XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO EMPRESARIAL

VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES

FABRICIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Vinicius Figueiredo Chaves; Fabricio Vasconcelos de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-839-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém/PA, realizado no dia 15 de novembro de 2019, reuniu pesquisadores das diferentes regiões do País.

Congregou expositores de artigos e ouvintes, discentes e docentes representantes/egressos de diversas instituições de ensino superior e programas de pós-graduação stricto sensu.

Foram apresentados 15 (quinze) artigos com as mais variadas temáticas, com análises e reflexões aprofundadas sobre questões relacionadas a regime falimentar e recuperacional, contratos empresariais, direito societário, função social da empresa, mediação empresarial, governança, compliance, dignidade científica do Direito Comercial, regime jurídico do MEI e sustentabilidade.

A amplitude de temas, a seriedade na condução das pesquisas e a predisposição ao diálogo entre os participantes resultaram em debates de alto nível, que possibilitaram rica e construtiva troca de experiências entre expositores, mediadores e ouvintes.

Como resultado, uma tarde de profundas reflexões e congraçamento.

Com satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os conteúdos dos trabalhos na certeza de sua contribuição para este ramo do Direito.

Uma excelente leitura!

Prof. Dr. Fabrício Vasconcelos de Oliveira

Prof. Dr. Vinicius Figueiredo Chaves

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS IMPLICAÇÕES DAS TRAVAS BANCÁRIAS NO SOERGUIMENTO DA EMPRESA

THE INVOLVEMENT OF THE BANK LOCKS ON THE UPLIFTING OF THE SOCIETY IN RECOVERY

Paola Domingues Jacob [1]
Bernardo Rocha da Motta [2]

Resumo

A pesquisa científica analisa o instituto da Recuperação Judicial na interpretação dada ao art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 dentro do universo da superação da crise econômico-financeira. O âmago do estudo foi apurar a efetividade da Recuperação Judicial ante as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que autorizaram a execução das travas bancárias. Demonstra como a exclusão dos credores titulares de cessões fiduciárias de recebíveis futuros dos efeitos da Recuperação Judicial dificulta a efetividade do soerguimento da empresa. Quanto a metodologia trata-se de uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, numa abordagem quantitativa, por meio do método indutivo.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Cessões fiduciárias, Travas bancárias, Soerguimento da empresa, Superior tribunal de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This Scientific research analyzes the Judicial Recovery and the interpretation given to art. 49, §3, of the Law No. 11.101 / 05 within the universe of overcoming a crisis. The core of the study is to determine the effectiveness of the Judicial Recovery against the decisions issued by the Superior Court of Justice that authorized the execution of bank locks. It demonstrates how the exclusion of creditors holding fiduciary assignments of future receivables from the effects of the Judicial Reorganization hinders the effectiveness of the society's uplift. The methodology is descriptive, bibliographical and documentary, a quantitative approach through inductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial reorganization, Fiduciary transfers, Bank locks, Society´s uplift, Superior court of justice

---

[1] Doutoranda e Mestre em Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Julgadora Singular da JUCERJA. Professora da ESPM-Rio, Fundação Cesgranrio e PUC-Rio. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ.

[2] Mestrando em Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ.

INTRODUÇÃO

Como é cediço, a Lei nº 11.101/05 que substituiu o Decreto nº 7.661/45, permitiu a inovação no ordenamento jurídico pátrio ao criar o instituto da Recuperação Judicial em substituição ao instituto da Concordata.

No entanto, por mais que se tenha experimento consideráveis avanços no que tange a implementação de um mecanismo que seja mais eficiente na promoção do soerguimento da atividade empresarial, críticas e indicações de releituras nas interpretações de diversos artigos da citada lei ainda florescem. Isso faz parte da dinâmica natural da vigência de uma norma jurídica, afinal, almeja-se sempre o seu aperfeiçoamento e que a mesma consiga resolver todas as celeumas que surgem na coletividade. Não se pode olvidar que o Direito é uma ciência em evolução constante, pois emerge dos anseios da sociedade.

Desta feita, o objetivo geral do trabalho científico é apurar a efetividade da Recuperação Judicial ante as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que autorizaram a execução das travas bancárias, determinando o bloqueio de recebíveis futuros pertencentes as recuperandas, pelas instituições financeiras que são detentoras de cessões fiduciárias. Tem-se como objetivos específicos: Perscrutar sobre a efetividade do art. 47 da Lei nº 11.101/05 no soerguimento da empresa; Analisar a dicotomia entre a viabilidade da Recuperação Judicial e o direito à propriedade dos credores dos recebíveis futuros; Examinar a cessão fiduciária de bens essenciais e os efeitos da trava bancária; e, por derradeiro, investigar se o posicionamento dos tribunais estão em consonância com os princípios regentes da Recuperação Judicial.

Para cumprir esse escopo o método de pesquisa não irá limitar-se ao levantamento bibliográfico e ao estudo hermenêutico da Lei nº 11.101/05, mas também analisar-se-á alguns julgados como forma de elucubrar qual a interpretação mais razoável, diante de interesses tão antagônicos, visto que de um lado há o devedor tentando superar a crise econômico-financeira através do manejo da Recuperação Judicial; e do outro lado, existem as instituições financeiras que desejam a satisfação dos seus créditos (direito à propriedade) que são protegidos por garantias fiduciárias, e a referida lei exclui dos efeitos da Recuperação Judicial tais créditos por força do disposto no art. 49, §3º, da mencionada lei. Além disso, definiu-se quanto a metodologia, que o trabalho tem por finalidade ser uma pesquisa descritiva, numa

abordagem quantitativa, por meio do método indutivo, tendo como procedimento de investigação a pesquisa bibliográfica e documental.

No primeiro capítulo, buscou-se empreender uma análise da efetividade do art. 47 da Lei nº 11.101/05, visto que ele traduz em seu bojo que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, promovendo-se assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Diante disso, deve-se compatibilizar toda análise da lei de insolvência à luz de tais princípios.

Já no segundo capítulo abordar-se-á a dicotomia entre o direito da recuperanda à viabilidade da recuperação da empresa e o direito concedido às instituições financeiras na proteção dos seus créditos, ou seja, proteção ao direito à propriedade.

Nesta toada, no terceiro capítulo empreender-se-á um exame sobre o problema das travas bancárias na Recuperação Judicial dos valores dos recebíveis futuros que foram dados em garantias da cessão judiciária. Inicialmente, analisar-se-á a origem da figura da alienação fiduciária e sua relevância na acessibilidade das linhas de crédito junto as instituições financeiras. E a razão da exclusão da alienação fiduciária e da cessão fiduciária dos efeitos da Recuperação Judicial.

No quarto e último capítulo, realizar-se-á um estudo sobre o posicionamento do STJ a cerca da essencialidade dos recebíveis futuros, mostrando que o tema não está pacificado. Examinando como o STJ define o que seja bem de capital essencial e a partir dessa definição decide se é possível a incidência da trava bancária.

O estudo deste assunto é extremamente pertinente e atual, ainda mais num cenário de crise econômica que assola o país, onde as sociedades empresárias estão utilizando a Recuperação Judicial com o intuito de soerguerem sua empresa. Dentro desta perspectiva, realizar um estudo que tenha por escopo tornar a Recuperação Judicial mais eficaz é crucial para garantir a manutenção de postos de trabalho e melhorar os índices econômicos.

1 A EFETIVIDADE DO ART.47 DA LEI DE FALÊNCIA NO SOERGUIMENTO DA EMPRESA

Quando o empresário individual ou a sociedade empresária enfrentam uma crise econômico-financeira, normalmente há a incidência de uma gama de fatores econômicos

complexos, como por exemplo, queda no faturamento advinda de uma crise econômica vivenciada pelo país, que colaboram para a manifestação dessa crise. Com escólio na doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, pode-se sintetizar o ocorrência de três tipos de crise: econômica, financeira e patrimonial.

Vale ponderar que a presente pesquisa científica não busca afirmar que só existem esses três tipos de crise. Muito pelo contrário, como já afirmado acima, há inúmeras causas para instalação da crise econômico-financeira numa empresa, apenas para sistematizar a análise desse fenômeno adotaremos como ponto de partida essa premissa. Realizada essa ponderação, falta conceituar essas crises.

A crise econômica ocorre quando o volume de negócios não se realizam na quantidade necessária para a manutenção da atividade empresarial, ou seja, há uma diminuição considerável na venda de produtos ou serviços.

> Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que veem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. (COELHO, 2015, p. 241)

Já a crise financeira pode ser traduzida na falta de recursos financeiros para saldar suas obrigações. Não há dinheiro disponível suficiente para honrar com todos os compromissos assumidos ao longo da atividade negocial.

> A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório — e, portanto, não existir crise econômica —, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. (COELHO, 2015, p. 241-242)

Por derradeiro, a crise patrimonial indica que o patrimônio da sociedade é menor que o valor total das suas dividas. Neste sentido, os bens pertencentes a sociedade empresária não são suficientes para saldar todas obrigações.

> Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. (COELHO, 2015, p. 242)

Em resposta as mais diversas crises que estão sujeitas a empresa, o legislador avoca para o Estado o dever de colaboração para a manutenção da atividade empresarial, ao instituir mecanismos legais para recuperar a atividade desenvolvida pelos empresários individuais e as sociedades empresárias[1].

O Estado viabiliza essa tentativa de soerguimento com o intuito de garantir principalmente: a manutenção dos postos de trabalho, o desenvolvimento econômico de determinada região e a arrecadação de impostos. Fábio Ulhoa Coelho aponta que o normal é que a recuperação da empresa em crise seja promovida pela "solução de mercado", no entanto, nem sempre é viável essa solução.

> A superação da crise da empresa deve ser resultante de uma “solução de mercado”: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover os recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. (COELHO, 2015, p. 244)

Por vezes, o dono atribui um "valor idiossincrático" a sua empresa e este fato inviabiliza a "solução de mercado".

> O valor idiossincrático da empresa é o atribuído exclusivamente pelo seu dono (melhor: pelo controlador da sociedade empresária que a explora). É muito comum que o empreendedor valorize a sua empresa de modo bem particular, principalmente se foi o seu iniciador e lhe devotou muitos anos e energia. Trata-se de um valor subjetivo e individual, derivado da autoimagem do empreendedor, da qual a empresa serve de projeção psicológica. (COELHO, 2015, p. 245-246)

Neste contexto, o instituto da Recuperação de Judicial deve ser manejado como a última *ratio*. Cumpre frisar que a Lei nº 11.101/05 tem por escopo garantir o soerguimento da empresa, entendida sob sua definição econômica, como atividade econômica organizada, a teor do art. 966, *caput*, do Código Civil. Ou seja, busca-se com a referida lei, a recuperação da empresa e não dos empresários, administradores, sócios ou acionistas que compõem a sociedade empresária.

Tal raciocínio tem amparo no próprio teor do art. 47 da Lei de Falências que normatiza uma ordem de prioridade nas finalidades traçadas para a Recuperação Judicial, quais sejam: em primeiro lugar, permitir a manutenção da fonte produtora; em segundo lugar,

[1] Neste trabalho, não abordar-se-á a Recuperação Extrajudicial, muito embora seja um mecanismo que pode ser utilizado na superação da crise econômico-financeira.

preservar o emprego dos trabalhadores; em terceiro e último lugar, satisfazer interesses dos credores. Trata-se de um pensamento lógico, afinal, mantendo-se a empresa (fonte produtora) é possível preservar o trabalho dos empregados e com isso satisfazer os interesses dos credores (BEZERRA FILHO, 2016, p. 140). A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 86.594/SP confirma esse posicionamento:

> A recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última ratio, a satisfação dos credores. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, AgRg no Conflito de Competência Nº 86.594 - SP 2007/0138668-0, Data de Julgamento: 25/06/2008, Segunda Seção).

Analisando-se ainda o mencionado artigo pode-se extrair dois princípios basilares da Recuperação Judicial: o Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Função Social da Empresa. A exegese do Princípio da Preservação da Empresa está na compreensão da importância da atividade empresarial como um todo, o insucesso de um empreendimento empresarial gera reflexos negativos em toda coletividade. Tais reflexos serão suportados, por exemplo, pelos empregados, fornecedores, consumidores, pelo Fisco, além das atividades empresariais que dependem indiretamente dessa fonte produtora. Por isso, cabe ao Estado fornecer meios para tentar empreender a superação da crise pela empresa.

Já o Princípio da Função Social da empresa concretiza o fundamento estampado no art. 170, III, da Constituição da República, no qual a propriedade (a empresa é um tipo de propriedade privada, propriedade dos bens de produção) deve cumprir sua função social, que se traduz na concepção de que os atos privados não devem atender somente aos anseios individuais, mas também aos interesses coletivos, a partir da formulação de um Estado Social.

Como decorrência lógica do Princípio da Preservação da Empresa o instituto da Recuperação Judicial surge em prol do Princípio da Função Social da Empresa, conforme assevera Marlon Tomazette:

> 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. [...] 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. (2017, p. 96)

Na parte final do art. 47 da Lei nº 11.101/05 existe a menção ao "estímulo à atividade econômica" que numa possibilidade hermenêutica está alinhando aos objetivos fundamentais

da República Federativa do Brasil, no sentido de garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, com fulcro no art. 3º, II e III da Carta Magna. A axiologia positivada neste artigo constitucional reverbera na necessidade de que toda atividade econômica vise promover a efetividade dos objetivos fundamentais.

Hodiernamente, a doutrina aponta ainda a incidência de dois outros princípios no instituto da Recuperação Judicial, que seriam: (i) o Princípio da Superação do Dualismo Pendular e o (ii) Princípio da Divisão Equilibrada do Ônus (COSTA, 2016, p. 71).

O primeiro trata da oscilação na proteção dos interesses dos devedores e credores, ou seja, ora o ordenamento jurídico pende a proteger mais os interesses dos credores e ora preocupa-se em salvaguardar os interesses dos devedores, diante desta dinâmica Fábio Konder Comparato denominou tal situação de *dualismo pendular* (1970, p. 120). O que se propõem atualmente é a superação deste dualismo pendular com base no preservação dos benefícios sociais.

> Entretanto, proponho a necessidade de superação desse dualismo pendular, deslocando-se o foco da interpretação para a busca da finalidade útil do instituto jurídico. A finalidade do instituto e o bom funcionamento do sistema jurídico devem prevalecer sobre a proteção do interesse de um dos polos da relação de direito material. Assim, numa relação de crédito e débito, o foco da interpretação deve estar no atingimento da eficiência no sistema de cobrança, muito mais do que na proteção de credor ou devedor. Isso porque, por exemplo, se a lei cria proteções ao devedor, de modo a tornar intransponível a realização do crédito, o sistema perde eficácia e, nessa condição, deixará de ser utilizado pelos credores, que buscarão a realização de seu crédito através de sistemas alternativos, muitas vezes ilegítimos. E, se a ideia da lei ou do intérprete era proteger a dignidade do devedor, a implosão da eficácia do sistema vai, em última análise, prejudicar justamente o devedor, vez que num sistema ilegítimo (como a cobrança particular através de cobradores privados) o devedor não terá qualquer proteção.
> [...] Esse raciocínio se aplica totalmente aos processos de insolvência. Muito embora se observe que o pêndulo legal oscilou entre credor e devedor durante a evolução dos institutos legais, deve-se reconhecer que, nesse momento, esse pêndulo deve ser deslocado das partes para a realização eficaz da finalidade do próprio instituto. (COSTA, 2016, p. 90).

E o segundo, traz a ideia de que a Recuperação Judicial deve ser boa para o devedor, que se mantém em funcionamento, honrando com suas obrigações, ainda que essas tenham os seus termos renegociados, a fim de se adequarem a atual situação econômica do devedor; e para os seus credores, que terão os seus créditos satisfeitos mesmo diante da dilação de prazo para pagamento. Tudo isso em prol do interesse social na manutenção da empresa.

Neste diapasão, o devedor arca com os ônus empresariais, no sentido, de prosseguir com a atividade empresarial, mantendo os postos de trabalho, recolhendo os imposto devidos,

apresentando um plano de recuperação plausível e o cumprindo rigorosamente; e com os ônus processuais, pois deve cumprir todos os prazos processuais e todas as determinações do juiz e do administrador judicial, pautando sua atual dentro os princípios éticos e da boa-fé objetiva.

Já os credores arcam com o ônus de terem os seus créditos pagos em outros termos, normalmente com dilação no prazo para pagamento, além de sofrerem com a incidência de deságio no cumprimento dessas obrigações. Soma-se a essa situação a suspensão das ações e a impossibilidade de execução dessas obrigações durante o período do *automatic stay*, na forma do art. 6º, § 4º da Lei nº 11.101/05. Esses ônus suportados tanto pelo devedor quanto pelos credores são legitimados dentro de uma sistemática organizacional da própria Lei de Falências em consonância com o texto da Constituição da República, que prioriza os interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais. Afinal, os efeitos da extinção da empresa (falência) se refletirão em toda sociedade.

Diante de todo o arcabouço principiológico analisado fica latente que cabe a todos os atores envolvidos no soerguimento da empresa darem a sua parcela de contribuição para a efetividade da Recuperação Judicial pretendida. Uma interpretação reversa tornaria o art. 47 da Lei de Falência letra morta. Essa parcela de contribuição perpassa pela mitigação temporária do Direito à Propriedade. Tema que será melhor debatido no próximo capítulo.

2 VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA X DIREITO À PROPRIEDADE

A Lei nº 11.101/05 trouxe uma guinada interpretativa se comparada a legislação anteriormente vigente, o Decreto nº 7.661/45. No entanto, isso não a salvaguarda de receber severas críticas, no que tange à viabilização da recuperação da empresa.

Neste condão, torna-se necessária uma releitura interpretativa de alguns artigos da Lei nº 11.101/05, a fim de compatibilizá-los com os princípios que estão estampados no próprio texto da lei e com os objetivos fundamentais previstos no art. 3º, da Carta Magna.

Dentro desta linha de raciocínio insere-se o tratamento dispensado aos titulares de garantias fiduciárias no âmbito da citada lei, que os excluiu da incidência dos efeitos da Recuperação Judicial, conforme preleciona o art. 49, §3º da referida norma jurídica.

Inicialmente, cumpre asseverar que grande parte desses proprietários fiduciários são as instituições financeiras, ou seja, os bancos. Afinal, se um empresário almeja conseguir um

empréstimo, a via normal, é que ele tente essa linha de crédito com um banco, e este visando garantir o pagamento desta obrigação condicione esse empréstimo a uma garantia fiduciária. As instituições financeiras agem desta forma em face do regramento protetivo disposto no art. 49, §3º, da LF.

O fundamento para esse tratamento privilegiado baseia-se na expectativa de que sejam praticados juros menores pelas instituições financeiras diante do menor risco desta operação de crédito, em razão da maior certeza no recebimento desses recursos. Em que pese ser louvável esse pensamento, a realidade é que as instituições financeiras praticam juros muito maiores que a expectativa dos empresários em geral.

Hodiernamente, as formas mais usuais de garantias fiduciárias são: as alienações fiduciárias (aquelas em que a garantia fiduciária é realizada através de um bem imóvel ou móvel infungível); e cessões fiduciárias (aquelas em que a garantia é feita por títulos de crédito ou direitos creditórios, presentes ou futuros).

Na cessão fiduciária de recebíveis futuros, o devedor (parte cessionária) abrirá uma conta bancária no banco (parte cedente do crédito), onde deverão ser depositados esses recebíveis, constituindo-se a garantia do financiamento. Caso o devedor não cumpra sua obrigação de pagar o financiamento dentro do prazo estipulado, o banco bloqueia essa conta bancária e passa a retirar os valores lá depositados para quitação dessa obrigação. Tal procedimento é conhecido como "trava bancária".

Ante a permissão de realização da trava bancária, tendo a viabilidade da recuperação da empresa resta prejudicada, pois um dos seus principais credores não precisa negociar essa dívida, pode ficar numa posição egoísta de exigir individualmente o pagamento do seu crédito.

Neste ponto chega-se num impasse, de um lado o direito do devedor de garantir a viabilidade da recuperação da sua atividade empresarial e de outro o direito à propriedade das instituições financeiras. Como ponderar interesses tão conflitantes?

A resposta a essa indagação parece estar atrelada a exegese do art. 49, §3º, parte final, da LF, que proíbe durante o prazo de suspensão de 180 dias, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Advoga-se em prol desta hermenêutica em razão da compatibilização do antagonismo vislumbrado acima. Afinal, os dispositivos legais devem ser interpretados à luz dos princípios que os circundam, como o Princípio da Superação do Dualismo Pendular,

segundo o qual a lei deve ser compreendida sob o viés de garantir o atingimento do objetivo estampado no art. 47 da LF, qual seja, a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor para promoção dos Princípios da Preservação da Empresa e Função Social da Empresa, e não visando prestigiar os interesses de credores ou do devedor. E do Princípio da Divisão Equilibrada de Ônus, que prescreve que cabe ao devedor e aos credores dividirem o ônus no processo recuperacional de modo que prepondere o interesse social em detrimento do interesse particular.

Muito embora, o STJ tenha decidido que não se aplica a exceção prevista no art. 49, §3º, parte final, da LF nos casos em que a garantia fiduciária recai sobre dinheiro ou recebíveis futuros, pois o contrato de cessão fiduciária de crédito transfere ao credor a propriedade dos créditos até liquidação da dívida. Segundo a relatora,

> "[...] nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Recurso Especial 1.263.500-ES, Data do julgamento: 05/02/2013, Quarta Turma).

E recentemente, tenha restringido o conceito de bens de capital conforme o teor do voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze e com tal fundamento permitido a aplicação da trava bancária, trecho do julgado que se transcreve:

> A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do *stay period*, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo "bem de capital". Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc), além de desvirtuar a própria finalidade dos bens de capital, fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de modo expresso, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial.
> Para efeito de aplicação do §3º do art. 49, "bem de capital", ali referido, há de ser compreendido como bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direita do devedor, e, sobretudo que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*.
> A partir de tal conceituação pode-se concluir, *in casu*, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o Juízo da recuperação judicial obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial 1.758.746-GO, Data do julgamento: 08/10/2018, Terceira Turma).

Ainda sim, há a manutenção do pensamento que reconhece a aplicação da parte final do §3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 no caso das travas bancárias, afinal tal artigo deve ser compreendido à luz dos Princípios da Preservação da Empresa e Função Social da Empresa. Neste sentido, permitir que os credores bancários executem suas garantias fiduciárias prejudicaria toda a coletividade de credores, e isso contraria o objetivo do Princípio da *Par Conditio Creditorum*, o qual prescreve um tratamento paritário entre os credores. Imagine ainda a seguinte situação, o credor titular de uma alienação fiduciária sobre uma máquina industrial, por exemplo, não poderia vendê-la para satisfação de seu crédito, ao revés de um credor titular da cessão fiduciária de recebíveis, poderia fazê-lo sem qualquer objeção.

Dentro desta perspectiva, o conceito de bem de capital essencial a atividade empresarial deve ser entendido na sua acepção ampla e não restritiva como tem defendido o STJ. Ao fundamento de que compete ao juízo recuperacional diante do caso concreto perscrutar se determinado bem é essencial ou não àquela atividade. Admitir que os credores financeiros estão autorizados a retirarem recebíveis essenciais a continuidade da recuperanda, mesmo durante o período do *automatic stay*, seria inverter toda a lógica principiológica que reveste a Lei nº 11.101/05, e torná-la praticamente ineficaz. Vale ponderar, que no âmbito da argumentação esposada apenas entende-se possível a não ocorrência da trava bancária durante o período do *stay period*, a fim de compatibilizar a efetividade do soerguimento da empresa com o direito à propriedade dos titulares de garantias fiduciárias.

3. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE (POSSÍVEIS) BENS ESSENCIAIS E SUA ADMISSÃO NO PROCESSO RECUPERACIONAL

Conforme analisado no capítulo anterior, pode-se extrair da inteligência do art. 49, §3º da Lei nº 11.101/05 que, via de regra, os créditos garantidos por alienação fiduciária estão excluídos dos efeitos da Recuperação Judicial.

Como exemplos desses efeitos, esses créditos não sofrem novação quando o plano é homologado e o juiz concede a recuperação judicial ou não teriam o curso de suas ações de execução suspensas pelo período de 180 dias como prevê a norma legal.

Indaga-se nesse ponto qual o *animus* do legislador em excluir os créditos garantidos fiduciariamente da Recuperação Judicial e em que situações os efeitos da Recuperação

Judicial alcançariam os créditos – a princípio – excluídos por força lei, conforme se pode perceber da leitura da parte final do art. 49, §3º da referida lei: "(…) *não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."*.

Essas indagações serão guerreadas ao longo do capítulo, ao passo que se faz mister uma exposição dogmática acerca da alienação fiduciária, a cessão fiduciária e sua contextualização com os bens essenciais de capital, para que se culmine nas respostas dos problemas mencionados mediante pesquisa contundente realizada.

De uma análise histórica do surgimento da alienação fiduciária, pode-se inicialmente mencionar que a alienação fiduciária nada mais é que um negócio fiduciário, que abrange tanto cessão fiduciária quanto a alienação fiduciária propriamente dita.

A Alienação Fiduciária propriamente dita, tipo de negócio fiduciário, teve a sua regulamentação inicialmente a partir da Lei de Mercado de Capitais, sofrendo algumas alterações ao longo do tempo.

A razão por trás de a alienação fiduciária ser substancialmente regulamentada pela lei de Mercado de Capitais se deu ao fato da previsão legal tratar especificamente da alienação fiduciária de bens móveis, o que corriqueiramente se dava no mercado financeiro através da alienação títulos mobiliários, dentre eles as ações, debêntures conversíveis, títulos de subscrição, dentre outros, que possuem natureza patrimonial – e não creditória, ao menos não exclusivamente, para que as sociedades pudessem ter acesso a linhas de crédito, com menores incidência de juros, ou não dispondo de algum outro patrimônio que pudesse ser afetado em garantia

A previsão da alienação fiduciária de títulos e valores mobiliários se deu especificamente em seu art. 66, conforme leitura:

> Artigo 66-B § 3º da Lei 4728/1965 – com redação incluída pela lei 10.931/2004: § 3o É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Por fim, a alienação fiduciária em garantia de bens móveis foi alterada em 2002, com advento do Código Civil, especificamente nos arts. 1.361 a 1.368, trazendo a atual definição: "a *propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com o escopo de garantia, transfere ao credor*." Os diplomas citados também trouxeram a possibilidade de constituição de garantia fiduciária por pessoa física ou jurídica, não se atendo apenas às instituições financeiras.

A figura da cessão fiduciária surgiu como forma de fomento do mercado imobiliário e de construção civil, regulamentando as operações creditórias de cédulas de crédito imobiliárias, conforme arts. 22 e 23 da Lei nº 4.864/1965 e que também alterou a redação do art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais.

A cessão fiduciária, portanto, seria um desdobramento da linha funcional que constitui a alienação fiduciária, podendo ser definida como: *"ato entre vivos pelo qual alguém se priva de um direito seu em favor de outrem, ou mediante qual se transmite um crédito a um novo credor*" (MENDONÇA, 1964, p 247-251). O crédito perde sua natureza personalíssima[2] para se vestir de natureza patrimonial como um ativo do credor, podendo assim ser alienado ou ser objeto translativo de direitos de transmissão.

Nas palavras do Des. Romeu Ricupero, a cessão fiduciária não seria nova espécie de negócio fiduciário, mas apenas uma interpretação extensiva do mesmo instituto*:"(...) a cessão*

---

2 Em que pese o Código Civil não prever em seus arts. 11 a 21 o direito creditório como direito personalíssimo, este rol não é *numerus clausus*, mas entende-se aqui que o direito creditório é de fato personalíssimo, ao passo que ofensa injusta ou ato ilícito a esses direitos atingem tanto materialmente quanto pessoalmente o indivíduo, podendo inclusive ser suscetível de dano moral, nesse sentido extrai de julgado este entendimento: EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA – DANOS MORAIS - TÍTULO DE CRÉDITO - DUPLICATA – LEGITIMIDADE – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - TÍTULO DE NATUREZA CAUSAL - RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PROVA DE FATO NEGATIVO - NULIDADE – MANUTENÇÃO DO PROTESTO INDEVIDO – ENDOSSO-MANDATO – RESPONSABILIDADE - DANO MORAL - RECURSO IMPROVIDO. 1) A instituição financeira que recebe o título por endosso-mandato é legítima e responde pelos danos causados por ação própria quando exacerba os poderes que lhe foram conferidos ou atua de forma negligente levando a protesto ou mantendo o apontamento do título mesmo ciente de sua falta de higidez. Precedente do STJ. 2) A duplicata é título de crédito de natureza causal, o que significa que a sua validade está estritamente relacionada com a existência de uma relação jurídica de compra e venda ou de prestação de serviços que a embase. 3) Na ação anulatória de título de crédito em razão da inexistência de relação jurídica que deu causa à sua emissão, o ônus da prova da existência da prestação de serviços cabe ao credor que deixa de apresentar a duplicata com aceite ou outro documento hábil à prova da execução dos serviços. 4) O banco que leva a protesto título de crédito - recebido por endosso-translativo - sem lastro responde pelos danos causados pelo protesto indevido. Precedentes do C. STJ. 5) Ocorrência de dano moral decorrente da manutenção do protesto do titulo recebido por endosso-mandato quando a instituição financeira foi alertada pelo suposto devedor sobre a falta de higidez do mesmo. 6) O arbitramento do dano moral deve observar a proporcionalidade e a razoabilidade, considerando os critérios punitivo, preventivo e ressarcitório, sem, contudo, causar enriquecimento ilícito do ofendido. 7) Recurso improvido.
(TJ-ES - APL: 00361323920108080024, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Data de Julgamento: 03/11/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/11/2014)

fiduciária mais não e do que a alienação fiduciária que tem por objeto direitos creditório ou títulos de crédito."[3]

A cessão fiduciária de títulos de crédito possui um papel relevante, portanto na abertura e acessibilidade às linhas de crédito para as sociedades empresárias, pois com ela as garantias oferecidas para abertura das linhas de crédito se tornam menos sacrificantes para as sociedades.

Dentre os títulos de crédito que possuem maior habitualidade de serem garantidos por cessão fiduciária, podem-se citar as cédulas de crédito bancárias, ou "CCB". O surgimento das "CCB" se deu em resposta às altas taxas de juros e elevado *spread* – que se substancia em taxas de juros básicos de captação, versus as taxas finais de custos ao tomador, ou seja, se a taxa que incide no valor final seria maior ou menor do que a taxa paga para a captação do recurso.

As cédulas de crédito bancário em geral são meios de financiamento da atividade empresarial e envolvem altos valores, exiguidade em seu cumprimento e um peso grande de garantias a serem constituídas pelo devedor. Os bancos, em resposta ao alto valor dos empréstimos, devem consignar garantias bastantes de que o valor será restituído.

Neste sentido, responde-se à primeira indagação remetida supra sobre o porquê da exclusão da alienação fiduciária e da cessão fiduciária dos efeitos da Recuperação Judicial: se esses institutos visam garantir baixos *spreads* bancários, controle das taxas e de exigências de garantias por parte dos credores, o esvaziamento dessas garantias de crédito faria com que esse controle econômico perdesse sua eficácia, e que, portanto, retornaria ao *status quo* de empréstimos leoninos por parte das instituições financeiras, exigindo muitas vezes garantias pessoais como aval e fiança ou garantias patrimoniais como hipoteca, que obstaculiza o acesso ao crédito, em especial para as micro e pequenas empresas[4].

O problema dessa exclusão, porém, reside na resposta da segunda pergunta, pois, hodiernamente grande parte das transações realizadas pelas sociedades empresárias se dão através de operações de cartões de crédito e/ou débito, e grande parte inclusive dos recebíveis da sociedade empresária se dá através justamente de suas contas bancárias.

---

3 AI 585.273.4/7-00 TJSP Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j.19.11.2008m v.u., rel. Des. Romeu Ricupero;

4 Usado aqui o conceito instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 que não é escopo do presente trabalho uma análise mais minuciosa.

Em linhas gerais, o devedor abrirá uma conta bancária na instituição que está lhe abrindo uma linha de crédito e depositará os recebíveis, que ficarão em propriedade resolúvel da instituição, onde se constitui a cessão fiduciária, caso a sociedade depositária inadimplir alguma parcela, a instituição financeira cessionária bloqueia o acesso à conta (COSTA, 2018).

Consequentemente, isso implica na problemática dos efeitos da consolidação dos recebíveis futuros (ou de qualquer outra garantia cedida fiduciariamente) que acarrete na constrição desses direitos creditórios, o que é chamado de trava bancária, se mostrando um verdadeiro óbice à Recuperação Judicial, tornando esta mesma inviável, sendo uma convolação tácita da Falência da sociedade que teve seus recebíveis futuros constringidos por uma trava bancária.

Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos, acerca do problema encontrado nas travas bancárias durante a Recuperação Judicial temos que:

> É aí que surge o problema da "trava bancária": se essa empresa devedora pedir recuperação judicial, os recebíveis dados em garantia (créditos futuros que ela receberia) estarão com o banco credor, o que faz com que eles "travem" a recuperação, já que muitas vezes esse recebíveis correspondem à boa parte- do que a empresa devedora tem para receber."(RAMOS, 2017, p.805-806)

Em que pese à escolha do legislador em proteger o crédito garantido por cessão fiduciária como possível solução de controle de juros e *spreads* bancários, os princípios e valores norteadores da Recuperação Judicial vêm conduzindo o judiciário no sentido de relativizar essas garantias, bem como liberar os recebíveis futuros das sociedades recuperandas. Como restará provado no próximo capítulo.

Isso porque, mostra-se por demais gravoso encerrar as atividades de uma sociedade empresária em prol de um credor tão somente. Sendo certo que a manutenção das atividades da empresa viável se mostra mais benéfica para a sociedade, como geradora de riquezas, empregos, qualidade de vida local, assim como a manutenção da atividade garante que mais credores sejam satisfeitos, inclusive o credor com garantia fiduciária.

Muito embora este tipo credor possa ser um obstáculo na Recuperação Judicial, que pode ter um montante da dívida adimplida de forma mais satisfatória dentro do procedimento recuperacional se simplesmente permitir a continuidade do feito, sem bloquear os recebíveis depositados em fidúcia ou até ajuizar um pedido autônomo de quebra.

4. TRAVAS BANCÁRIAS E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DA ESSENCIALIDADE DOS RECEBÍVEIS FUTUROS

Uma teoria que ganha forte repercussão na defesa da sociedade recuperanda em prol da liberação das travas bancárias é a Teoria da Superação do Dualismo Pendular, que replica a teoria de Fabio Konder mencionada no primeiro capítulo.

Esse pensamento foi aventado pelo magistrado Daniel Carnio Costa na Recuperação Judicial da Kennzur, ao liberar as travas bancárias de recebíveis futuros dados com garantia fiduciária:

> Deve-se aplicar ao sistema recuperacional a interpretação conforme as teorias da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada de ônus. Segundo a teoria da superação do dualismo pendular, a melhor interpretação que se deve dar aos institutos da recuperação judicial é aquela que permita o aplicador da lei atingir de maneira mais eficaz os resultados de interesse social tutelados pelo sistema recuperacional e não os interesses parciais de credores ou devedores. A viabilização da superação da crise atende à tutela de interesses públicos e sociais consistentes na preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial saudável, quais sejam, a geração de empregos, o recolhimento de tributos, a circulação de bens, produtos, serviços e a geração de riquezas. Os interesses maiores, garantidos pelo sucesso da recuperação da empresa, devem-se sobrepor aos interesses particulares e parciais, de credores e devedores, dentro do processo de recuperação judicial. O interesse parcial de credor ou devedor nunca poderá se transformar em barreira intransponível à realização do interesse maior, de natureza pública/social, decorrente da preservação dos benefícios oriundos da atividade empresarial saudável. Por isso, a interpretação da ressalva trazida pelo art. 49, §3º da referida lei deve atender a essas teorias, de modo a se garantir que seja possível ao sistema a tutela efetiva dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da preservação da atividade empresarial (objetivo último do sistema recuperacional).Nesse sentido, a interpretação adequada da parte final do art. 49, §3º da Lei nº 11.101/05 deve atender às finalidades do instituto da recuperação judicial das empresas em crise. Segundo o sistema recuperacional brasileiro, muito embora os titulares de garantia fiduciária conservem os direitos de propriedade sobre o bem objeto da garantia, não lhes é autorizada a realização da garantia (retirada do estabelecimento) dos bens de capital essenciais a atividade empresarial da recuperanda, tendo em vista que a utilização dessas garantias se mostra essencial para a superação da crise a para a tutela dos interesses maiores do sistema recuperacional. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Juiz de Direito: Daniel Carnio Costa, , Embargos de Declaração nos autos nº 1049020-41.2017.8.26.0100 - SP, Data de Julgamento: 10/08/2017).

Em entendimento de Luiz Roberto Ayoub, acerca da (não) concursalidade do crédito garantido por cessão fiduciária, tem-se que apesar da letra fria da lei, todo o sistema normativo deve estar consoante a um único propósito, sendo certa a manutenção máxima de esforços para o sucesso da Recuperação Judicial propriamente dita, devendo haver uma solidarização e cooperação entre credores e devedor, a fim de não se sobressaírem interesses particulares em detrimento de um concurso de credores e a própria sociedade recuperanda:

> É inequívoco que crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeita a recuperação judicial, em razão do disposto no art. 49, § 3º, da LRF. Entretanto, esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com as demais normas do sistema de direito concursal constituído pela Lei 11.101/2005, que alinha os incentivos aos agentes econômicos para que desenhem as estruturas de governança de seus interesses. Com efeito, a não sujeição pura e simples do crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis constitui forte incentivo para os agentes econômicos optarem por essa forma de garantia, em detrimento de outras formas, que sujeitam o credito à recuperação judicial. (...) a manutenção da cessão fiduciária fica, entretanto, a depender de outro incentivo que o sistema de direito concursal da ao credor garantido: o de continuar a fornecer créditos durante a recuperação. Esses créditos constituídos durante a recuperação judicial são, por um lado, essenciais à manutenção da atividade da empresa devedora e, por outro lado, são a condição necessária para o credor titular da cessão fiduciária manter esse seu credito excluído da recuperação judicial.(...) vale dizer, o sistema de direito concursal brasileiro impõe à empresa devedora e ao seu credor garantido o dever de participar colaborativamente da recuperação da empresa.(AYOUB, 2013, p.79)

Depreende-se que sistematicamente a Lei nº 11.101/2005 traz manifestas contradições ao tentar resguardar os interesses patrimoniais dos credores face aos interesses da sociedade recuperanda, que o legislador ao não antever a probabilidade de colisão entre manter a atividade produtiva da sociedade empresária e manter inócuas as garantias patrimoniais dos credores gerou um manifesto conflito de legalidade que coube ao Poder Judiciário a resolução.

Devendo realizar a ponderação de juízo se recebíveis futuros seriam bens essenciais de capital ou se seriam passíveis de serem consolidados mesmo durante o decurso da Recuperação Judicial.

Tal foi o dissídio acerca da essencialidade (ou não) dos recebíveis futuros dados em cessão fiduciária que o egrégio Superior Tribunal de Justiça julgou o RESP 1.758.746 - GO (2018/0140869-2), que tratava sobre a essencialidade dos recebíveis futuros como bens de capital para eventual liberação de travas bancárias.

Nesse sentido, o juízo *a quo* da 6ª Vara Cível de Goiânia havia deferido parcialmente o pedido da sociedade recuperanda Régia Comércio de Informática Ltda - Primetek (em recuperação judicial) para que se liberasse 40% da trava bancária que estava incidindo sobre os valores bloqueados, a fim de se manter um fluxo de caixa compatível com a continuidade da empresa.

Ainda mandou que as instituições financeiras se abstivessem de realizar futuros bloqueios nas contas bancárias da recuperanda, caso descumprida as referidas ordens que as instituições ficassem sujeitas à multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ato contínuo, ao interpor Recurso Especial ao STJ, este proferiu entendimento diverso do juízo *a quo* sobre o sobrestamento das travas bancárias e se os recebíveis futuros seriam bens essenciais de capital, se sujeitando, portanto, aos efeitos da Recuperação Judicial.

O RESP objeto de presente análise centrou-se em saber se seria possível e consoante aos ditames da lei, o juízo recuperacional determinar o sobrestamento das travas bancárias sobre o argumento de se tratarem de bens essenciais de capital.

Em decisão inédita do Tribunal, o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze informa que a alienação fiduciária não se sujeitaria aos efeitos recuperacionais, tendo essa realidade mitigada tão somente em se tratando de bens essenciais de capital, sendo certo que essa mitigação ocorre apenas durante o prazo de 180 dias, denominado de *stay period* conforme mencionado na parte final do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05.

A definição do que seriam os bens de capital essenciais à continuidade da empresa seria relevante para constatação subsequente da mitigação da exclusão do bem dado em garantia fiduciária, conforme se extrai leitura do acórdão:

> Portanto, levando-se em conta que a qualificação como "bem de capital" é indispensável para que o Juízo recuperacional possa aferir a sua essencialidade, parece-me, não apenas conveniente, mas absolutamente adequado e necessário que o Superior Tribunal de Justiça esclareça a abrangência do termo "bem de capital".
> Sem o específico enfrentamento que ora se propõe (conforme a matéria devolvida no presente recurso especial), assinala-se que esta Corte de Justiça possui julgados em que se reconheceu que o crédito cedido fiduciariamente (trava bancária), por não se constituir em bem de capital, não poderia ficar retido na posse da recuperanda.
> (...)
> Extrai-se de seu teor que o bem, para se caracterizar como bem de capital, precisa ser utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário. Verifica-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio — e na lei não há dizeres inúteis — falar em "retenção" ou "proibição de retirada". Por fim, ainda para efeito de identificação do "bem de capital" referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do stay period, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário.
> A partir de tais constatações, para efeito de conceituação, perfilho integralmente a compreensão externada pela Ministra Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do CC 153.473/PR, com base em autorizada doutrina e em precedentes destacados do STJ (nos quais, pontualmente, se reconheceu estar-se diante de determinado bem de capital), de que "bem de capital" a que a lei se refere é o bem corpóreo (móvel ou imóvel), utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, e que, naturalmente, se encontre em sua posse.
> Logo, os bens de capital do devedor seriam aqueles tangíveis de produção, como prédios, máquinas, equipamentos, ferramentas e veículos, entre outros empregados, direta ou indiretamente, na cadeia produtiva da recuperanda. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial 1.758.746-GO, Data do julgamento: 08/10/2018, Terceira Turma).

Conclui-se que das características atribuídas aos bens de capital, sendo elas: bens tangíveis vinculados ao processo produtivo da sociedade para a persecução da empresa como maquinário, equipamentos, veículos empregados direta ou indiretamente no processo produtivo, pode-se inferir que os recebíveis futuros bloqueados pelas travas bancárias, pela sua natureza incorpórea e atrelada não necessariamente à processos produtivos da sociedade, não seriam portanto bens de capital e estariam excluídos da exceção prevista na parte final do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05.

Não bastando, portanto, a mera alegação genérica da essencialidade do bem de capital, mas há de se respeitar a definição empregada pela ciência econômica quanto sua definição técnica, conforme se extrai do acórdão:

> Segundo a Ciência Econômica, bens de capital são bens utilizados na produção de outros bens, especialmente bens de consumo, embora não sejam diretamente incorporados ao produto final. São bens que atendem a uma necessidade humana de forma indireta, pois são empregados para gerarem aqueles bens que a isso se destinam (estes chamados bens de consumo; alimentos, vestuário, canetas, concertos musicais, veículos de passeio). Porém, é importante lembrar que essas classificações não são estanques, tampouco aceitas universalmente pelos economistas. Alguns consideram bem de capital como sinônimo de bem de produção. Outros consideram bem de produção um conceito mais amplo, que inclui, além dos bens de capital, tudo que é utilidade para a produção de um bem final, abarcando, assim, os bens intermediários e as matérias primas. Além disso, como nenhuma classificação é absoluta, um mesmo bem pode, de acordo com a sua destinação, ser considerado ora como bem de produção, ora como bem de consumo. Lembre-se o feijão, bem de consumo quando for utilizado como alimento, e bem de produção enquanto semente. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial 1.758.746-GO, Data do julgamento: 08/10/2018, Terceira Turma).

Decidindo, portanto, o ilustre Tribunal em dar provimento ao RESP do Banco Itaú e de se reestabelecer na integralidade as travas bancárias que foram parcialmente liberadas no juízo *a quo*.

Isto porque entendeu o Egrégio Tribunal Superior de Justiça que a natureza dos recebíveis futuros se demonstra diversa do que havia entendido a primeira instância, se baseando em fonte multidisciplinar para definir bem essencial de capital como bem corpóreo que deve estar diretamente vinculado aos meios de produção, o que não se depreende da natureza dos recebíveis futuros, dada sua natureza incorpórea, tendo destino não necessariamente voltado para meios de produção

Por fim, destaca-se que além da natureza corpórea do bem (sendo ele móvel ou imóvel) e vinculada aos meios de produção, o bem essencial de capital ainda deve estar na posse direta do devedor, ideia que por fim é afastada na cessão fiduciária de recebíveis

futuros, ao passo que, como mencionado anteriormente, esses recebíveis ficam depositados em conta da instituição financeira que concedente.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, em que pese todo arcabouço doutrinário e principiológico apresentado que corroborasse para a defesa da liberação das travas bancárias no procedimento recuperacional, adotou o Supremo Tribunal de Justiça por uma interpretação lógico-sistemática, ao se debruçar em interdisciplinaridade da matéria para achar a definição técnica do bem de capital.

Ao se debruçar nas ciências econômicas, encontra precisamente que bens de capital seriam tão somente bens corpóreos ligados direta ou indiretamente aos meios de produção de empresa empregados pela sociedade empresária, e que, portanto, dada a natureza incorpórea dos recebíveis futuros, estes não estariam livres das travas bancárias se debruçados pela mitigação encontrada na parte final do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05.

Portanto, em que pese a relevância dos recebíveis futuros para sociedade em recuperação, sua manutenção junto à recuperanda não encontra respaldo no bojo da essencialidade dos bens de capital, deixando o procedimento recuperacional inteiramente nas mãos dos credores extraconcursais com créditos garantidos fiduciariamente.

Conclui-se por fim que deve ser solucionado esse hiato quanto aos recebíveis futuros de forma urgente, tendo em vista a profundidade que as travas bancárias acometem todo procedimento, incidindo em uma convolação tácita em falência das sociedades recuperandas, rompendo a cadeia axiológica instrumental que se dispõe a Lei nº 11.101/2005.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Leonardo da Silva; NÓBREGA, Monnizia Pereira; SILVA, Semirames do Nascimento; QUEIROGA, Artur Xavier Mesquita de; MARACAJA, Patrício Borges. **A aplicação do princípio da função social da empresa frente ao desenvolvimento sustentável**. Revista Verde de Agroecologia e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: *<https://gvaa.com.br/revista/index.php/RVADS/article/download/2048/1601>. Acesso em: 26 mar. 2019.*

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de empresas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 Comentada Artigo por Artigo**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Juiz de Direito: Daniel Carnio Costa, , Embargos de Declaração nos autos nº 1049020-41.2017.8.26.0100 - SP, Data de Julgamento: 10/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, AgRg no Conflito de Competência nº 86.594 - SP 2007/0138668-0, Data de Julgamento: 25/06/2008, Segunda Seção.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial 1.758.746-GO, Data do julgamento: 08/10/2018, Terceira Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Recurso Especial 1.263.500-ES, Data do julgamento: 05/02/2013, Quarta Turma.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2015.

COSTA; Daniel Carnio. **Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI293014,31047-Teoria+da+essencialidade+de+bens+e+as+travas+bancarias+na+recuperacao>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** v. 3. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos.** In: Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (Org). Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 71-101.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. T**ratado de Direito Comercial Brasileiro, v. V,Livro III, Parte II**, 7ª ed. São Paulo:Freitas Bastos, 1963.

NONES, Nelson. **Sobre o Princípio da Preservação da Empresa**. Revista Jurídica - CCJ/FURB. v.12, nº 23, jan./jun.2008, p. 114-129.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.