecido na Súmula TJSP nº 60, antes do ingresso do pedido de recuperação judicial, a ela não se aplicando a norma do §5º do artigo 49 da LRF, de incidência restrita ao penhor de direitos creditórios.

Em consonância com os julgados supracitados, o seguinte julgado também excluiu do concurso de credores os créditos oriundos de contratos com garantia fiduciária, apresentando-se contrário ao levantamento da trava bancária requerido pela empresa em recuperação:

CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO. Execução em face de empresa em recuperação judicial e sócios avalistas. 1. Financiamentos obtidos com alienação fiduciária dos bens adquiridos. Crédito extraconcursal. Exercício da ação executiva em vez da busca e apreensão. Possibilidade. Via eleita que proporciona até maior grau de proteção a quem tem bens executados, sem revelar qualquer prejuízo à defesa da parte executada. 2. Limitação do valor da presente execução ao valor dos bens dados em garantia fiduciária. Inadmissibilidade. Crédito fiduciário que abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária expressamente convencionados pelas partes. Inteligência do § 1º, artigo 2º, do Decreto-lei nº 911/69. 3. Crédito e garantia privilegiados resultantes de contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. **Não submissão à recuperação judicial da empresa devedora. "Interpretando o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, a jurisprudência entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial".** 4. Continuidade da execução também contra os avalistas. Necessidade, ainda que não fossem privilegiados os créditos ora executados. Autonomia das obrigações dos avalistas que, mesmo diante da concursalidade e possibilidade de novação dos créditos, não obstará o prosseguimento executivo. 5. Excussão da garantia do contrato de financiamento com alienação fiduciária. Possibilidade. Observância, entretanto, da suspensividade a que alude o artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, por força do artigo 49, § 3º, do mesmo Diploma Legal. Embargos a execução parcialmente acolhidos apenas quanto à necessidade de observância do impedimento do artigo 49, § 3º, parte final, da LRF quanto a excussão das garantias fiduciárias. Recurso provido em parte para esse fim. TJSP, 11º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos. Apelação nº 1087688-86.2014.8.26.0100, DJ 30/07/2015.

Na íntegra do acórdão, o Relator fez menção ainda ao fato de que os credores titulares de garantia fiduciária foram excluídos dos efeitos da recuperação judicial com o intuito de que as instituições financeiras pudessem praticar juros

menores, com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial. Na ocasião, citou Fabio Ulhoa Coelho, conforme se observa no seguinte trecho transcrito:

De se ver que a Lei foi de clareza hialina ao excetuar do concurso de credores na recuperação judicial, os “créditos” (e não só as “garantias”) oriundos de contratos com garantia fiduciária (entre outros). (...). E essa exclusão da execução concursal não foi sem motivo.

Segundo observa FÁBIO ULHOA COELHO: “Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciários, leasing, etc) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico”. (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, L. 11.101, de 9-2-2005, - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132).

Os resultados da presente pesquisa apontam no sentido de que a maioria significativa das Câmaras de São Paulo decidem em consonância com estas decisões acima analisadas. Estão de acordo com esse posicionamento ainda os seguintes agravos de instrumento de nº 0044910-98.2012.8.26.0000, 0161068-42.2012.8.26.0000, 9008388-21.2009.8.26.0000, 0219644-28.2012.8.26.0000, 0251258-51.2012.8.26.0000, 0122739-24.2013.8.26.0000, 0076554-25.2013.8.26.0000, 2062666-52.2013.8.26.0000, 2099224-86.2014.8.26.0000, 2063339-11.2014.8.26.0000, 2059059-94.2014.8.26.0000, 2182889-97.2014.8.26.0000, 2191658-94.2014.8.26.0000.

Tais decisões coadunam com a visão de Celso Marcelo de OLIVEIRA (2005, p. 243), no sentido de que o crédito decorrente de alienação fiduciária não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, na medida em que prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, conforme previsto no artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005.

Nesse sentido, PODCAMENI (2014, p. 165) defende que a justificativa para a exclusão destes créditos da recuperação judicial está no incentivo dado pelo legislador às instituições financeiras para que concedam financiamentos com taxa de juros menores, já que o *spread* estaria vinculado às taxas de risco e de inadimplência. Segundo a autora, a exclusão desse crédito da recuperação judicial visa proteger o bem objeto da garantia fiduciária, de tal modo que o inadimplemento

do devedor não tenha impacto sobre as relações negociais constituídas sob a forma de negócio fiduciário.

Dentre os julgados encontrados que compartilham desse ponto de vista, há Desembargadores que, embora determinando a aplicação integral do §3º, do artigo 49, da Lei de Recuperação e Falência, acatam o entendimento de que os bens essenciais à atividade empresarial não podem ser retirados da empresa durante o *stay period* – período de 180 dias durante o qual todas as ações e execuções em face do devedor devem ser suspensas (art. 6º, §4º, da Lei de Recuperação), conforme previsto na parte final do §3º, do artigo 49, da Lei de Recuperações, que dispõe que: “*não se permitindo, contudo, durante o prazo final de suspensão a que se refere o §4º do artigo 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais a sua atividade empresarial*”. Esse raciocínio pode ser observado no seguinte julgado:

Recuperação judicial. Credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis. Impossibilidade de retirada, do estabelecimento do devedor, de bens de capital essenciais à sua atividade, no prazo a que se refere o art. 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/2005. Hipótese dos autos. Agravo de instrumento não provido.

TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero. Agravo de Instrumento nº 0175232-46.2011.8.26.0000, DJ 24/01/2012.

Na íntegra do acórdão, tem-se que o Relator aplicou fielmente o §3º, do artigo 49, da Lei de Recuperação e Falência, na medida em que assinalou que os créditos do titular de garantia fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, mas destacou que só podem ser retirados do estabelecimento do devedor no prazo de suspensão de 180 dias previsto no §4º, do artigo 6º, do mesmo diploma legal, tendo em vista a essencialidade desses créditos na manutenção da atividade empresarial.

A essencialidade desses créditos é tratada por MAMEDE (2014, p. 137), quando afirma que os bens de capital essencial são bens cuja finalidade econômica específica é a produção, através de sua utilização, de vantagens econômicas. São, portanto, maquinário, instrumental e todos os outros bens que servem à realização do objeto social da empresa. A retirada desses bens, segundo o autor, inviabilizaria a continuação da atividade empresarial, impossibilitando a preservação da empresa.

Nesse sentido, baseando-se na preservação da manutenção da atividade empresarial, o seguinte julgado prevê uma prorrogação do prazo de suspensão de 180 dias (stay period), sob a fundamentação de essencialidade do maquinário alienado fiduciariamente:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA SOBRE BENS MÓVEIS. Prazo de 180 dias do art. 6º., parágrafo 4º. da LRF prorrogado por decisão judicial e ainda não esgotado. Essencialidade do maquinário objeto de propriedade fiduciária que pode ser reconhecida tanto pelo juízo onde se processa a busca e apreensão, como pelo juízo onde se processa a recuperação judicial, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Garantia constituída sobre maquinário utilizado em unidade produtiva que pode comprometer ou inviabilizar a atividade da devedora fiduciante. Suspensão da liminar de busca e apreensão, até que se escoo o prazo de 180 dias prorrogado por decisão judicial, ou ocorra a homologação judicial da assembleia, que já se realizou. Recurso provido.

TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, Agravo de Instrumento nº 2184338-90.2014.8.26.0000.

No acórdão, o Relator defendeu que a garantia foi constituída sobre maquinário utilizado em unidade produtiva, e que, portanto, comprometeria ou até mesmo inviabilizaria a atividade da devedora fiduciante, prorrogando o prazo de 180 dias previsto em lei.

Assim, em que pese o relator do acórdão não tenha realizado o levantamento da trava bancária, há impedimento de continuidade da busca e apreensão ajuizada pela instituição financeira, na medida em que a retirada do bens que possuem caráter essencial na unidade produtiva impediria a continuidade da atividade empresarial. Neste caso, a trava estaria inviabilizando a própria recuperação da empresa, contrariando os objetivos da Lei nº 11.101/2005.

Da mesma forma, os seguintes julgados também apresentaram decisões semelhantes: 0211444-32.2012.8.26.0000, 0124753-15.2012.8.26.0000, 0093776-06.2013.8.26.0000, 2066263-29.2013.8.26.0000.

Na pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo, não foi encontrado nenhum julgado que tenha proferido decisão autorizando o levantamento da trava bancária nos casos específicos que tratam dos direitos creditórios (recebíveis) da empresa. No entanto, em decisões mais recentes, encontrou-se julgados que efetuaram a liberação da trava bancária dos créditos decorrentes de propriedade fiduciária de bens móveis, levando em consideração a preservação da manutenção da atividade empresarial:

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Deferimento liminar da apreensão dos bens. Reforma. Necessidade. Devedora que se encontra em processo de recuperação judicial, inclusive com sentença de concessão da recuperação. E, conquanto o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação judicial (artigo 49, §3º, da Lei nº 11101/2005), na hipótese vertente, há peculiaridade a excepcionar a regra. Equipamentos alienados fiduciariamente (teares) que são aqueles necessários ao desempenho da atividade empresarial e cuja apreensão (pretendida na demanda subjacente) frustraria o plano de soerguimento da empresa, eis que inviabilizaria o normal desenvolvimento do processo produtivo da indústria têxtil. Recurso provido.

TJSP, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Júlio Vidal., Agravo de Instrumento nº 206377-64.2013.8.26.0000, DJ 25/04/2014.

Na íntegra do acórdão, importante observar que o Relator apresentou fundamentação pautada no princípio da preservação da empresa e da função social da empresa:

Ressalte-se, por oportuno, que o princípio da preservação da empresa prepondera sobre a força obrigatória e vinculante do contrato, porquanto a sociedade empresária exerce importante e inegável função social, na medida em que contribui para geração de emprego e renda e várias famílias dela dependem.

Diante de tais circunstâncias, impositiva a reforma da r. decisão hostilizada para obstar a apreensão dos equipamentos garantidores da obrigação até que sobrevenha notícia de eventual frustração do plano, ou então, até que o credor fiduciário busque a satisfação de seu crédito extranconcursal por outros meios.

Compartilhando, desse mesmo entendimento, o seguinte julgado determina a manutenção na empresa dos bens essenciais a sua atividade:

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Devedora em recuperação Judicial. Embora o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 exclua dos efeitos de suspensão decorrentes do deferimento do processamento da recuperação judicial, entre outras, as ações nas quais o credor seja titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, o próprio dispositivo faz a ressalva de que bens essenciais à atividade empresarial não podem ser retirados do estabelecimento do devedor. Tratando-se, in casu, de veículos utilizados pela ré em sua atividade de transportadora, revela-se prudente que permaneçam em sua posse durante a recuperação judicial, para lhe assegurar meios de manter o desempenho de suas atividades empresariais e, assim, honrar seus compromissos. Ademais, assumindo a recorrida o encargo de depositária dos bens, como determinado na decisão de primeiro grau, será ela responsável por sua conservação, respondendo em caso de perda ou deterioração. Recurso improvido.

TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gomes Varjão, Agravo de instrumento nº 2222925.84-2014.8.26.0000, DJ 27/05/2015.

Na íntegra do acórdão, o Relator fez referência ao princípio da função social da empresa disposto no artigo 47, da Lei nº 11.101/2005, e ainda ressaltou que a Lei de Recuperação possui objetivo econômico claro, que é o de fornecer os meios para que o devedor supere a crise financeira, na medida em que a recuperação da empresa em crise não é interesse apenas da empresa em si, mas também da sociedade e de seus fornecedores, que terão mais chance de receber seus créditos se a empresa se manter em funcionamento. Conforme se depreende do seguinte trecho, o Relator apresenta fundamentação pautada, principalmente, na preservação da atividade empresarial:

Nesse contexto, afigura-se prudente que durante a recuperação judicial sejam assegurados à agravada os meios mínimos e essenciais para manter o desempenho de suas atividades empresariais, única forma de honrar seus compromissos, objetivo que dificilmente será alcançado se for privada dos bens objeto da demanda.

Conforme pesquisa realizada, as seguintes decisões encontradas vão de encontro com os posicionamento acima expostos: 2119814-50.2015.8.26.0000 e 2040128-43.2014.8.26.0000.

A problemática apresentada nesses acórdãos, e exposta por Eduardo Secchi MUNHOZ (2009, p. 42) cinge-se no fato de que a Lei nº 11.101/2005 conferiu ao titular do crédito fiduciária uma prerrogativa especialíssima em relação aos demais credores, conferindo substancial poder em relação à viabilidade ou não da recuperação judicial.

Assim, indo de acordo com essas decisões, importante ressaltar a posição de Bernardo MENDES (2010, p. 138), no sentido de que deveria haver uma relativização da aplicação dessas travas bancárias, na medida em que os casos concretos deveriam ser analisados de acordo com o princípio da preservação da empresa, a fim de resguardar a operacionalidade da sociedade empresarial em crise temporária, em benefício da continuidade da atividade para a consecução da função social para a qual foi criada.

No entanto, conforme se depreende da análise ora efetuada das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, chega-se à conclusão de que postula por uma adesão mais rigorosa e formal à legalidade. Fato que se apresenta presente nas decisões relativas à trava bancária, nas quais se reiteram a eficácia e vigência

dessas normas, severamente criticadas por parte da doutrina como contrárias aos objetivos da recuperação empresarial.

Importante citar aqui, a título de exemplificação, pesquisa elaborada pela FGV DIREITO RIO em 2010, que teve como objetivo mapear o entendimento dos 27 Tribunais de Justiça do País quanto a temas polêmicos da Lei nº 11.101/2005⁷. Um desses temas pesquisados foi justamente a trava bancária. A pesquisa constatou a existência de 90 acórdãos relacionados com a trava bancária, dos quais 80% haviam sido lavrados por Tribunais localizados no sudeste do País.

Dividindo os acórdãos em um sistema binário, separado entre os acórdãos que levantaram a trava bancária e aqueles que a mantiveram, chegou-se a conclusão de que na segunda instância 80% dos casos dos Tribunais mantiveram a trava bancária, liberando-a somente em 20% dos casos. Tal estudo concluiu que a vasta maioria das decisões dos Tribunais relativas à trava bancária dos bens móveis dados fiduciariamente em garantia posicionaram-se no sentido de manutenção da trava bancária.

Tanto a análise jurisprudencial realizada neste trabalho, quanto a pesquisa realizada pela FGV RIO, evidenciam a tendência dos Tribunais brasileiros em aplicar o dispositivo legal da trava bancária em consonância com o que dispõe a lei. Contudo, essa aplicação literal do §3º, do artigo 49, pode se apresentar como empecilho à recuperação da empresa, visto que impossibilita a manutenção da sua atividade, indo em contramão com o objetivo da Lei de Recuperação e Falência.

⁷ Os dados mencionados sobre a pesquisa foram retirados de: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Série Pensando o Direito – Análise da Nova Lei de Falências**. Coord. da pesquisa: FGV DIREITO RIO, Maio/2010, no 22, disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto no presente trabalho, em um sistema eminentemente capitalista a atividade empresarial está diretamente relacionada à assunção de riscos, os quais são repassados a terceiros com o advento da crise empresarial. Dai a importância de uma legislação falimentar eficiente, que procura diminuir os riscos inerentes ao mercado, minimizando os efeitos da crise que atingirão os credores e o próprio devedor.

Foi nessa perspectiva que surgiu a Lei nº 11.101/2005, de 09.02.2005, a qual disciplina o regime da recuperação judicial de empresas, instituto que procura reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades financeiras temporárias.

No entanto, consoante se procurou demonstrar, a própria Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 49, §3º, estabeleceu óbices à efetiva manutenção da atividade empresarial, um dos quais diz respeito à não sujeição dos créditos titulados pelo proprietário fiduciário de bens móveis aos efeitos da recuperação judicial. Exceção que passou a ser comumente conhecida como “trava bancária”, devido ao fato de que as instituições financeiras são, na grande maioria dos casos, os principais credores dessa modalidade de crédito e, na medida em que não se submetem aos efeitos do plano de recuperação, podem “travar” o procedimento, até mesmo inviabilizando a recuperação da empresa.

A trava bancária é, assim, garantia que confere ao credor proprietário fiduciário dos direitos creditórios posição privilegiada em relação aos demais credores, na medida em que é, por expressa disposição legal, excluído do plano de recuperação judicial.

A análise das decisões colhidas no Tribunal de Justiça de São Paulo demonstra relativa conformidade, no sentido de que, em sua grande maioria, decidem a favor da manutenção da trava bancária. Apesar disso, foram encontradas decisões que se pautam no princípio da preservação da empresa e para isso realizam o “levantamento” dessas travas.

Essa tendência da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo a uma aplicação estrita da Lei acaba por contrariar o princípio orientador essencial do instituto da recuperação, o princípio da preservação da empresa, diminuindo, em

muito, a eficácia desse instituto, na medida em que opta por defender os interesses das instituições financeiras em detrimento do interesse da empresa, tomada pela Lei como entidade social, arrecadadora de tributos, fonte de empregos e serviços.

Em que pese parte da doutrina defenda a manutenção da trava bancária, sob o argumento de que a exclusão dessa categoria de credores se deu com vista a conceder uma garantia mais segura aos financiadores de crédito, chegou-se à conclusão no presente trabalho de que, na realidade, essa previsão legal nada mais foi do que fruto de lobby praticado pelas instituições financeiras no momento de aprovação do projeto de lei. A justificativa apresentada pelos autores favoráveis à manutenção da trava bancária é facilmente refutada ao se perceber que o Brasil continua sendo um dos países com a mais alta taxa de juros de empréstimos do mundo.

Nesse ponto de vista, portanto, resta evidente que a manutenção da trava bancária atenta contra os objetivos da Lei nº 11.101/2005, dispostos em seu artigo 47, pois, por muitas vezes, acaba inviabilizando a manutenção da atividade econômica, tendo em vista que retira da empresa bens essenciais a sua atividade e chegando, por vezes, a esgotar seu fluxo de caixa.

Não obstante isso, o que se observa na atualidade ainda é um uso desmedido desse instituto pelas instituições financeiras, tendo em vista os benefícios trazidos pela lei, o que faz com que as instituições optem por contratar com cláusulas de alienação fiduciária, mesmo o negócio não apresentando as devidas características.

Assim, a análise prática da aplicação da trava bancária demonstra que essa previsão legal funciona como verdadeiro óbice à efetiva recuperação da empresa, indo em contramão aos objetivos exaltados no artigo 47 da Lei. Nesse cenário, conclui-se ser de extrema importância as decisões (embora ainda limitadas) que defendam o levantamento das travas bancárias, em consonância com os objetivos previstos na Lei. Cabe ao Judiciário, assim, evitar que a proteção ao crédito dos proprietários fiduciários se dê em detrimento da manutenção da atividade empresarial, evitando a convolação da recuperação judicial em falência.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, José Francelino. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Doutrinas essenciais de Direito Empresarial**, vol. 1. São Paulo: Editora dos tribunais, 2010, p. 387-395.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de.; CHALHUB, Melhim Namem. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. In: Renato Luiz de Macedo Mange (Coord). **Revista do Advogado**, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 135 – 141.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECUE, Sabrina Maria Fadel.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. O trespasse na Recuperação Judicial sob a ótica dos princípios da LRF da interpretação dos tribunais. **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). 1 ed. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014, p. 449-468.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da lei de falências – “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”. **Revista dos tribunais**. Vol. 822. São Paulo: Thomson Reuters, 2004. P. 128-128.

BRANCO, Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Henrique Leite; STURZENEGGER, Luiz Carlos. A situação do proprietário fiduciário de direitos creditórios em garantia, originados de contratos de

cessão fiduciária, nos casos de submissão do devedor a regime de quebra. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol 63/2014. P. 43.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. A trava Bancária. In: Renato Luiz de Macedo Mange (Coord). **Revista do Advogado**, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 61-74.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: a luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Carolina Meirelles. Benefícios da Recuperação Judicial. In: FORTI, Fabio; NEPOMUCENO, Lucia Vidigal (Coord.). **Recuperação Judicial: da necessidade à oportunidade**. São Paulo: LTr, 2013. P. 105-117.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Recuperação Social da Empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos tribunais**. Vol. 913/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. p. 177-191.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função Social da empresa. **Revista dos Tribunais**, vol. 857. São Paulo: Thomson Reuters, 2007, p 11-28.

GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre a nova lei de recuperação de empresas e sua racionalidade econômica. **Doutrinas essenciais de Direito Empresarial**, vol. 6, dez. São Paulo: Thomson Reuters, 2010, p. 347-353.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los? **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, n. 142. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 155-164.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIPPERT, Guilherme Mallmann; SILVA, Juliano Langaro da. Breves reflexões sobre os princípios da lei nº 11.101/2005 e sobre os aspectos procedimentais da recuperação judicial de empresas. In: Miguel Hilú Neto (Coord.). **Questões atuais de direito empresarial**, volume II. São Paulo: MP Ed., 2009, p. 303-329.

LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 31-60.

MALHEIROS, Aristides. Plano de recuperação – isso funciona? In: Renato Luiz de Macedo Mange (Coord). **Revista do Advogado**, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 21-32.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. As “travas bancárias” no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, vol. 153/154. São Paulo: Malheiros Editores, janeiro-julho, 2010, p. 137-141.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Série Pensando o Direito – Análise da Nova Lei de Falências**. Coord. da pesquisa: FGV DIREITO RIO, Maio/2010, no 22, disponível em: <http://portal.mj.gov.br>, acesso em 16/09/2015.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. In: Renato Luiz de Macedo Mange (Coord). **Revista do Advogado**, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 33-46.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falência: lei n. 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OTTO, Samira. O credor fiduciário e a recuperação de empresas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 45. São Paulo: Thomson Reuters, 2009, p. 67-72.

OZAWA, Celina. **Relação entre taxas de juros, garantias e tempo de relacionamento: aplicação aos empréstimos de capital de giro no Brasil**. Boletim de Informações Fipe, fev. 2009, p. 18-22.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites**. **Revista Direito GV**, v. 2, p. 151-166, jan-jun 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219>. Acesso em: 07/05/2015.

_____. Recuperação de empresas, Cram Down e voto abusivo em Assembleia Geral de Credores – Estudo de Casos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coord.). **Revista de Direito Empresarial: RDEmp**. Ano 10, n.1, (jan/abr 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 129-143.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 66. São Paulo: Thomson Reuters, 2014, p. 157-181.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Recuperação Judicial e trava bancária. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. 59 (2013). Disponível em < http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/79/> . Acesso em: 29/07/2015.

SANTOS, Roseli Régo. A recuperação de empresas e a função social da empresa na lei 11.101/05. **Revista de Direito Empresarial**, nº 11. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 159-178.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA, Daniel Adensohn de. Recuperação Judicial: principais características e processamento. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coord.). **Revista de Direito Empresarial**, v. 12. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61-85.

KATUDJIAN, Elias. Pela (re)inclusão dos créditos excluídos da recuperação. In: Renato Luiz de Macedo Mange (Coord). **Revista do Advogado**, ano XXIX, nº 105. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 48-53.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, Agravo de Instrumento nº 0095340-88.2011.8.26.0000, DJ 22/11/2011. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 1º Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Marcondes, agravo de instrumento nº 2019493-75.2013.8.26.0000, DJ 06/02/2014. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 11º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos. Apelação nº 1087688-86.2014.8.26.0100, DJ 30/07/2015. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero. Agravo de Instrumento nº 0175232-46.2011.8.26.0000, DJ 24/01/2012. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, Agravo de Instrumento nº 2184338-90.2014.8.26.0000. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gomes Varjão, Agravo de instrumento nº 2222925.84-2014.8.26.0000, DJ 27/05/2015. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br.