

AJES – FACULDADE VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

DOUGLAS JORDÃO MAZUTTI

OS EFEITOS JURÍDICOS DA TRAVA BANCÁRIA NA RECUPERAÇÃO DE
EMPRESAS

Juína – MT
2019

AJES – FACULDADE VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

DOUGLAS JORDÃO MAZUTTI

OS EFEITOS JURÍDICOS DA TRAVA BANCÁRIA NA RECUPERAÇÃO DE
EMPRESAS

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da AJES – Faculdade Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mestre Givago Dias Mendes.

Juína – MT

2019

AJES – FACULDADE VALE DO JURUENA

BACHARELADO EM DIREITO

MAZUTTI, Douglas Jordão. Os Efeitos Jurídicos da Trava Bancária na Recuperação de Empresas. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade Vale do Juruena, Juína – MT, 2019.

Data da defesa: 12/12/2019.

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Me. Mestre Givago Dias Mendes

ISE/AJES

Membro Titular: Prof^a. Me. Antonielle Pagnussat

ISE/AJES

Membro Titular: Prof. Esp. Douglas Willians da Silva Santos

ISE/AJES

Local: Faculdade Vale do Juruena

AJES – Unidade Sede, Juína - MT

DECLARAÇÃO DE AUTOR

Eu, **Douglas Jordão Mazutti**, portador da Cédula de Identidade – RG nº 1249787 SESDEC/RO, e inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 013.578.362-36, **DECLARO e AUTORIZO**, para fins de pesquisa acadêmica didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão Curso, intitulado **Os Efeitos Jurídicos da Trava Bancária na Recuperação de Empresas**, pode ser parcialmente, utilizado, desde que se faça referência à fonte e à autoria.

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e à autoria.

Juína/MT, __ de _____ de 2019.

Douglas Jordão Mazutti

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus e a minha família, pois
comigo colherão os frutos desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Senhor Deus, pai de Jesus Cristo e criador dos céus e da terra, pois sua imensurável misericórdia e favor me trouxeram e me permitiram cursar a faculdade de Direito, e por não ter deixado faltar nada daquilo que eu realmente precisava para realizar este sonho.

Agradeço a minha querida mãe, por todo o incentivo e empenho em fomentar a educação de um filho, apesar da realidade humilde sempre acreditando que o conhecimento muda a vida de uma pessoa.

Agradeço ainda, aos meus avós maternos, pelo seu carinho em se fazer presentes, sempre orando pela minha vida.

Meu muito obrigado também, a cada professor, pois foram exitosos em sua missão de transmitir o conhecimento, em especial ao meu orientador pela dedicação na construção deste trabalho.

Agradeço por fim, a minha amada esposa e ao meu amado filho em quem me comprazo, pelo amor que possuem por mim e por tolerarem minha ausência e a cada lindo sorriso e conselho me motivarem a continuar.

A todos o meu muito obrigado, VENCEMOS!

*“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça,
pois eles serão fartos”*

Bíblia Sagrada - Mateus 5:6.

RESUMO

No presente trabalho consigna-se a priori pela compreensão dos conceitos, fundamentos e princípios da atividade empresarial da importância e singularidade do Direito Empresarial e do Direito Falimentar na formação da economia contemporânea, ao passo que inovações consistentes abarcam inclusive a realidade dos títulos de crédito no cenário econômico nacional. Em detrimento das inovações avançadas o instituto da trava bancária permanece coeso na medida em que os créditos cedidos fiduciariamente não devem integrar a lista dos créditos concursais elencados na Lei 11.101/2005. A priori, no primeiro capítulo se oportuniza a compreensão das características, princípios e conceitos de cada personagem envolvido na recuperação de uma empresa. Segundamente no capítulo dois, verificam-se os aspectos envolvidos na recuperação de uma empresa, as diretrizes, o procedimento e previsão legal. No capítulo três, alude-se exclusivamente aos títulos de créditos, as modalidades e tipos existentes, a inovações nessa área e de que maneira ocorre a cessão fiduciária. Por fim, no último capítulo compreende a pertinência do instituto da trava bancária e as conclusões a respeito de sua importância. O impedimento relacionado a trava bancária deriva-se da natureza de direito real inerente, pois o que há é a transferência de propriedade dos títulos de crédito por parte do devedor-fiduciante para o credor-fiduciário. Partindo desta premissa, a análise relativa ao risco da quebra da trava bancária resulta em insegurança no mercado de créditos em razão da incerteza relativa a execução dos contratos. Para tanto, foi utilizada a metodologia dedutiva, partindo da análise da legislação pertinente e da doutrina existente sobre a matéria. A observação de tais paradigmas sedimenta-se nas decisões judiciais inerentes à quebra ou não da trava bancária com os apontamentos dos julgados favoráveis e dos não concessivos. Em relação aos resultados, assevera-se que a Trava Bancária não deve ser quebrada, com fundamento em Direito real, pois representaria agressão a propriedade fiduciária, violando os termos da boa-fé contratual além de representar a severos riscos econômicos.

Palavras-chave: Cessão fiduciária; Propriedade; Trava bancária; Manter; Julgados.

ABSTRACT

In the present work, a priori is consistent by understanding the concepts, fundamentals and principles of business activity and the importance and uniqueness of Corporate Law and Falimentar Law in the formation of the contemporary economy, while consistent innovations also encompass the reality of credit securities in the national economic scenario. To the detriment of the innovations under the bank lock institute remains cohesive in that the credits transferred fiduciariamente should not be included in the list of concursal credits listed in Law 11.101/2005. A priori, in the first chapter will be opportunistic the understanding of the characteristics, principles and concepts of each character involved in the recovery of a company. Secondly in chapter two, there are aspects involved in the recovery of a company, guidelines, procedure and legal forecasting. In chapter three, it alludes exclusively to existing credit securities, modalities and types, innovations in this area and how fiduciary assignment occurs. Finally, in the last chapter it comprises the relevance of the banking lock institute and the conclusions of its importance. The impediment related to bank lock derives from the inherent real right nature, because what is there is the transfer of ownership of credit securities by the debtor-fiduciary to the creditor-fiduciary. Based on this premise, the risk analysis of the breach of bank lock results in insecurity in the credit market due to uncertainty regarding the execution of contracts. Therefore, the deductive methodology was used, starting from the analysis of the relevant legislation and the existing doctrine on the subject. The observation of such paradigms is settled in the judicial decisions inherent to the break or not of the banking lock with the notes of the favorable and non-concessionive judges. In relation to the results, it is stated that the Bank Lock should not be broken, based on real law, because it would represent aggression to fiduciary property, violating the terms of contractual good faith and represents severe economic risks.

Keywords: Fiduciary assignment; Property; Banking lock; Keep; Judged.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	14
1.1AUTONOMIA E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO EMPRESARIAL	14
1.2 EMPRESÁRIO E EMPRESA	16
1.3PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	19
1.3.1. Princípio da propriedade.....	20
1.3.2. Princípio da livre iniciativa.....	20
1.3.3. Princípio da livre circulação dos fatores da produção	21
1.3.4. Princípio da livre concorrência.....	22
1.3.5. Princípio da boa-fé e a sanção dos comportamentos desleais	23
1.3.6. Princípio da aparência	23
1.3.7.Princípio da publicidade do ato constitutivo	24
1.3.8. Princípio da observância de usos e costumes	25
1.3.9. Princípio da autonomia da vontade	25
1.3.10. Princípio da uniformização.....	26
1.3.11. Princípio da legitimidade do lucro	27
1.4. RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E SEU ALCANCE SOCIAL.....	27
1.4.1. Função social e preservação da empresa	29
1.5. DA LIVRE INICIATIVA.....	31
1.6. ECONOMICIDADE	32
1.7. DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA E MANUTENÇÃO DA EMPRESA.....	33
2 RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	37
2.1 DA CRISE DA EMPRESA E SEUS TIPOS	37
2.2 DISTINÇÕES ENTRE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA	39
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA	41
2.4 OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	42
2.5 MEIOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA	43
2.6 CRÉDITOS ABRANGIDOS PELA RECUPERAÇÃO	48
2.7 PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO.....	52
3 TÍTULOS DE CRÉDITO E CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS	55
3.1 CONCEITO DE TÍTULO DE CRÉDITO.....	55
3.1.1 Crise da cartularidade e evolução tecnológica	56

3.1.2 Títulos eletrônicos	58
3.2 PRINCÍPIOS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO	60
3.2.1 Da teoria clássica para a contemporânea	62
3.3 TÍTULOS DE CRÉDITO NA CONTEMPORANEIDADE E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA	64
3.4 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO	66
4 TRAVA BANCÁRIA	72
4.1 INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS CEDIDOS FIDUCIARIAMENTE	72
4.2 TRAVA BANCÁRIA E SUAS CONTROVÉRSIAS	73
4.2.1 Relação da Trava bancária com a recuperação judicial	73
4.2.2 Diferença entre alienação fiduciária e propriedade fiduciária com vista ao reconhecimento desta pelos tribunais nacionais	74
4.3 DIVERGÊNCIAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	78
4.3.1 Estatísticas relacionadas à Trava Bancária	81
4.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A TRAVA BANCÁRIA	83
4.5 IMPACTO NO CRÉDITO E NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS	84
4.6 DO PLENO E VÁLIDO CUMPRIMENTO DA “TRAVA BANCÁRIA”	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

Para o atual cenário econômico e social nacional a criação dos títulos de crédito constitui-se de grande relevância não só para o Direito que regula a atividade econômica, mas também principalmente pelo papel que possuem na economia. Inclusive, podendo ser abordados como uma das maiores contribuições do Direito Empresarial para a formação e desenvolvimento da economia contemporânea.

Nessa senda, o Direito Empresarial, de maneira geral, passou por inúmeras transformações. Destaca-se de todo o contexto, a cessão fiduciária de títulos de crédito. Discute-se, nesse liame, a liberação ou não de recebíveis dados em garantia fiduciária pela empresa, no âmbito das operações de financiamento bancário às empresas em recuperação judicial, dependendo, da permissão do juízo da recuperação.

De modo geral, o Direito concursal brasileiro supera os termos falência e concordata com o advento da Lei 11.101/05. Esta nova premissa refere-se justamente ao caso empresarial concreto em que haja o desequilíbrio entre o ativo e passivo. Dessa maneira, o direito concursal regula e fornecer os meios, visando a equilibrar ambos os lados (empresário e credores), pois, através disso objetivando a recuperação de empresa, proporciona a continuidade da atividade empresarial e assegura o cumprimento de sua função social.

Na prática, por causa do desequilíbrio financeiro, muitas vezes, é solicitado judicialmente pelo empresário a liberação da denominada “trava bancária” que de modo geral significa dizer que determinado empresário contratou financiamento junto a uma instituição bancária, e deu como garantia de pagamento os créditos recebíveis, ou seja, os créditos a serem recebidos futuramente passam diretamente ao banco para adimplir a dívida. A liberação da trava bancária implicaria em aumento da receita da empresa, o que poderia significativamente facilitar a recuperação da empresa. Contudo, representaria severa agressão ao negócio jurídico.

Em tempos de crise, é natural que muitas empresas se deparem com dificuldades em fechar suas contas. Além da elaboração de uma boa estratégia para o futuro, uma injeção imediata de dinheiro pode salvar a organização do colapso. No entanto, requer-se muita prudência na hora de contratar uma linha de crédito bancário, especialmente no que diz respeito à chamada “trava bancária”.

A problemática instaurada salta das ocasiões de quebra da trava bancária e transita pelos riscos derivante de tal feito. Primeiramente impõe o seguinte questionamento, os créditos cedidos fiduciariamente devem ser incluídos nos créditos disponíveis para a recuperação judicial? Segundamente, questiona-se se tais créditos não devem incluídos na recuperação judicial pela existência de riscos econômicos?

Mediantes as presentes indagações, assevera-se as perspectivas hipotéticas quais sejam: Os créditos cedidos fiduciariamente não se incluem na recuperação por estar sob o domínio da instituição bancária; e Os créditos cedidos devem ser incluídos na recuperação para evitar a trava bancária, à luz da preservação da empresa.

Explana-se sobre o instituto da trava bancária, abrangendo, todavia, seus aspectos de surgimento, aplicação e funcionamento. Além disso, discuti-se, se sua aplicação dificulta, de maneira geral o processo de recuperação de uma empresa em recuperação judicial.

Além disso, importante apontar a previsão legal verificável no ordenamento jurídico brasileiro acerca da trava bancária e expor como funciona instituída trava bancária, sua razão, aplicabilidade ou não em meio à recuperação e da importância que os títulos de crédito possuem no mercado econômico. Aponta-se ainda, as consequências positivas e negativas da liberação ou não de recebíveis dados em garantia fiduciária pela empresa, no âmbito das operações de financiamento bancário às empresas.

Para que se compreenda esse trabalho, importante ter em mente o contexto da Lei n. 11.101/05, que regulamenta a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo uma forma de ajustar a preservação da empresa (objetivo maior da norma), e sustentar a autonomia privada centrada nos interesses dos credores.

De modo geral nota-se que todo aspecto jurídico possui regramento, assim, ver-se-ão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação, ainda que não estejam vencidos. Havendo, todavia, as exceções previstas no art. 49, §3º, da Lei n. 11.101/2005, relativas aos proprietários fiduciários, friza-se o questionamento se os créditos cedidos fiduciariamente pelos empresários às instituições financeiras se incluem na recuperação judicial de empresas. Em outras palavras, é possível, judicialmente, quebrar a trava bancária na recuperação judicial de empresas?

O objeto do trabalho em tela justifica-se, assim, pela importância que os títulos de crédito possuem no mercado econômico, e como essa quebra da trava bancária pode gerar um desestímulo ao ato de empreender. A circulação de riquezas no território nacional e o fomento

ao empreendedorismo derivam-se da importância que as operações financeiras possuem ao ocasionar a movimentação do dinheiro, por isso as mesmas têm de ser sempre seguras.

Para adentrar na problemática da trava bancária e analisar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, é fundamental compreender o panorama criado pela LREF (Lei de Recuperação e Falência) para a recuperação judicial, e os seus objetivos.

Partindo da função social da empresa, aspecto mais amplo, adentrar-se-á então na LREF, identificando a finalidade específica fixada pela Lei, chegando ao modo como os diferentes atores do cenário econômico interagem com as disposições legais no cenário recuperatório de empresas. Desse conjunto de características é que se pode extrair e entender a finalidade da recuperação judicial inserida dentro do contexto socioeconômico brasileiro.

A priori, no primeiro capítulo será oportunizada a compreensão das características, princípios e conceitos de cada personagem envolvido na recuperação de uma empresa. Segundamente no capítulo dois, verificam-se os aspectos envolvidos na recuperação de uma empresa, as diretrizes, o procedimento e previsão legal. No capítulo três, será aludido exclusivamente aos títulos de créditos, as modalidades e tipos existentes, as inovações nessa área e de que maneira ocorre a cessão fiduciária. Por fim, no último capítulo compreende a pertinência do instituto da trava bancária e as conclusões a respeito de sua importância.

A sistemática utilizada busca conceber a compreensão do referido instituto da trava bancária, sua razão, aplicabilidade ou não em meio a recuperação. Ao final, abordou-se a insegurança que vem sendo criada pelos Tribunais em face da divergência quanto à quebra ou não da trava bancária, o que pode criar um desestímulo ao empreendedorismo.

Para a condução deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se de análise da legislação e doutrina aplicáveis ao tema. Aborda-se também, pontualmente, posicionamento dos Tribunais Estaduais e Superior Tribunal de Justiça relativo à problemática lançada.

Em sede conclusiva, compreendida as ideias relativas às duas possibilidades envolvendo a trava bancária, sua quebra com conseqüente liberação dos créditos cedidos fiduciariamente e sua preservação à luz dos iminentes riscos econômicos e sociais derivantes da agressão ao negócio jurídico e da propriedade fiduciária, assevera-se a pertinência da não quebra da trava bancária conseqüente à preservação da propriedade fiduciária.

1 ATIVIDADE EMPRESARIAL

Neste capítulo consigna-se a compreensão de conceitos e entendimentos que são indispensáveis para que possa-se avançar dentro das deliberações acerca da trava bancária. A abordagem primeiramente envolve as características do direito empresarial, fundamentos e conceitos inerentes à atividade, além da vasta gama de princípios pertinentes ao eixo da atividade empresarial e que relaciona à temática apresentada neste trabalho, o instituto da trava bancária. Além disso, aponta-se e dimensionam quais são os personagens envolvidos na relação concursal, ou seja, na recuperação judicial e na falência da atividade empresária. A compreensão do alicerce proporcionado neste capítulo resultará em boa construção do entendimento sobre o tema.

1.1 AUTONOMIA E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO EMPRESARIAL

No Brasil, o direito empresarial constitui em ramo autônomo do direito em relação ao direito civil, isso se deve justamente à referência constitucional onde ao listar as matérias de competência legislativa privativa da União, menciona o direito civilista apartado do direito comercial.

Ao se tratar a matéria disciplinada no código civil como correspondência do direito empresarial, a autonomia deste não resta comprometida, já que em razão de sua didática e atuação profissional não deve exclusivamente por causa da norma. Ou seja, em que pese as a relação direta entre tais ramos do direito brasileiro, tal proximidade não prejudica a autonomia do direito empresarial/comercial.

Pois bem, afinilando-se a parte conceitual, a priori cumpre destacar a percepção do direito empresarial para que se veja constituído a sua construção legal, com vista à abrangência de sua autonomia, portanto, a metodologia no direito empresarial é a indutiva, ou seja, aquele que observa partes para construir o todo, como bem precisa Waldírio Bulgarelli:

Destinado a reger relações econômicas decorrentes do mercado, tendo um substrato econômico acentuado, o direito comercial se apresenta com características que o distanciam do direito civil, que é o ramo que com ele comparte o âmbito das relações do direito privado. (...) apresenta-se o direito comercial com um método próprio e característico, ou seja, o método indutivo, que parte da observação da realidade (fatos econômicos), chegando por via dela aos princípios gerais. Portanto,

acompanha a vida econômica, surpreendendo-lhe a dinâmica, e daí configurando as categorias jurídicas correspondentes.¹

Diante das considerações mencionadas no trecho anterior, que consiste no conjunto a ser regulado pelo direito empresarial, pode-se estabelecer suas características a seguir, seguindo-se o entendimento da doutrinadora Wilges Bruscato²

O Dinamismo se apresenta como característica do direito empresarial no sentido de acompanhar as inovações econômicas e dos progressos tecnológicos, considerando-se que seus atos são praticados com celeridade e em massa, não podendo ficar à mercê de avanços e inovações jurídicas para se concretizar, o que estimula sua continuada renovação;

Já a Agilidade na formalização e aplicação, deve-se ao caráter/modo instrumental desse ramo do direito, posto que as oportunidades empresariais que surgirem no seio econômico não toleram a demora na concretização de suas relações jurídicas;

Outra característica relevante é a da Instrumentalidade, pois o direito voltado às empresas possui conotação no sentido de dar forma jurídica à realização de negócios e relações de comércio;

O Internacionalismo também possui importância e por isso é tido como uma característica, pois, conforme já registrado, a empresa sofre influências do mercado estrangeiro e se realiza entre povos e nações, adota institutos e convenções internacionais para não ver a economia nacional suplantada, uniformizando seus padrões, regras e mecanismos; na atualidade, acentua-se vigorosamente a tendência de integrar a norma empresarial de modo amplo;

De maneira simplificada a Onerosidade, resulta no sentido do objeto do direito empresarial, como já visto, é por meio da atividade obter-se lucro a Massificação, pois seus atos se satisfazem, literalmente, em larga escala, em nível do mercado que a empresa esteja inserida, usufruindo da Simplicidade, haja vista a busca para que seus instrumentos se concretizem sem excessivas formalidades e a respeito da disciplina legal possui como caracterização o Fragmentarismo, em razão de escopo normativo, já que grande parte de sua matéria é disciplinada em leis esparsas e não num único diploma legal ou código.

¹BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 16.

²BRUSCATTO, Wilges. **Empresarial - Direito Empresarial (Texto 1)**. Disponível em: <<https://www.wilges.com.br/single-post/2018/03/13/EMPRESARIAL---DIREITO-EMPRESARIAL-TEXT0-1>> Acesso em: 21 nov. 2019

Assim, a verificação de princípios específicos acima elencados reitera a autonomia do direito empresarial. Nessa perspectiva, acrescenta Wilges Bruscato:

Há características bem marcantes no direito empresarial que o diferenciam do direito civil, pois aquele é mais dinâmico, tem cunho instrumental e menos formal e, como persegue lucro, tem feição onerosa, regulando atos que atingem toda a coletividade.³

Portanto, tais considerações elucidam o direito empresarial como um ramo direito privado que regula o fornecimento de bens e serviços e sua produção habitual buscando pelo lucro, bem como as relações posteriores.

1.2 EMPRESÁRIO E EMPRESA

Com o intuito de consignar os personagens que atuam no cenário da recuperação de uma empresa, cumpre distinguir o conceito de empresário do conceito de empresa. Assim, o termo empresa não possui conceituação legal, portanto, sem previsão no código civil, se tratando apenas de construção relacionada ao conceito socioeconômico.

Já o termo empresário para fins de direcionamento da compreensão requerentes de qualquer coisa a releitura do Art. 966 do Código Civil de 2002:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.⁴

A partir da leitura do dispositivo, pode-se extrair que *ocaput* do art. 966 define o empresário, e apenas menciona indiretamente o conceito de empresa. São características da atividade de empresa: o caráter econômico, a organização, ou a circulação de bens e serviços. O caráter econômico compreende o fator de rentabilidade além das implicações na vida dos trabalhadores por meio do poder aquisitivo. Com vista à organização, a empresa se vê estruturada com escopo logístico e panorama produtivo pouco flexível e a circulação de bens e serviços é tida como resultado da propriedade e fornecimento do produto da atividade.

³ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Os Princípios Do Código Civil e o Direito De Empresa**. Disponível em: <https://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/v3n2/v3n2a3.pdf> > Acesso em: 22 out. 2019.

⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

Assim, o que caracteriza uma atividade como empresária é a forma como ela é exercida, e não a atividade em si mesmo, todavia o parágrafo único do art. 966 do Código Civil institui uma exceção ao caput do mesmo dispositivo, excluindo do conceito de empresa as atividades intelectuais.

Nesse sentido, porém, somente ficam excluídas do conceito de empresa as atividades intelectuais sem que haja predomínio de seu caráter literário, científico ou artístico. Quando as atividades intelectuais constituírem apenas parcela de um empreendimento maior, de natureza empresarial, consideram-se empresárias.

Dessa maneira, havendo dúvida sobre a natureza de uma atividade - se empresaria ou não empresária - deve o oficial do Registro Público acatar o que pretenderam os fundadores da pessoa jurídica, por ocasião da escolha do órgão em que será feito o registro.

Salvo hipótese de erro grosseiro ou fraude, presume-se que uma sociedade seja simples quando seus instituidores optaram por registrar os atos constitutivos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, sendo empresária quando as mesmas pessoas efetuaram o registro na Junta Comercial, e se ainda o registro não for efetuado, implica dizer que a atividade será de responsabilidade ilimitada pela ausência de registro em sentido contrário conforme afirma Fábio Ulhoa Coelho⁵

Portanto os termos empresa e empresário pertencem à língua corrente, e o seu uso lhes deu sentido diverso. O primeiro é usado para designar toda atividade orientada para certo fim; O segundo para qualificar o homem que, profissionalmente, executa certos trabalhos.

Cumprir-se atentar que o art. 966 utiliza apenas uma expressão para se referir ao empresário: profissionalmente. Os demais termos contidos no *caput* não se referem ao sujeito de direitos que explora a atividade, mas a esta. Assim, expressões como “econômica” e “organizada” qualificam o termo atividade (que é a empresa). Caso se referisse ao empresário, tais expressões deveriam ser grafadas como econômico e organizado (no masculino).

Este dispositivo elenca a atividade que, se desenvolvida habitualmente por um sujeito de direito (pessoa física ou jurídica), torna-o empresário. Tem-se, portanto uma definição do objeto do Direito Empresarial.

A única atividade, no Brasil, que pode escolher como quer ser exercida, se empresarialmente ou não, é a atividade no meio rural, porque existe ressalva legislativa.

⁵COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa** / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, o homem do campo pode optar por desenvolver sua atividade como produtor rural (singular ou em sociedade) ou como empresa rural ou empresa agrícola, assim descrevendo Fábio Ulhoa Coelho:

Caso, porém, o exercente de atividade econômica rural não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil. Esta última deverá ser a opção predominante entre os titulares de negócios rurais familiares⁶

Se optar por atuar como empresa, deverá providenciar sua inscrição na Junta Comercial de seu Estado (no Mato grosso é a JUCEMAT) e se sujeitará a todas as obrigações dos empresários. Por outro lado, poderá se beneficiar da recuperação de empresas, caso se veja em grandes dificuldades financeiras.

Tendo isto entendido, pode-se concluir, que a atividade empresarial se caracteriza pela junção de quatro fatores, segundo a visão de Wilges Bruscatto:

A habitualidade no exercício de negócio dedicado à produção ou circulação de bens ou serviços; A natureza empresarial desse negócio; O objetivo do lucro e A organização ou estrutura organizacional da atividade. Da caracterização da atividade empresarial decorrem as características peculiares do direito empresarial, por óbvio, já que aquela constitui, por essência, a fonte material do direito de empresa.⁷ (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Deste modo, as características em tela expostas, personificam o objeto do direito empresarial. Compreender a ideia de empresário e empresa, e saber a distinção de conceitos ensejará na compreensão da área em que a trava bancária, temática deste trabalho se inserirá.

A compreensão da dimensão relacionado na figura do empresário também se demonstra importante, pois é da intuição deste que parte a vontade de ver exercitada a recuperação de sua empresa. Compreendida, em sua maioria a composição do polo passivo da recuperação figura o empresário-devedor, conforme acrescenta Ricardo Negrão:

⁶COELHO, Fabio Ulhoa. **Parecer: Prof. Fábio Ulhoa Coelho.** Disponível em: <<https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-fabio-ulhoa-coelho.html>> Acesso em: 21 nov. 2019.

⁷ BRUSCATTO, Wilges. **Empresarial - Direito Empresarial (Texto 1).** Disponível em: <<https://www.wilges.com.br/single-post/2018/03/13/EMPRESARIAL---DIREITO-EMPRESARIAL-TEXT0-1>> Acesso em: 04 jun. 2019.

Em relação ao devedor, é indispensável ficar demonstrada sua condição de empresário — regular ou irregular —, uma vez que o instituto falimentar tutela exclusivamente as situações de crise econômico-financeira empresarial.⁸

Resta, portanto, compreendido que a tutela falimentar concentra atenção exclusiva de crise-financeira na empresa. Sobre a menção de requerimento de recuperação, o Artigo 48 da Lei Falimentar descreve essa previsão:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.⁹

Conforme extrai-se do dispositivo acima, para que esse pedido possa ocorrer por parte do empresário, fica condicionado o pedido a atividade da empresa por mais de 2 anos, e em relação ao empresário que o mesmo não tenha falido, não ter a menos de cinco obtido concessão de recuperação e não ter sido condenado ou não ter como sócio/administrador pessoa condenada pelos crimes previstos na Lei de Falências.

Compreendido a conceituação sobre o empresário, cumpre situar desde logo de que se trata a trava bancária. Oportunamente, o único sujeito vulnerável à trava bancária é o próprio empresário, já que apenas este pode se recuperar judicialmente. O instituto da trava bancária não possui relação direta com a empresa, pois esta consiste apenas à atividade exercida. Em sentido inovador, tais conjecturas relacionando o empresário, a trava bancária e a recuperação da empresa também são pertinentes ao empresário rural na medida em que o mesmo realize o registro na junta comercial.

1.3 PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Além de estar alicerçada pelos princípios constitucionais, como todos os ramos do Direito, o direito de empresa tem seus princípios característicos, a exemplo de alguns na

⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005** / Ricardo Negrão. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Dispõe sobre a lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial.**

concepção de Wilges Bruscato: princípio da propriedade, do livre estabelecimento, da livre circulação dos fatores da produção, da mobilidade de pessoas e mercadorias, da livre concorrência, da boa-fé, da sanção dos comportamentos desleais, da aparência da publicidade do ato constitutivo, da observância de usos e costumes, da autonomia da vontade, da prevalência do contrato, da uniformização, da legitimidade do lucro.¹⁰

1.3.1. Princípio da propriedade

Este princípio compreende que ser titular de bens, ainda que de maneira não abundantemente, é pressuposto do exercício da atividade empresarial. Contudo, a propriedade, no direito empresarial, tem sentido diferente da propriedade civil, pois, a propriedade tem caráter dinâmico, sendo um meio de geração de riquezas e não uma finalidade estática em si mesma apenas. Dessa forma o patrimônio empresarial só tem razoabilidade, ou seja, só cumpre sua função, inclusive social, estando em atividade a empresa, haja vista, uma empresa estagnada não gera riquezas.

Neste sentido acrescenta Kioshy Hadara, sobre a importância da propriedade:

O direito de propriedade é sem dúvida alguma o mais importante de todos os direitos subjetivos materiais. Há unanimidade dos civilistas no sentido de que o direito de propriedade, como direito real, por excelência, constitui o cerne do direito das coisas, representando a propriedade, a espinha dorsal do direito privado. Realmente, dentro do sistema permanente de apropriação de riquezas em que vivemos, inevitáveis os conflitos de interesses entre as pessoas, envolvendo disputas sobre bens, reclamando sua disciplinação pelo ordenamento jurídico.¹¹

As informações a se extrair da presente citação elucidam o exercício da atividade empresarial sobre uma propriedade. Por isso, no cenário empresarial de desenvolvimento e busca por riquezas a propriedade é fonte de segurança apropriada ao ato de materializar o lucro.

1.3.2. Princípio da livre iniciativa

¹⁰ BRUSCATO, Wilges. **Empresarial - Direito Empresarial (Texto 1)**. Disponível em: <<https://www.wilges.com.br/single-post/2018/03/13/EMPRESARIAL---DIREITO-EMPRESARIAL-TEXT0-1>> Acesso em: 24 out. 2019.

¹¹ HARADA, Kyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Este princípio, um dos mais solidificados no direito de empresa, ampara que é lícito a todos, dentro de sua esfera de vontade, se estabelecer com qualquer gênero de negócio, o que deve ser incentivado e favorecido, devido aos agregados sociais da empresa, com escopo nos fundamentos da república federativa do Brasil estatuídos na CF/88 em seu art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;¹² (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

No entanto, algumas atividades são vedadas pelo ordenamento jurídico, como o comércio de drogas, por exemplo, com o que não é possível se estabelecer de maneira regular. Para outros tipos de atividade, a lei impõe restrições, fazendo exigências peculiares, como no caso da fabricação de medicamentos, que devem ter seu registro no Ministério da Saúde.

Para outras, ainda, a lei submete o arbítrio do particular à autorização do poder governamental, caso das atividades bancárias e financeiras, que carecem de permissão do Banco Central do Brasil para iniciar. É preciso, ainda, lembrar-se das implicações administrativas, de modo mais específico o urbanístico, levando em consideração o plano diretor que pode vedar o estabelecimento de uma determinada empresa/atividade em um dado local ou região.

As vedações possíveis podem ocorrer em razão do tipo de empresa a ser instalada em determinada localidade, contudo jamais pode privar que dois estabelecimentos de mesma natureza disputem em uma mesma localidade. O Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante de número 49 regulando a presente perspectiva: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

1.3.3. Princípio da livre circulação dos fatores da produção

A livre circulação dos fatores da produção ou a mobilidade de pessoas e mercadorias também é fundamental para que a atividade se realize. Dessa forma, não deve o Estado criar

¹²BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 21 nov. 2019

embarços dispensáveis (proibições, restrições, tributação ou custos) ao deslocamento de insumos ou pessoas para fins empresariais, dentro ou fora do território nacional.

Nas palavras de José Everaldo Ramalho, pode-se compreender a importância deste princípio aplicado em território estrangeiro:

Um processo de integração econômica caracteriza-se por um conjunto de medidas de caráter econômico, que têm por objetivo promover a aproximação e a união entre as economias de dois ou mais países. O grau de profundidade dos vínculos que se criam entre as economias dos países envolvidos em um processo de integração econômica permite que se visualize, ou determine, as fases ou etapas do seu desenvolvimento.¹³

Assim, com vista à integração internacional, a circulação de mercadorias, entre outros fatores relacionados diretamente à produção industrial conectando micro e macros regiões possibilitamos mesmos resultados positivos no caminho do desenvolvimento de toda a região, principalmente nos países fronteiriços.

1.3.4. Princípio da livre concorrência

A livre concorrência é um fruto consequente da liberdade de iniciativa segundo Wilges Bruscatto, pois vários podem se estabelecer com o mesmo tipo de negócio, devendo, porém, agir com ética, boa-fé e lealdade com os concorrentes, abstendo-se de práticas que possam afetar-lhes negativamente a imagem e reputação, e assim diminuindo-lhes a clientela.¹⁴

Fábio Ulhoa destaca a importância da livre concorrência:

A liberdade de concorrência é que garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes. Ao competirem pela preferência do consumidor, os empresários se empenham em aparelhar suas empresas visando à melhoria da qualidade dos produtos e serviços, bem como em ajustá-las com o objetivo de economizar nos custos e possibilitar redução dos preços; tudo com vistas a potencializar o volume de vendas e obter mais lucros.¹⁵

¹³ RAMALHO, José Everaldo. **Representação Brasileira No Parlamento Do Mercosul**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/oqueeomercosul.html/mercopolitico>> Acesso em: 25 out. 2019.

¹⁴ BRUSCATTO, Wilges. **Empresarial - Direito Empresarial (Texto 1)**. Disponível em: <<https://www.wilges.com.br/single-post/2018/03/13/EMPRESARIAL---DIREITO-EMPRESARIAL-TEXTO-1>> Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, é justamente pela existência de concorrência que o mercado impulsionando pela meta de lucro além de poder otimizar seus mecanismos de produção também fomenta os tipos e diversidades de produtos, ao passo que essa economia produtiva resulta em acréscimo no poder de compra do consumidor.

1.3.5. Princípio da boa-fé e a sanção dos comportamentos desleais

De importância notável o princípio da boa-fé reconhece que a credibilidade dos agentes é fundamental para o incremento dos negócios. Para que as regras sejam estabelecidas, quer na lei, quer nas relações entre os particulares, deve-se partir da boa-fé entre os contratantes, ou seja, que as pessoas estejam munidas de propósitos lícitos e alinhadas. Em razão do prestígio à boa-fé, surge o princípio da sanção dos comportamentos desleais. Nesse sentido Silvio Dutra acrescenta sobre a boa-fé nas relações empresariais:

O princípio da boa fé objetiva é o comportamento leal decorrente do dever de agir de comportar-se, segundo os usos e costumes, isto é, trata-se de uma regra de conduta com caráter objetivo, por isto, independe de culpa (negligência, imperícia e imprudência) ou dolo, igualmente, não se pode esquecer, a confiança como consequência e/ou característica relevante da boa fé objetiva.¹⁶

O que se espera é que todos ajam dentro do princípio da boa-fé. No entanto, como forma de aperfeiçoar a boa-fé e induzir-la nas práticas negociais, o direito empresarial condena condutas que fujam a esse compromisso. Desse modo, é perfeitamente assente e aceitável que aquele que tem práticas infieis de concorrência ou abusa do poder econômico, não só deve ter a prática neutralizada, como deve ser punido por isso também.

1.3.6. Princípio da aparência

Este princípio foi constituído e serve para dar validade a atos que obrigam a empresa, praticados por pessoas que não gozem de poderes legais de representação e obrigação, preservando os interesses do terceiro de boa-fé, que não sabendo da condição impeditiva consente com o ato praticado, o ilustre doutrinador Vicente Raó aduz alguns elementos para configuração do princípio/teoria da aparência.

¹⁶DUTRA, Silvio. **Aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58650/aplicacao-do-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-empresariais>> Acesso em: 25 out.2019.

a) objetivos, uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente o apresentem como se fora uma segura situação de direito; situação de fato que assim fosse ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora o titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse. b) subjetivos, incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito a considera; escusabilidade desse erro apreciado segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.¹⁷

A sociedade empresarial é coagida a consentir ao direito do terceiro e, depois, tem direito de regressar contra quem a tenha obrigado de maneira invalidamente. Este princípio se alicerça no princípio da boa-fé, para dar segurança jurídica às relações empresariais mesmo as que tenham insurgido pela via incoerente.

1.3.7 Princípio da publicidade do ato constitutivo

O princípio da publicidade do ato constitutivo opõe-se de certa maneira, ao princípio da aparência, aprimorando. Pelo princípio da publicidade, o ato praticado por aquele que não detenha poderes contratuais ou dados pelo estatuto para obrigar a sociedade é inválido perante ela, desde que o contrato social ou o estatuto tenham sido arquivados na respectiva Junta Comercial, tendo portanto, acesso público.

Em outro sentido, cumpre destacar a importância do registro e de sua qualidade pública nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

A principal sanção imposta à sociedade empresária que explorar irregularmente sua atividade econômica, isto é, que funciona sem registro na Junta Comercial, é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade. O arquivamento do ato constitutivo da pessoa jurídica — contrato social da limitada, ou os estatutos da anônima — no registro de empresas é condição para a limitação da responsabilidade dos sócios.¹⁸

Portanto, a ausência de registro na junta comercial acarreta a configuração de sociedade ilimitada, passível então de que o patrimônio pessoal dos membros das sociedades seja atingido por cobranças. Outrossim, somente com o registro fica configurada a qualidade de limitação da responsabilidade.

¹⁷ RAÓ, Vicente. **Ato Jurídico**, Editora RT, 4a. ed. 1997, pág.210.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1.3.8. Princípio da observância de usos e costumes

O princípio da observância de usos e costumes está ligado à própria especialidade do direito de empresa, já que sua formação histórica é, em essência, baseada nos costumes. Disto pode-se compreender que o direito empresarial ao estabelecer regras de existência não deve se afastar do que costumeiramente é praticado. Fábio Ulhoa Coelho possui entendimento relativo à particularidade que possuem os usos e costumes no direito comercial:

Particularidade do direito comercial é a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários. Em nenhum outro ramo jurídico, as práticas adotadas pelos próprios sujeitos têm igual relevância. É certo que a globalização vem reduzindo a variedade destas práticas, no bojo do processo de padronização cultural que lamentavelmente a acompanha. O princípio da eficácia dos usos e costumes é legal, especial e implícito.¹⁹

Os usos e costumes no direito comercial possuem elevada importância justamente, pois, serve de fonte além de servir como princípio, acrescentando experiências que auxiliaram na definição de parâmetros para o sucesso empresarial. Dos sucessos e frustrações tiraram-se grandes lições para o modelo comercial constituído.

1.3.9. Princípio da autonomia da vontade

Os princípios da autonomia da vontade e da prevalência do contrato são os que melhor concebem o interesse privado contido no direito empresarial. Eles somam no sentido de trazer previsibilidade. É claro que ambos encontram limites no princípio da legalidade, mas representam a essência privatista do direito de empresa. Para melhor compreensão deste princípio, Fábio Ulhoa Coelho acrescenta:

“Autonomia da vontade” é expressão cujo significado jurídico aponta para a plena liberdade de cada pessoa de contratar, ou não, bem como de escolher com quem contratar e de negociar as cláusulas do contrato. Esta liberdade somente encontraria limite no interesse público: contratos cuja prestação é criminosa não

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

são válidos, por mais que correspondam à vontade livre e conscientemente declarada dos contratantes.²⁰

Portanto a inegociável necessidade de previsibilidade na relação contratual estabelecida através do contrato deriva-se do princípio da autonomia da vontade, pois este constitui a vontade de contratar e reiterar a liberdade do empresário de contratar com quem ele queira.

1.3.10. Princípio da uniformização

Com vistas a trazer segurança, credibilidade e facilitação das negociações e dos relacionamentos econômicos, originou-se o princípio da uniformização das normas comerciais, devido ao seu caráter internacionalista. Tal preceito tem acompanhado o direito empresarial desde o seu nascimento, porém, o uniformismo cumpre um papel importante e indispensável aos relacionamentos econômicos, aderido aos entendimentos que possa ser padronizado no âmbito internacional, que equilibre as relações comerciais.

Fábio Ulhoa Coelho destaca a importância do referido princípio, em âmbito internacional com vista ao aspecto cambiário:

Embora a importância da uniformização para o comércio internacional seja, hoje, reduzida, em razão da globalização do sistema financeiro e do desenvolvimento de outros instrumentos creditícios mais aperfeiçoados — como, por exemplo, o crédito documentário —, é indiscutível a sua relevância para o direito. disciplina da constituição e exigibilidade do crédito cambiário é objeto da Convenção de Genebra, que prevê a sua uniformização nos direitos dos países signatários, entre os quais o Brasil.²¹

A diversidade de tipos de moeda corrente em todos os países e grupos econômicos carecem de um mecanismo que facilite a conversão e conseqüente aproveitamento do aspecto monetário para movimentar a economia internacional por meio de compra e venda de produtos e serviços, este princípio possui grande valor como orientador dessa premissa.

²⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1.3.11. Princípio da legitimidade do lucro

O princípio da legitimidade do lucro afere que todos os esforços e recursos do empresário convergem para a obtenção do lucro, que é o resultado positivo e esperado da atividade empresarial. A legitimidade do lucro está assentada no tripé formado por trabalho, risco empresarial e a boa-fé. Por último princípio e horizonte de todo aquele que possa querer exercer atividade empresária, o lucro pode ser entendido como propulsor da atividade econômica conforme destaca Fabio Ulhoa Coelho:

No regime capitalista de produção, o lucro é o elemento propulsor da iniciativa dos particulares. Sem a motivação de ganhos atraentes, dificilmente as pessoas se lançariam a um empreendimento econômico, suportando seus riscos e percalços. Dariam às suas energias e recursos melhor destino. Nesse contexto, revela-se plenamente compatível com a constituição econômica brasileira os atos, negócios e práticas empresariais destinadas à geração de lucros. Quanto maior a perspectiva de lucro vislumbrada pelo empresário, mais capital e esforço ele se sentirá motivado a investir em determinada atividade.²²

Assim sendo, se para toda atividade econômica, em sua maioria o lucro for apontado como horizonte, mais ainda deve haver o destaque de que o mesmo seja legítimo. A geração de lucro na economia brasileira balizada pelo direito pátrio é fomentada, contudo é no mesmo conjunto de normas que serão encontradas penalizações para quem aufera lucro de maneira ilegítima.

1.4. RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E SEU ALCANCE SOCIAL

Compreendido o escopo principiológico do direito empresarial, cumpre salientar o ponto de conversão. Toda atividade empresarial pretende o lucro, nessa senda, se a expectativa do lucro for retirada da empresa, ela perde seu sentido, não havendo razão para sua manutenção. A sociedade permite que o salário do empresário seja, teoricamente, maior do que o nível de remuneração do trabalhador empregado tendo em vista que o empresário, ao esforço físico e intelectual no desempenho de sua atividade laboral somado ao risco empresarial.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Os riscos da atividade empresarial podem ser divididos de duas maneiras: os decorrentes do exercício da atividade e os relativos ao comprometimento do patrimônio. Toda atividade empresarial é compreendida por algum risco. Tanto isso é verdade, que todos os sistemas jurídicos do mundo têm algum tipo de regulação falimentar, com vista à recuperação da atividade. Quando alguém almeja dar início a uma empresa, precisa de meios materiais, dependendo do ramo de atividade a ser desenvolvido e do porte do empreendimento. O risco então, se configura pela possibilidade de insucesso da empresa e na perda do investimento realizado.

Sem a presença da empresa não há como garantir uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos preconizados no artigo 3º da Constituição Federal, afinal a população não terá empregos, desencadeando um efeito dominó, pelo qual não haverá como garantir respectivamente os outros objetivos dos incisos seguintes:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²³

Comprovado, aqui, que a função social da empresa é bastante ampla, pois reflete nos direitos sociais previstos no artigo 6º, do mesmo diploma legal supracitado, devendo, pois serem garantidos os limites impostos pelo princípio da autonomia patrimonial, na medida em que a circulação de riquezas possibilitada por exemplo pela contratação e remuneração de colaboradores que investem sua remuneração na sociedade.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²⁴

Dessa maneira, a existência da atividade empresarial, permeia e alcança não somente o lucro para o empresário, mas também, sendo mola propulsora dos direitos sociais. Ainda, pois, por se tratar de esfera privada, não permite que todo o poder econômico se veja nas mãos do Estado.

²³BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019

²⁴BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019

Como bem coloca Daniel Carneiro Machado, a atividade empresarial é, no mundo moderno e globalizado, um dos temas de maior relevância. A empresa está, portanto, no centro da economia contemporânea, mostrando-se altamente relevante seu estudo. Nessa linha, ensina o autor:

No atual cenário econômico tomado pelo processo de globalização e pelos avanços tecnológicos, é importante destacar a crescente influência e participação da empresa como coração da sociedade contemporânea, estando ela, sem dúvida, no centro da economia moderna, constituindo a célula fundamental de todo o desenvolvimento industrial.²⁵

No mesmo sentido, a importância das palavras de Fábio Konder Comparato, ao mencionar o poder de transformação que uma empresa possui, ao passo que assalaria e com este enseja no sustento do seu corpo de colaboradores e acende importantes boas impressões para o mercado de investimentos.

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de sua receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço.²⁶

Assim, a natureza especial da atividade empresarial é o que justifica o seu tratamento específico, levando em consideração, além das necessidades sociais, as necessidades dos agentes econômicos não assalariados que com a destinação de investimento, contratação de fornecedores aumenta ainda mais a gama de alcance social da empresa, pois não é benéfica apenas ao empresário e aos funcionários da empresa.

1.4.1. Função social e preservação da empresa

A função social da empresa tem origem constitucional derivando-se do princípio da função social da propriedade, conforme o art. 5º, XXIII da CF, juntamente com o art. 421 do

²⁵MACHADO, Daniel Carneiro. **O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 128, p. 31-33, 15mai2002. p. 31.

²⁶COMPARATO, Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, ano XXII (nova série), n. 50, p. 57-74, abr/jun.1983, p. 57

Código Civil, que prevê a função social dos contratos. Desse modo, encontram-se compreendidos pela função social tanto o aspecto patrimonial da empresa, consubstanciado na propriedade, quanto o aspecto dinâmico, relativo aos contratos firmados para o exercício da atividade empreendedora.

Sintetizando os reflexos da função social da empresa, Leonardo Adriano Ribeiro Dias afirma que ela serve:

ao mesmo tempo, aos interesses do empresário e dos sócios em geral, como fonte de lucros sobre o dinheiro nela investido; aos credores; como garantia de venda de seus produtos e, por consequência, também ao lucro; e à sociedade, na medida em que gera empregos e tributos, além de produzir e distribuir bens e serviços [...]²⁷

Assim, empresa saudável e funcional é aquela que gera lucro para os seus administradores, mas que também se torne exitosa em inserir nesse complexo de relações de forma positiva, gerando reflexos benéficos para diversos setores da sociedade, cumprindo, então, a sua função social. Em contrapartida, o empresário em viéses de crise, falha na obtenção do lucro ou o obtém ao custo de outros aspectos igualmente necessários para a manutenção da atividade, não alcançando dessa maneira, portanto, a sua função social.

Deste tópico, pode-se salientar que no momento em que uma empresa se encontra em recuperação judicial, ainda que afetada em termos financeiros, ela não perde sua função social. Por isso, a trava bancária, tema central deste trabalho, pode ser entendida como um impeditivo ao cumprimento da função social.

Primordial é coexistir a função social da empresa com o princípio da preservação da empresa, corolário da função social da empresa e componente basilar da recuperação judicial, encontra-se positivado com clareza solar no art. 47 da Lei 11.101/2005:

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.²⁸

Da leitura do dispositivo fica lúcido que o objetivo da recuperação judicial, revestido pelo princípio da preservação da empresa e função social, é preservar as

²⁷ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: QuartierLatin, 2014. p.45.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

organizações econômicas produtivas, evitando, assim, o prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar às sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores, bem como à sociedade civil em geral, pois ocorrendo isso, o fenômeno crise sai dos limites físicos, enraizando na sociedade.

A recuperação judicial se presta a reabilitar a empresa em crise que cessou parcialmente o implemento da sua função social, ela não se destina à figura do empresário, nem aos credores e nem aos empregados, e sim ao complexo de interesses sociais e econômicos que flutuam em torno da empresa. Portanto, é seguro o entendimento de que se busca o restabelecimento da empresa em crise.

1.5. DA LIVRE INICIATIVA

A livre iniciativa é princípio constitucional tratado no *caput* do art. 170 da Constituição Federal:

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 e 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.²⁹ (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Considerada direito fundamental por garantir o direito de acesso ao mercado de produção de bens e serviços por conta, risco e iniciativa própria da pessoa que empreende qualquer atividade econômica. Por definição, significa direito à livre produção e circulação de bens e serviços e, conseqüentemente, e requer-se do respeito dos demais empresários além de do Estado e terceiros a essa liberdade, garantido pelo princípio da livre concorrência.

Pode-se extrair da leitura do texto da Constituição Federal que há limitação exploração da atividade econômica a outros princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal

²⁹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jun. 2019

como destaca Fábio Ulhoa Coelho, devendo coexistir a compreensão do amplo contexto para mensurar a limitação da atividade empresarial.

A defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios elencados pelo art. 170 da CF como informadores da ordem econômica, bem como a lembrança da valorização do trabalho como um dos fundamentos dessa ordem, tentam refletir o conceito de que a livre iniciativa não é mais que um dos elementos estruturais da economia.³⁰

Neste sentido, o entendimento é o de que a livre iniciativa é base da ordem econômica em conjunto com a valorização do trabalho, e que o desempenho da atividade econômica, deve observar cumulativamente todos os valores relacionados nos incisos do art. 170, além disso, o vigor de qualquer um deles resta prejudicado se lido em separado.

1.6. ECONOMICIDADE

A atividade será empresarial se ocorrer de forma profissional e organizada para o exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens e serviços. Em se tratando de atividade com finalidade econômica tem como ponto de partida a organização dos fatores de produção, para produzir ou circular bens ou serviços que produzem.

A economicidade é fator preponderante para a caracterização da empresa, pois mesmo que a atividade não gere lucro poderemos estar perante uma economicidade, como ensina Leonardo Gomes de Aquino:

economicidade da atividade exige que a mesma seja capaz de criar novas utilidades, novas riquezas, englobando aqui o aumento do valor do bem. Não sendo caracterizado como atividade econômica aquela desenvolvida unicamente com o intuito da satisfação das necessidades pessoais do responsável, bem como aquela voltada exclusivamente para produção do mercado, pois a segurança jurídica poderia não ser atingida³¹

Na análise da economicidade deve ser observada de maneira objetiva, na forma da sua atividade fim (Enunciado nº 54 da 1ª Jornada de Direito Civil)³², mas respeitando a função

³⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 186.

³¹AQUINO, Leonardo Gomes de. **Curso de direito empresarial: teoria da empresa e direito societário**. Brasília: Editora Kiron, 2015.

³²**ENUNCIADO nº 54** do CJF, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em:<
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/756>> Acesso em 05 jun. 2019.

social que a empresa deve ter (Enunciado nº 53 da 1ª Jornada de Direito Civil)³³. Aquino, acrescenta ainda, os seguintes exemplos para elucidar a questão da economicidade da atividade empresarial:

Imaginemos as seguintes situações: Uma certa sociedade, capitalizada, desenvolve uma atividade produtiva em grande proporção, sem que tal produção seja destinada ao mercado e onde o único intuito é a doação dos gêneros produzidos para obras de caridade. A sociedade estaria afastada da aplicação das normas relativas a sociedade empresarial e se enquadraria no regime aplicável as sociedades simples.

Diferentemente, seria a questão de uma sociedade que possui vários imóveis implementa uma organização empresarial para o controle e gestão do seu próprio patrimônio imobiliário. Inicialmente, estaríamos não perante uma atividade empresarial visto que mesma não haveria economicidade, mas há possibilidade desta mesma sociedade, usar esta organização que está ao seu dispor para administrar imóveis alheios e para oferecer os seus serviços a terceiros, desta feita, estaria esta atividade incluída no âmbito da empresariedade.

Um bar de beira de estrada pode ser definido como empresa, pois é um empreendimento duradouro, no qual se praticam, constantemente, atos voltados para apreciação de vantagens econômicas.³⁴

Assim, observados os enunciados transcritos que asseveram a ótica da atividade-fim com vista à economicidade e os exemplos citados, pode compreender-se que a apreciação de vantagem econômica é o aspecto fundamental a respeito da temática, sem a qual o aspecto de atividade econômica não se vê aludido.

1.7. DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA E MANUTENÇÃO DA EMPRESA

O entendimento da devida aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas em sentido estrito, demonstra a existência da honra objetiva desta e apresentando os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais que embasam o posicionamento do Professor Vinícius José Marques Gontijo, que, inovando na doutrina, vai além e defende a existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. O citado professor começa o raciocínio ensinando que:

[...] as modificações havidas ao longo dos anos nas Cartas Políticas brasileiras trouxeram consigo alterações não apenas nos fundamentos do Direito Empresarial, mas talvez, principalmente, no vetor hermenêutico deste ramo jurídico.³⁵

³³ **ENUNCIADO nº 53** do CJF, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>> Acesso em 05 jun. 2019.

³⁴ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Curso de direito empresarial: teoria da empresa e direito societário**. Brasília: Editora Kiron, 2015.

Portanto, para que se entenda o atual cenário econômico atrelado ao direito empresarial como resultante das evoluções oriundas das modificações nos textos da lei maior do Brasil, que propuseram inovações na interpretação dos textos legais o que auxiliou no hora princípio inovador em tela.

As Constituições possuem o papel não apenas de apresentar diretrizes genéricas que de modo eventual possam vir a ser adotadas no momento da edição das leis, mas sim, trazer orientações que essencialmente devem ser observadas pelo legislador infraconstitucional, tornando-se efetivas as determinações impostas pelo Constituinte.

Dada a pertinência da temática, prossegue seu entendimento apresentando o papel das Constituições ao assumirem compromissos a serem implementados pelo legislador ordinário, vinculando-os. Aos poucos e evolutivamente, as Cartas definiram princípios relacionados a temas antes reservados de modo exclusivo à lei mercantil e ao império da vontade das partes que se relacionavam empresarialmente, tais como: os limites da atividade econômica e a preservação da empresa. Isso, por óbvio, impactou a própria montagem da lei infraconstitucional e sua hermenêutica/interpretação, sem que, no entanto, isso implique deixar de se orientar pelo vetor de hermenêutica do ramo empresarial.

Conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar, da mesma maneira que nos outros ramos do Direito, aplica-se ao Direito Empresarial o vetor básico que orienta a hermenêutica jurídica como procedimento integrativo e interpretativo do fenômeno jurídico, com seus sistemas e escolas. Assim, conquanto na exegese do Direito Empresarial se aplique o procedimento interpretativo geral, há que se atentar para uma especificidade do ramo: **ele existe para a tutela dos interesses e a regulamentação das relações jurídicas de uma classe, qual seja: dos empresários; claro: pessoas naturais ou jurídicas. Portanto, agrega-se-lhe certo enfoque valorativo, ou seja, uma jurisprudência axiológica.**³⁵(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Assim, conforme os ensinamentos transcritos, os limites da atividade econômica, assim como a preservação da empresa, passam a ser temas de interesse constitucional. Desta feita, não se pode interpretar o Direito Empresarial – mesmo dentro dos fundamentos e direitos constitucionais – senão para que seja otimizada a razão de sua existência e o foco de

³⁵GONTIJO, Vinícius José Marques. **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.

³⁶GONTIJO, Vinícius José Marques. **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.

sua tutela e regulamentação, qual seja, o empresário e a empresa, sob pena de se suavizar o ramo jurídico.

Fortificando a importância da atividade empresária no Brasil e utilizando-se, Vinícius Gontijo defende a existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica sob o argumento de que a ordem jurídica pátria lhe garante o direito de existir e se personificar, sendo reconhecida pela ordem jurídica brasileira, no grau em que mesmo antes de ser considerada pessoa, a entidade tem o direito subjetivo à personificação assegurado de maneira abstrata pela ordem legal.

O ensinamento do Professor Gontijo, aduz que a hermenêutica (interpretação dos textos, do sentido das palavras) da constituição, tem de ser elaborada de maneira sistêmica e completa, procurando o exegeta a aplicação eficaz e útil da norma constitucional a fim de autenticar o preceito aludido do texto.

Neste sentido, sobre a interpretação sistemática apresentado anteriormente, ensina Bernardo Gonçalves Fernandes:

[...] enfrenta questões de compatibilidade num todo estrutural, ou seja, compreende o ordenamento jurídico como um todo dotado de unidade e, por isso mesmo, regido por cânones de hierarquia (norma superior prevalece sobre a inferior), temporalidade (norma mais nova revoga a norma mais antiga) e especialidade (norma especial não revoga a norma geral, mas cria uma situação de coexistência, sendo aplicada no que for esta especialidade)³⁷

Valendo-se então do ensinamento de que a interpretação sistemática envolve questões de compatibilidade no sistema e se atenta para a hierarquia das normas, reforça-se ainda mais toda a fundamentação apresentada pelo doutrinador Vinícius José Marques Gontijo, que embasa sua tese com diversos preceitos constitucionais, demonstrando a coerência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica com o ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese, há de se compreender que além do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana há também o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Jurídica. Conclui-se que deve ao ente fictício serem aplicados, no que couber, os direitos da personalidade, bem como garantida a sua dignidade, na mais rica acepção e compreensão que esta expressão venha a carregar, que abrangência da compreensão de suas garantias legais.

³⁷FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 188.

Assim, desde os princípios relacionados com a atividade empresarial bem como o inovador princípio da dignidade da pessoa jurídica auxiliam na melhor compreensão da dinâmica do direito empresarial e de sua especificidade na medida em que sobre este terreno alicerçado em princípios é que se constrói uma atividade empresarial em que se vê possível a ocorrência dos efeitos da trava bancária caso o referido empresário tenha contratado crédito dando como garantia recebíveis.

O que torna único o direito comercial brasileiro é justamente pela robustez que a atividade empresarial se desenvolve sobre princípios e fundamentos específicos, não encontrados em outras áreas do direito pátrio. Todavia importante compreender desde logo que a existência da trava bancária irá ocorrer somente no bojo de uma recuperação de atividade empresarial que não tenha sido exitosa satisfação de seus credores pela via ordinária de pagamento.

2 RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Neste capítulo, tratar-se-á dos motivos que darão causa ao início do processo recuperatório da empresa. A priori tratar-se-á sobre os diversos tipos de crise que podem afetar o prosseguimento de uma empresa e que podem acarretar desequilíbrio das contas e receitas gerando inadimplência em relação aos credores. Em seguida, efetuar-se-á a distinção do conceito de falência do conceito de recuperação da empresa. Nesta senda, pertinente a verificação da natureza jurídica da recuperação e os objetivos por ela determinados, os créditos nela inseridos e a previsão legal, e por fim, o procedimento judicial da recuperação de uma empresa.

2.1 DA CRISE DA EMPRESA E SEUS TIPOS

A crise em uma empresa é questão central no exercício de atividades econômicas, aspecto de tutela específica, pois como consequência tem a perda da confiança, particularmente no sentido da concessão de crédito, com vista a adimplir todo escopo de dívidas.

Vera Franco elucida o aspecto histórico relativo à evolução dos mecanismos de adimplementos das dívidas:

Tanto é que desde a Antiguidade existiam normas predispostas para estimular os devedores a adimplir suas dívidas. Inicialmente o adimplemento forçado recaía sobre a pessoa do devedor, que se tornava até mesmo escravo do credor pelo tempo necessário ao pagamento da dívida. Essa alternativa de estímulo ao cumprimento das obrigações transformou-se, adiante, em execução de bens do devedor, que em sociedades capitalistas, constitui outra possibilidade para tentar inibir o inadimplemento.³⁸

Contudo, a partir do momento em que o comércio ganhou espaço nas relações socioeconômicas, a tutela do crédito adquire contornos mais específicos e elaborados. De um lado, porque a concessão de crédito tanto pelos banqueiros quanto pelos fornecedores estende-se ao longo da cadeia comercial; de outro, porque parece admissível que se impeça ao comerciante, desatento às suas obrigações, tendo em panorama o poder de contágio dos efeitos

³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise** / Vera Helena de Mello Franco, Rachel Sztajn. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

que sua ação pode causar, continue a usufruir das vantagens e benefícios que os demais possuem no que diz respeito ao prazo para solver as obrigações contraídas.

Toda e qualquer empresa está exposta a enfrentar diferentes tipos de crise ao longo de sua existência. As crises que têm natureza diversificada podem acarretar em prejuízos significativos, com se vê a adiante, alguns tipos de crises do setor empresarial segundo o entendimento de Marcus Marques:

Crise Financeira - Dentre os tipos de crise, essa é a principal responsável pelo fechamento de companhias. Basicamente, se caracteriza como uma situação em que o caixa da empresa é insuficiente para honrar seus compromissos cotidianos.

Crise Por Problemas com Maquinário - Desde a Revolução Industrial, esse é um dos tipos de crise mais temidos pelos empresários, pois a produtividade depende diretamente da capacidade fabril do maquinário. Atualmente, as falhas podem estar ligadas também aos computadores.

Crise econômica no país - Quando o país passa por uma crise econômica, é natural que essa condição respingue no empresariado. Muitas companhias passam a oferecer mais produtos/serviços do que o mercado é capaz de absorver. Nesses momentos, muitas delas acabam fechando as portas por não conseguir administrar os prejuízos.

Crise Devido a Boatos - São iniciadas por boatos que podem ser levantados pela concorrência ou, até mesmo, por clientes insatisfeitos.

Crise Devido a Acidentes Naturais - As companhias estão sujeitas a prejuízos causados por desastres naturais, como tempestades, furacões, terremotos, entre outras forças da natureza.

Crise Devido a Acidentes Industriais - Entram nessa categoria de crise empresarial incêndios, vazamentos de produtos, contaminação do meio ambiente, explosões, danos na estrutura da companhia, entre outros acidentes que podem trazer prejuízos morais e financeiros.

Crise Devido a Questões Legais - É consequência de processos e disputas judiciais que podem trazer prejuízos financeiros (até mesmo se a companhia vencer o embate pelos honorários dos advogados) como de imagem, pois a organização se torna alvo da mídia.

Crise Patrimonial - Em termos gerais, se caracteriza pela existência de um passivo (dívida e/ou obrigação) mais alto que o ativo (bens que a empresa possui). Isso faz com que a organização seja incapaz de honrar aquilo que deve.

Crises Por Ações Criminosas - Esse é um dos tipos de crise mais difíceis de evitar e problemáticas para contornar, pois tem origem criminosa, podendo ser desencadeada pela ação de hackers, sabotadores, fraudadores, vândalos, entre outros.

Crise de Imagem - Quando a companhia tem sua imagem arranhada devido ao vazamento de informações confidenciais, envolvimento de funcionários em esquemas corruptos, comportamento inadequado, entre outros.³⁹

Portanto, destes tipos de crises elencadas consigna-se pela desmistificação de que sempre a crise de em uma atividade empresarial ocorrerá em razão da falta de dinheiro, pois, a crise financeira constitui apenas um dos tipos de crises que podem vir a afetar o

³⁹ MARQUES, Marcus. **Quais São os Tipos de Crise Empresarial**. Disponível em: <
<http://marcusmarques.com.br/empresas/quais-sao-os-tipos-de-crise-empresarial/>> Acesso em: 02 set. 2019.

negócio. Assim, nas palavras de Marlon Tomazette extrai-se a essência dos tipos de crise relacionados com a recuperação judicial:

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei no 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei no 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.⁴⁰

Os tipos de crise, por exemplo, justificam os objetivos da recuperação de empresas, preservar a continuação da atividade empresarial tentando conciliar a travessia da crise com as implicações sociais. Assim, é sobre a tutela do crédito e da sua circulação, que se estrutura nas normas que dispõem sobre a permanência, do comerciante ou empresário em face da crise da atividade. Portanto a trava bancária culmina na alteração da tutela dos créditos recebíveis que serão utilizados para adimplir o montante de dívidas.

2.2 DISTINÇÕES ENTRE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Ocorrendo no seio de uma crise instalada na atividade o termo recuperação judicial foi criado pela Lei 11.101/2005. Ela é utilizada para evitar a falência da empresa. Neste processo, são adotadas medidas para a reorganização econômica, administrativa e financeira da empresa, feitas com a intermediação da Justiça. Luiz Antonio Barroso distingue o conceito de Recuperação Judicial:

Quanto à Recuperação Judicial, é um acordo, firmado entre o devedor e seus credores, com a proposta de um plano alternativo para que a empresa se recupere economicamente. Para tanto, a empresa se dirige ao juiz com um projeto, a proposta de um plano para sair da situação de crise. O princípio que a orienta é o da manutenção da empresa. Assim, o empresário, inscrito há pelo menos dois anos na Junta Comercial poderá pedir a recuperação, observados os requisitos do artigo 48 da Lei n. 11.101/2005.⁴¹

De modo geral, a empresa precisará passar por um processo de recuperação judicial quando está endividada e não obtém lucro suficiente para cumprir suas obrigações, como pagar seus credores, impostos, fornecedores e seus funcionários. Pela trava bancária, objeto

⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3 / Marlon Tomazette. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

⁴¹ RODRIGUES, Luiz Antônio Barroso. **Direito empresarial** 2. ed. reimp. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2012.

deste trabalho, preconiza que todos os créditos que vierem a ser recebidos pela empresa automaticamente serão utilizados para saldar a dívida com a instituição bancária

Por isso, a recuperação interessa não apenas ao devedor, mas também às outras partes envolvidas com a empresa. É o caso dos credores e dos empregados, que terão seus interesses garantidos por este caminho, ou seja, haverá a possibilidade de recuperação dos créditos e da manutenção dos empregos.

Já a falência ou processo falimentar, também faz parte da Lei 11.101/2005. O devedor pode decretar falência quando os ativos da sua empresa não são suficientes para quitar as dívidas contraídas. É preciso que o empresário tenha zelo na hora de tomar essa decisão, que não é nada fácil.

A noção de falência apresentada por Waldo Fázzio Júnior é bastante pertinente:

A falência é o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa. Representa o estágio final de sua existência. Estado de falência e estado de liquidação são expressões que servem para designar a insolvência ou a crise econômico-financeira da sociedade ou empresário, insuscetível de recuperação judicial.⁴²

Nesta toada, apresenta-se com a total inviabilidade da empresa, não sendo mais possível a utilização da recuperação judicial. Assim, não existindo créditos suficientes a falência pode ser decretada pelo próprio devedor, o cônjuge ou qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante (chamado de falência de espólio); o cotista ou o acionista do devedor na forma da Lei ou do ato constitutivo da sociedade (Contrato ou Estatuto Social) ou qualquer credor, conforme estabelece o artigo 97 da Lei Falimentar⁴³

Por meio desse processo, são liquidados e vendidos os ativos da empresa, e passa-se então a pagar as dívidas com os credores, conforme a ordem prevista em lei. Se existir sociedade, todos os membros têm obrigações com relação às dívidas, conforme sua participação na empresa.

No caso dos funcionários, todos que estão vinculados à empresa no momento do pedido de fechamento por dívida, têm direito a seus créditos trabalhistas, inclusive o valor proporcional de férias, 13º salário e FGTS pela preferência apontada na ordem de créditos prevista na Lei 11.101/2005 em seu artigo 83⁴⁴. Conclui-se então que a diferença entre ambas,

⁴²FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

⁴³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

⁴⁴BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

é que a recuperação judicial é uma possibilidade de evitar a falência, que é o último estágio, quando não há mais a possibilidade de recuperação da empresa.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

Indaga-se qual a natureza jurídica da recuperação, se prestação jurisdicional do Estado, de caráter contencioso, dada a probabilidade de divergência ou se de caráter contratual, tendo em vista a assembleia dos credores no que se refere à aprovação, alteração ou rejeição do plano de recuperação proposto pelo devedor.

Paulo Sérgio Restiffe, por entender que a recuperação possui uma natureza processual, afirma que ela é:

pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido⁴⁵

A norma do art. 55 da Lei de Recuperação e Falência utiliza a expressão procedimento e autoriza a oposição (objeção) dos credores ao projeto do devedor, circunstância em que será convocada a Assembléia de Credores (art. 56). No entanto, a norma do art. 58 da LRE autoriza a concessão se inexistir objeção dos credores e se o plano apresentado preencher as condições legais (art. 58 da LRE) no pedido de recuperação formulado perante o Judiciário.

Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua **objeção** ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz **convocará a assembléia-geral de credores** para deliberar sobre o plano de recuperação.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz **concederá** a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.⁴⁶(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

⁴⁵ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008, p. 47.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

Poder-se dizer, portanto que a recuperação da empresa e seu respectivo plano é um negócio de colaboração celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que tange à homologação, pode ser considerada forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que se reduzem custos da transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.

2.4 OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O presente tópico possui relação com o tópico principiológico, destacando-se os ditames da função social da empresa e da dignidade da pessoa jurídica. Determinada atividade empresarial não poderia com toda sua importância social simplesmente deixar de existir em razão de uma crise financeira, por isso a legislação falimentar arrola alguns objetivos fundamentais que dão causa a este instrumento de superação de uma crise denominada recuperação de empresas.

Sobre os objetivos, dispõe o art. 47 da Lei n 11.101/2005 *in verbis*:

a recuperação judicial tem como objetivo de 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 a atividade econômica.⁴⁷

Da leitura e consequente aplicabilidade do dispositivo da LRF extrai-se que o fundamento da recuperação de uma empresa se enraíza no fator de manutenção da empresa para que ela continue a gerar emprego, preservando a empresa, o alcance de sua função social e para que também haja estímulo para o seio econômico.

Com objetivo de preservar a atividade produtiva, maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores e prevenir a falência, a lei oferece duas alternativas: a recuperação judicial e a extrajudicial.

Essas duas espécies de recuperação não têm como finalidade a dilação das dívidas, mas solucionar as causas que levaram a crise econômico-financeira da empresa, resolvendo de maneira suficiente seus débitos e evitando assim uma eventual liquidação dos ativos.

⁴⁷BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

Assim, a empresa naturalmente exerce atividade econômica, e sendo uma atividade econômica está sujeita a diversos fatores exteriores e interiores, entres eles crise política, crises internacionais, falta de infraestrutura, problemas climáticos, falta de matéria prima, má gestão, ou seja, diversos são os fatores que podem levar a empresa a uma crise econômica.

Portanto a ação de recuperação judicial tem por meta sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora. Nela, o devedor postula em juízo um tratamento especial, justificável, para remover a crise de que padece sua empresa. Seu objeto imediato é a salvação da atividade empresarial em risco e seu objeto imediato é a satisfação, ainda que atípica, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores dela. A temática apresentada representa a concretização da satisfação dos credores na medida em que manter a trava bancária resolve o negócio jurídico estabelecido entre o empresário e a instituição financeira.

2.5 MEIOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

A lei contempla lista exemplificativa dos meios de recuperação da atividade econômica (LF, art. 50). Nela, encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na superação de crises em empresas. Os administradores da sociedade empresária interessada em pleitear o benefício em juízo devem ponderar junto com o advogado e demais profissionais que os assessoram no caso, se entre os meios indicados há algum mais que possam mostrar-se eficientes no reerguimento da atividade econômica.⁴⁸

Neste prisma, visando precisamente possibilitar o restabelecimento da empresa em crise, o legislador, ao elencar quais os meios poderiam ser utilizados para a empresa se recuperar, o fez de maneira não extenuante, conforme a redação do artigo 50 da Lei 11.101/2005. Concebe a redação do artigo:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

⁴⁸BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Como se trata de lista exemplificativa, outros meios de recuperação da empresa em crise podem ser observados e considerados no plano de recuperação. Normalmente, aliás, os planos deverão combinar dois ou mais meios, tendo em vista a complexidade que cerca as recuperações empresariais.

Jorge Lobo organiza as medidas de recuperação judicial nos seguintes grupos:

Reestruturação do poder de controle, reestruturação administrativa, reestruturação financeira, reestruturação econômica, reestruturação societária e reestruturação complexa ou mista.⁴⁹

De outro lado, Ricardo Negrão classifica os meios recuperatórios da seguinte maneira:

Meios dilatórios, remissórios ou mistos; meios com predominância sobre o perfil subjetivo da empresa; meios com predominância sobre o perfil objetivo da empresa; meios com predominância sobre o perfil funcional da empresa e meios com predominância sobre o perfil corporativo da empresa.⁵⁰

⁴⁹ LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

⁵⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 143161.

Isto posto, cumpre apontar que a recuperação judicial é justamente o território de existência da trava bancária, sem recuperação judicial não haveria que se falar em trava bancária. Por isso, cumpre situar as diretrizes de cada um dos meios de recuperação judicial exemplificados no texto legal, segundo a visão do doutrinador Fábio Ulhoa⁵¹, dos tópicos a seguir:

a) *Dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos.* Com o abatimento no valor de suas dívidas ou o ampliação do prazo de vencimento, a sociedade empresária devedora tem a conveniência de se reestruturar porque disporá, por certo tempo, demais recursos em caixa, seja para investimentos, seja para redução dos gastos com empréstimos bancários.

Já na substituição de garantias, se um credor concordar em abrir mão de sua garantia, ou substituí-la por outra, é evidente que a sociedade devedora passa a contar com bens em seu patrimônio liberados de ônus. Ficam esses bens, portanto, aptos e disponíveis a ser oferecidos em garantia em novas operações de financiamento.

b) *Operação societária.* As operações societárias são: cisão, incorporação, fusão, transformação, além da constituição de subsidiária integral e venda de quotas ou ações, importam instrumentos jurídicos que, por si sós, não são aptos a propiciar a recuperação da empresa em crise. É necessário contextualizá-las num plano econômico que mostre como sua efetivação poderá acarretar as condições para o reerguimento da atividade econômica.

c) *Alteração do controle societário.* A alteração do controle societário pode ser total ou parcial. No primeiro caso, opera-se a venda do poder de controle, enquanto no segundo, a admissão de novo sócio no bloco controlador. Espera-se, de qualquer forma, que a alteração seja acompanhada de medidas que revitalizem a empresa, como aumento do capital e mudanças na direção. Sem elas, é improvável que a simples mudança no controle societário leve à superação da crise.

d) *Reestruturação da administração.* A troca de alguns ou de todos os administradores é medida geralmente necessária em qualquer recuperação de empresa. Salvo quando a crise tem raízes macroeconômicas pelas quais os administradores não podem responder nem nada fazer, a razão das dificuldades se depara na falta de condições ou

⁵¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, Volume 3: direito de empresa* – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

competência para os administradores realizarem cortes de pessoal e de despesas, modernizarem o estabelecimento empresarial ou aperfeiçoarem os recursos disponíveis.

e) *Concessão de direitos societários extras patrimoniais aos credores.* Também prevê a lei a concessão aos credores de direitos societários extras patrimoniais, como o de eleger administrador em separado ou vetar determinadas matérias. Trata-se de admitir um grau mínimo de interferência dos credores na administração da sociedade empresária em recuperação, visando garantir- que se tentarão realizar os objetivos explicitados no plano de reorganização.

f) *Reestruturação do capital.* De modo geral, em qualquer empresa, a crise econômica, financeira ou patrimonial resolve-se com dinheiro, ingresso de recursos. Estes possibilitam ampliar a competitividade da sociedade devedora, contornando a crise econômica; ou desafogar o fluxo de pagamento dos juros bancários, saneando a financeira; ou pagar os passivos mais significativos, afastando a patrimonial.

g) *Transferência ou arrendamento do estabelecimento.* Esse meio de recuperação judicial importa na mudança da titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresária em crise. No primeiro caso, opera-se a venda do estabelecimento para quem está em condições de nele explorar a mesma atividade econômica de modo mais competente. No segundo, a propriedade do estabelecimento continua da sociedade devedora, mas a direção da atividade econômica passa às mãos de arrendador que presumivelmente está em melhores condições de promover sua recuperação.

h) *Renegociação das obrigações ou do passivo trabalhistas.* Por contrato coletivo de trabalho, de que pode constar inclusive a redução de salários e mudanças na jornada de trabalho dos empregados da sociedade empresária em crise, alcança-se a recuperação desta quando diagnosticado serem as obrigações trabalhistas o principal entrave nas contas. Essa medida, claro, depende não só da aceitação dos órgãos da recuperação judicial, durante a tramitação do processo, como principalmente dos empregados atingidos e de sua representação sindical.

i) *Dação em pagamento ou novação.* Pela dação em pagamento, um ou mais credores concordam em receber bem diverso do contratado como meio de solução da obrigação ativa que titularizam; pela novação, que pode ser subjetiva ou objetiva, substituem-se elementos das obrigações existentes, dando ensejo à sua substituição por outras, novas.

j) *Constituição de sociedade de credores.* Se os credores entenderem que é medida apta a recuperar a empresa e tiverem interesse em todas as consequências que dela advêm, poderão constituir uma sociedade que continue a explorar a empresa em crise. Ao fazê-lo, substituem seus direitos de credores pelos de sócios; quer dizer, em vez de titularizarem o direito a crédito e aos consectários derivados do inadimplemento, passam a ter a expectativa de lucros na hipótese de sucesso do plano.

k) *Realização parcial do ativo.* A venda de bens do patrimônio da sociedade devedora pode revelar-se medida importante na obtenção dos recursos necessários ao patrocínio da recuperação judicial. Deve-se, contudo, verificar a importância do bem a alienar para a continuidade da empresa. Se for bem de produção essencial à atividade econômica explorada, sua alienação terá provavelmente o sentido inverso, de apressar a crise.

l) *Equalização de encargos financeiros.* A medida insere-se no contexto de renegociação do passivo da sociedade que explora a empresa em situação crítica. Por ela, bancos e empresas de fomento mercantil padronizam os encargos financeiros de seus créditos, ajustando-os ao menor dos praticados no mercado (em idênticas condições, bem entendido). Trata-se de impor a determinados credores redução no seu direito creditório, sob a justificativa de que ela não lhes acarretará prejuízo.

m) *Usufruto de empresa.* Trata-se de mais uma medida destinada a transferir a direção da atividade econômica em crise para mãos mais hábeis e preparadas. Pelo usufruto, o novo dirigente do negócio torna-se usufrutuário do estabelecimento empresarial, revertendo em seu benefício os frutos da exploração deste.

n) *Administração compartilhada.* Essa figura é mero desdobramento do meio já examinado acima de reestruturação da administração. Refere-se a lei, aqui, à divisão de responsabilidades entre a sociedade devedora e seus credores, ou parte deles, nas decisões administrativas de interesse da empresa em crise.

o) *Emissão de valores mobiliários.* Se a sociedade empresária que concorre a recuperação judicial é por ações, ela pode, por exemplo, emitir debêntures ou outros valores mobiliários, instrumentos de captação de recursos que podem, atendidas certas condições, ser admitidos à negociação no mercado de capitais.

p) *Adjudicação de bens.* Cuida a lei da constituição de uma Sociedade de Propósito Específica (SPE), cujo objeto é adjudicar em pagamento dos créditos titularizados perante a sociedade empresária devedora bens do ativo dessa, os quais lhe devem ter sido

previamente transferidos a título de integralização de capital social ou venda. Na verdade, é apenas um desdobramento da medida representada pela dação em pagamento com a sofisticação da intermediação por uma nova sociedade constituída exclusivamente com a finalidade de servir à adjudicação.

Dos tópicos acima expostos a utilização dos diversos meios de recuperação de empresas para o caso concreto revela-se em mecanismos satisfatórios que visam facilitar o erguimento da atividade empresarial agravada, através de alguns privilégios momentâneos que cessam na medida da efetivação de resultado positivo em detrimento da crise que resultou na recuperação judicial.

2.6 CRÉDITOS ABRANGIDOS PELA RECUPERAÇÃO

Por força do artigo 49 da Lei 11101/2005, submetem-se à recuperação judicial da empresa todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não estejam vencidos e um dos artigos primordiais de serem compreendidos da recuperação judicial, pois dispõe sobre quais créditos se encontram sujeitos ao procedimento recuperacional.

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

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

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

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

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

§5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei.⁵²

⁵²BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

É uma definição suficientemente ampla, que pode gerar inúmeras controvérsias, contexto no qual se insere a trava bancária, tema aqui abordado. Ademais, como visto anteriormente, não alcança os créditos tributários, já que o artigo 187 do CTN, com redação conferida pela LC 118/05 estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, regra que se aplica indistintamente às fazendas Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

A dívida tributária da empresa se resolve por via própria, qual seja o parcelamento de débitos fiscais, medida que não pode ser determinada pelo juiz da recuperação judicial, mas que deverá ser pleiteada pelo empresário ou sociedade empresária junto à autoridade fazendária, com base em legislação especial.

Para além dos créditos fiscais, todos os demais estão sujeitos ao processo de recuperação judicial, incluindo os créditos trabalhistas e créditos com garantia real. Não faz necessário, sequer, que a dívida já esteja vencida; mesmo as obrigações ainda inexigíveis por se beneficiarem do transcurso de tempo futuro, representado por prazo ou termo, estão submetidas, como também o estão as incertas e as ilíquidas, características que se resolvem ao longo da habilitação/impugnação.

A problemática exposta em tela, que é justamente a abrangência ou não dos créditos cedidos fiduciariamente e sua relação com a trava bancária é determinada pela não abrangência da recuperação aos créditos cedidos fiduciariamente, na medida em que tais créditos não foram comportados pelo dispositivo legal.

Para fins de classificação, os créditos compreendidos pelo regime criado podem ser classificados em: créditos plenamente sujeitos à recuperação judicial, por força do caput; créditos não sujeitos à recuperação judicial nem aos efeitos do *stayperiod*(180 dias), por forçado §4º; créditos não sujeitos à recuperação judicial, mas passíveis de serem atingidos pelos efeitos do *stayperiod*, conforme o § 3º; e créditos sujeitos tanto à recuperação judicial quanto ao *stayperiod*, conforme o § 5º, conforme apresenta Eduardo Secchi Munhoz⁵³

Além disso, tendo sido deferida o pedido de Recuperação Judicial da Empresa, é concedido a ela o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão de ações e de execuções, que prosseguem em desfavor da empresa recuperanda. Tal prazo mencionado consiste no

⁵³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. Revista do Advogado n. 105.** São Paulo: AASP, 2009. p.41-42.

supramencionado termo chamado de *stayperiod* e encontra-se disposto no artigo 4ª da Lei nº 11.101/2005. Após o decurso desse prazo os credores possuem o direito de iniciar ou dar continuidade suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Ademais, o *stayperiod* possibilita que a empresa recuperanda não sofra nenhuma constrição de bens e assim consiga se reestruturar financeiramente, para que tenha êxito com as atividades empresarias e com a Recuperação Judicial.

Em suma, a alínea representa todos os créditos que não estiverem contemplados pelas exclusões impostas nos parágrafos 3º e 4º. A alínea se refere aos créditos decorrentes de adiantamento sobre contrato de câmbio para exportações, disciplinado nos parágrafos 3º e 4º do art. 75 da Lei n.º 4.728/6529, estando, pois, excluídos da recuperação e alheios ao período de suspensão de 180 dias previsto no § 4º do art. 6º da LREF:

Art. 6º da Lei 11.101/05: A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.⁵⁴

Continuando na visão do mesmo autor, a alínea compreende todos os créditos que foram objeto de alienação fiduciária, compromisso de compra e venda, arrendamento mercantil, cessão fiduciária. A alínea, por fim, se refere aos créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários.

Nessa senda, em relação aos créditos do § 5º, a Lei não os excluiu da recuperação judicial, devendo o credor realizar sua habilitação no procedimento recuperacional, apresentar impugnação ou divergência ao quadro de credores, se necessário, e participar da assembléia de credores. Tais créditos, portanto, podem ter sua exigibilidade alterada pelo plano de recuperação, permanecendo suspensa a execução individual. A única determinação específica da Lei para essa hipótese foi a necessidade de depositar as quantias dadas em pagamento em conta vinculada, enquanto não forem renovadas ou substituídas as garantias dadas ou enquanto não vencido o prazo de suspensão de 180 dias conforme explicita Fabio Ulhoa⁵⁵.

⁵⁴BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **A trava bancária**. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009. p.63

O parágrafo 3º, que concebe proteções ao chamado “credor proprietário”, é o que mais gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Tais exclusões geram consequências consideráveis para os referidos credores, quais sejam: a dispensa de habilitarem-se na relação de credores, assim como de impugnar ou divergir do quadro geral; a perda do direito de participação da assembleia, não integrando *quórum* de instalação e de deliberação; a inviabilidade de prosseguir ou ingressar com ação de execução, estando alheio ao prazo de suspensão e; a inalterabilidade das disposições contratuais por força do plano de recuperação.

A trava bancária, portanto, ocorre nos casos em que o empresário, que então se encontra em recuperação judicial, cede a propriedade dos seus créditos recebíveis como garantia para obtenção de recursos junto a uma instituição financeira. Como explicita Jorge Lobo

Cessão fiduciária em garantia de recebíveis é a transferência, limitada e resolúvel, que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva, de direitos creditórios oriundos de títulos de crédito próprios e impróprios ou de contratos em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor-fiduciário com a liquidação da dívida garantida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante uma vez satisfeito o débito.⁵⁶

Conforme ensinado com a cessão fiduciária em garantia de recebíveis transfere-se ao credor-fiduciário a propriedade dos direitos de crédito. Com o adimplemento da dívida que foi garantida a propriedade é revertida automaticamente ao devedor-fiduciante. Este procedimento ocorre da seguinte forma, os valores dos créditos cedidos fiduciariamente ingressam diretamente em conta vinculada à instituição financeira destinada à garantia do financiamento, não ficando à disposição do empresário.

Assim, a trava ocorre em razão da exclusão promovida pelo §3º do art. 49 da LFER, que acaba por bloquear os créditos de propriedade do banco a título de garantia, deixando-os alheios às medidas do plano de recuperação judicial, conforme destaca Bruno Meyerhof Salama⁵⁷

A discussão doutrinária é extensa e se projeta nas divergências jurisprudenciais sobre o tema. Necessário, pois, analisar as principais linhas de entendimento sobre o assunto que

⁵⁶ LOBO, Jorge. **Cessão fiduciária de recebíveis na recuperação**. Março de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103206,51045Cessao+fiduciaria+de+recebiveis+na+recuperacao>> Acesso em: 04 set. 2019.

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Recuperação Judicial e trava bancária**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 59: 2013. p.15

encontraram respaldo em decisões nos tribunais brasileiros. Tais linhas consistem em: exclusão da cessão fiduciária de direitos de crédito do regime destinado às garantias fiduciárias; incompatibilidade da trava bancária com os princípios que regem a aplicação da LFER, e manutenção das travas bancárias no processo de recuperação judicial.

Em que pese o adiantamento de temática com vista ao alinhamento do tema ora proposto, os ditames relacionados à trava bancária serão melhor tratados de forma exclusiva e de maneira pormenorizada no capítulo quatro ao passo que sua extensão dentro dos tribunais brasileiros apresenta implicações na economia nacional.

2.7 PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO

O procedimento da recuperação judicial é bem distinto do dito procedimento comum, de maneira simplificada ponto a ponto mais corriqueiro do procedimento da recuperação judicial.

Primeiramente deve ser postulada no juízo competente uma petição inicial, em que a empresa pleiteia a própria recuperação judicial e indica a relação de credores com fulcro no art. 51 da lei 11.101/2005.

Em seguida aguarda-se pelo deferimento da RJ com base no art. 52 que determinará a nomeação de administrador judicial (AJ, que pode ser um advogado, contador, economista, administrador de empresas; seja pessoa física ou pessoa jurídica que atue na área da advocacia, contabilidade ou auditoria art. 21) a partir desse momento ocorre a suspensão, pelo prazo de 180 dias, dos processos contra a empresa em recuperação (o chamado *stayperiod*, destacado no tópico 2.6, previsto no art. 6º, *caput* e § 4º da lei 11.101/2005).

Feito isso, ocorrerá a publicação de edital com a 1ª relação de credores (a partir da listagem apresentada pela recuperanda, conforme art. 52, § 1º) procedendo-se para a apresentação, em 15 dias a partir da publicação do edital, *perante o administrador judicial*, de *divergência* (caso o credor entenda que os valores ou classe de créditos constantes do edital não estão corretos) ou *habilitação* (caso o crédito não tenha sequer constado da relação da recuperanda), sendo que não há sucumbência quanto a essas peças (art. 7º, § 1ª).

Posteriormente, haverá publicação de edital com a 2ª relação de credores (art. 7º, § 2º da lei 11.101/2005), apresentada pelo AJ, trazendo sua resposta a respeito de cada uma das divergências ou habilitações apresentadas pelos credores.

Abrir-se-á prazo para apresentação em 10 dias a partir da publicação do 2º edital, perante o juiz, de impugnação (discussão quanto à presença, ausência, valor ou classe de um crédito constante da 2ª relação de credores), que será autuada em apartado e, após contraditória e eventual dilação probatória, terá decisão do juiz, nesse caso havendo a possibilidade de condenação nos ônus da sucumbência (art. 8º da lei 11.101/2005), sendo que da decisão que julgar a impugnação cabe agravo de instrumento (art. 17 da lei 11.101/2005).

Após as decisões das impugnações pelo juiz, será publicada a 3ª e última relação de credores (o quadro geral de credores – QGC, conforme art. 18) em paralelo à apuração dos créditos (itens 4 a 7 acima), apresentação do plano de recuperação judicial (PRJ) pela recuperanda, no prazo de 60 dias contados da publicação do deferimento da RJ (art. 53 da lei), os credores terão o prazo de 30 dias para apresentar objeção ao PRJ, prazo esse contado a partir da publicação do 2º edital de credores (art. 55).

E havendo a apresentação de alguma oposição, será designada a Assembléia Geral de Credores (AGC), para que se delibere acerca do PRJ, de modo a ser aprovado ou rejeitado, pelas diversas classes de credores (arts. 35, I, "a" e 56 da lei 11.101/2005) – a AGC não será realizada em juízo, não contará com a presença do juiz e será presidida pelo AJ.

Aprovado o PRJ pela AGC, o juiz irá homologar o plano para conceder a RJ, desde que não haja ilegalidades (art. 58), e homologado o plano, haverá a fiscalização de seu cumprimento pelo juízo da RJ, pelo prazo de 2 anos, findo o qual haverá a extinção da RJ e a empresa prosseguirá com sua atuação (art. 63 da lei 11.101/2005).

Ricardo Negrão assevera o risco e consequências com o advento de descumprimentos as obrigações no biênio apontado:

Durante o biênio, o descumprimento de qualquer obrigação assumida acarretará a decretação da falência do devedor, e os credores terão seus créditos reconstituídos, com suas respectivas garantias, segundo as condições previstas no plano aprovado, com a dedução de eventuais valores que tenham sido pagos durante o procedimento.⁵⁸

Os apontamentos mencionados acima possuem validade caso haja o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas pelo devedor no bojo da recuperação judicial. Com o advento do descumprimento, a decretação da falência é a medida imediata que se impõe, ao

⁵⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências** : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 / Ricardo Negrão. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

passo que os credores enquadrados na recuperação terão seus créditos reconduzidos com as garantias que lhes eram de origem.

Claramente deverão seguir-se as condições mensuradas no plano da recuperação devendo haver a dedução de valores eventualmente pagos aos credores no desenrolar do procedimento de recuperação, importando na respectiva consequência somente o montante restante da dívida.

3 TÍTULOS DE CRÉDITO E CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS

Neste capítulo consigna-se pela compreensão conceitual dos títulos de crédito na medida em que compõe e servem para representar a segurança jurídica no negócio contratado entre as partes, desde a garantia de sucesso negocial com o perfeito adimplemento do montante da dívida ou até mesmo que sobre este recaia as imposições do instituto da trava bancária como no caso da cessão fiduciária destes títulos de créditos em que tais ficam impedidos de ingressar no procedimento recuperatório da empresa. Neste íterim consigna-se alicerçar o conhecimento sobre a evolução e as diferentes modalidades dos títulos de crédito no mercado econômico contemporâneo.

3.1 CONCEITO DE TÍTULO DE CRÉDITO

O aspecto conceitual dos títulos de crédito implica na melhoria da compreensão da amplitude que possui esse significativo. O entendimento de seu conceito possibilita melhores resultados na compreensão de sua função existencial, econômica e principalmente para o conteúdo a ser abordado neste capítulo.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 887 o conceito de título de crédito, idealizado, como se verá adiante, por Cesare Vivante e que foi pouco alterado pelo legislador brasileiro.

Art. 887. O título de crédito, **documento necessário** ao exercício do **direito literal e autônomo** nele contido, somente produz efeito quando preencha os **requisitos da lei**.⁵⁹ (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Nesse sentido, título de crédito é um documento que contém direito literal e autônomo dele dependente e que só produz efeito quando seus requisitos previstos em lei são preenchidos.

Tal conceito nos remete as características e princípios aceitos pela doutrina como atinentes aos títulos de crédito e, por este motivo, se mostra de grande utilidade. O conceito de Vivante é bastante completo porque nos remete, através das expressões “necessário”, “literal”

⁵⁹VIVANTE, Cesare. **Tratatto di diritto commerciale**. 3. ed. Milão: Vallardi, 1904.

e “autônomo”, aos três princípios informadores do regime jurídico cambial: cartularidade; literalidade; autonomia.

Pois bem, a indicação de que o conceito de Vivante, construído no final do século XIX e início do século XX, é o que melhor retrata os títulos de crédito na atualidade é majoritária na doutrina, destacando-se seu aspecto didático que possui.

3.1.1 Crise da cartularidade e evolução tecnológica

Com o advento da informática e da internet, novamente o conceito de Vivante de título de crédito foi posto à prova. Dessa vez, a crítica não se limitou ao seu uso na disposição geral sobre a matéria, mas procurando delinear e atingir sua essência. Nasceu-se então uma preocupação com o princípio da cartularidade dos títulos de crédito.

A questão da cartularidade dos títulos de crédito é, sem dúvida, a grande discussão doutrinária que circunda o tema dos títulos de crédito atualmente. O papel foi por tanto tempo o único meio utilizado para se registrar formalmente acordos e obrigações que acabou se tornando parte do próprio instituto dos títulos de crédito.

Entretanto, tal como já apontado, a informática e a internet alteraram essa relação, criando dúvidas no que tange a extensão da aplicação do princípio da cartularidade sobre os títulos de crédito.

Wallace Fabrício Paiva Souza destaca a eficácia da evolução dos direitos destarte à superação das barreiras atualmente encontradas.

Confrontando os argumentos daqueles que não acreditam na possibilidade de existência dos títulos de crédito eletrônicos com o daqueles que acreditam, percebe-se que, seja no campo legal, ou no campo prático, as questões primeiramente colocadas como obstáculos à confecção virtual dos títulos de crédito estão aos poucos sendo superadas.⁶⁰

Na prática, de forma paulatina, vem adotando-se os títulos eletrônicos e criando meios que confirmem a estes a segurança necessária à circulação do crédito. Já existem, atualmente, não só títulos de crédito cujas leis facultam a possibilidade de ambientação eletrônica, mas entidades que administrem a circulação destes títulos. Além disso, a tecnologia avança e a

⁶⁰ SOUZA, Wallace Fabrício Paiva (Org.) **Títulos de Crédito na Contemporaneidade** (Org.). Joinville: Clube de Autores, 2018.

necessidade de circular crédito de forma rápida e econômica traz consigo inovações no campo da validação de documentos virtuais e da assinatura criptografada, apontando para a superação definitiva destes entraves.

Percebe-se, portanto, que apesar da maestria do conceito de Vivante, após mais de 100 anos e, especialmente, após a informática, cabe uma nova análise do conceito de Título de Crédito idealizado pelo doutrinador italiano e adaptado no nosso código civil, tal como já apontava Gustavo Tavares Borbaimpossível que tal conceito permanecesse petrificado no tempo:

Submeter de forma absoluta, a circulação dos títulos de crédito, nos dias de hoje, a uma cártula, seria, por uma grosseira metáfora, o mesmo que desejar que os carros, nas grandes cidades, permanecessem utilizando as mesmas ruas e estradas existentes antes da década de 50, o que todos sabemos inviável.⁶¹

O entendimento acima é reflexo na abrangência dos meios tecnológicos inclusive no que tange a circulação de riquezas, na medida em que julgar absoluta a necessidade de os títulos de crédito se manter físico nega a facilitação do tipo eletrônico. No mesmo sentido, vale citar as palavras de Fábio Ulhoa Coelho

O próprio conceito de título de crédito, que Vivante enunciou há quase um século, está atualmente defasado, em razão da difusão do suporte eletrônico. Título de crédito não pode mais ser conceituado como o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”, mas sim o “documento, cartular ou eletrônico, que contempla a cláusula cambial, pela qual os coobrigados expressam a concordância com a circulação do crédito nele mencionado de modo literal e autônomo.”⁶²

Por este motivo, não obstante a necessidade de rever e reler o conceito de título de crédito disposto no artigo 887 do código Civil de 2002 e verificar sua atualidade, o conceito apresentado por Jean Carlos Fernandes, se mostra o mais completo, sendo capaz de abranger os dos demais autores citados. Por este motivo, é eficiente citá-lo de forma integral:

Título de crédito é o documento, cartular ou eletrônico, indispensável para o exercício e a transferência do direito cambial literal e autônomo nele mencionado ou registrado em sistema de custódia, transferência e liquidação legalmente autorizado, bem como para a captação de recursos nos mercados

⁶¹BORBA, Gustavo Tavares. **A Desmaterialização dos títulos de crédito** Revista Forense. Rio de Janeiro : Forense, ano 96, v.352, 2000.

⁶²COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

financeiro ou de capitais, dotado de executividade por si ou por certidão de seu inteiro teor emitida por instituição registradora.⁶³

Percebe-se que o conceito formulado por Jean Carlos Fernandes se mostra de extrema utilidade e completude levando-se em consideração as características atuais dos títulos de crédito. Entretanto, uma análise meramente doutrinária se mostraria incompleta, ainda mais ao se considerar os múltiplos posicionamentos e a inexistência de consolidação entre a possibilidade de se emitir títulos eletrônicos. Assim, se mostra de igual importância para o ordenamento jurídico a interpretação conferida pelos tribunais referente aos títulos de crédito.

Portanto, os títulos de créditos assim como a ordem natural evolutiva que segue o segmento tecnológico, os títulos de créditos também estão a acompanhar a referida técnica, na medida em que a necessidade de mercado e a existência de suporte resultam no fomento da existência de títulos de créditos eletrônicos, conforme se verá a seguir.

3.1.2 Títulos eletrônicos

Se por um lado a doutrina é fonte de reflexões profundas e analíticas sobre o tema, por outro é na jurisprudência que se vislumbra os reflexos da matéria estudada na realidade do caso concreto. É neste universo que problemas são resolvidos ou não, que as pessoas e empresas têm seus conflitos pacificados.

É nesse universo que se torna possível entender que existência de títulos de crédito eletrônico altera o custo das relações econômicas. Ora, se um conflito é resolvido de forma mais célere, seu custo, neste quesito, é menor. Portanto, se o título de crédito eletrônico é considerado título de crédito e, portanto, pode ser executado, facilitam-se as relações econômicas entre empresas e pessoas.

Por certo que tal facilitação, no entanto, não pode chegar ao ponto de gerar insegurança jurídica e econômica, sob pena de os títulos de crédito tornarem-se inúteis à circulação de crédito.

⁶³FERNANDES, Jean Carlos. **Aspectos evolutivos dos títulos de crédito no direito brasileiro**. RIDB. 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_16747_16788.pdf>. Acesso em 06 set. 19.

Por um lado, em alguns momentos, como já apontado, percebe-se a desnecessidade de se apresentar o título executivo original, como no caso da execução de duplicata virtual, já julgada pelo Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

1. As duplicatas virtuais - emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica - podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.

2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

3. Recurso especial a que se nega provimento⁶⁴

Neste sentido a decisão prolatada no STJ preconiza aduz a nova conjectura dos títulos de créditos na medida em que o menciona e os títulos eletrônicos e os reconhecem como suficientes dispensando a apresentado de títulos físicos. Tal posicionamento, também é o adotado no seguinte julgado do estado do Rio Grande do Sul, que aponta inclusive a presunção de veracidade dos signatários na certificação eletrônica.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. JUNTADA DA VIA ORIGINAL DO TÍTULO EXECUTIVO. Descabe o acolhimento dos embargos de declaração por ausentes as hipóteses de omissão e contradição alegadas pelo embargante, com relação a juntada da cédula de crédito bancário original. Outrossim, o artigo 425 do CPC/2015, assim como o art. 365 do CPC/1973, dispõe as cópias e reproduções que fazem a mesma prova que os originais e a Medida Provisória nº 2.200/01 traz a presunção de veracidade em relação aos signatários na certificação eletrônica. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS.UNÂNIME.⁶⁵

Em outros momentos, no entanto, registra-se de forma clara a necessidade de apresentação da via original, ou, no caso dos títulos de crédito eletrônicos da indispensável materialização do título de crédito.

⁶⁴REsp 1024691/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 12/04/2011.

⁶⁵Embargos de Declaração Nº 70069846392, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clademir José Ceolin Missaggia, Julgado em 23/08/2016.

Nessa senda, conclui-se que atualmente há um questionamento no que tange os limites do princípio da cartularidade no tocante aos títulos de crédito eletrônicos, questionamento proveniente dos avanços tecnológicos. As práticas comerciais, especialmente as de grande vulto, tendem para a aceitação dos títulos de crédito virtuais, seja pela rapidez de transação, seja pela redução de custos que estas possibilitam às relações econômicas e comerciais.

No entanto, a discussão sobre a possibilidade de existirem títulos de crédito eletrônicos não está completamente superada. Há divergências internas tanto no que tange a jurisprudência, quanto no que concerne a doutrina.

No que importa o conceito de título de crédito formulado por Vivante, imperioso que se proceda a uma releitura do mesmo, adaptando-o as novas relações econômicas sociais e jurídicas desencadeadas, especialmente, pelos adventos da informática e internet.

Antes de passar-se para o parâmetro principiológico, de maneira geral a intenção de adaptar-se a nova realidade dos títulos de crédito que neste íterim vislumbra o meio eletrônico, deve restar conciso que este fomento é alimentado pela celeridade que acompanham o meio eletrônico na rede mundial de computadores.

Nesse sentido, em sua maioria os recebíveis que são os créditos impedidos de entrar na recuperação judicial por força da lei falimentar são eletrônicos. E é justamente por essa realidade que os títulos pela via eletrônica estão diretamente ligados com o instituto da trava bancária.

3.2 PRINCÍPIOS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Temos de compreender desde logo a importância que possuem os títulos de crédito na formação da economia nos moldes atuais, podendo inclusive, influir que os títulos de créditos são instituto primordial em que se alicerçou a evolução da economia.

Derivando-se dessa importância é que neste se verifica conjunto principiológico e regras próprias. Jean Carlos Fernandes destaca a importância do instituto dos títulos de créditos:

Os títulos de crédito, portanto, integram o denominado direito cambiário, com princípios e regras próprias, voltadas para atender as exigências de segurança

na circulação e disposição de direitos, constituindo obrigações independentes e autônomas diversas daquelas reguladas pelo direito comum⁶⁶

Os Títulos de Crédito desempenham um papel de suma importância e destaque para o Direito Empresarial, sendo que sua criação, em um retrógrado momento histórico, contribuiu muito para a independência deste ramo, pois atendeu a agilidade e rapidez demandada para o sucesso das negociações comerciais, na linha do que ensina Jean Carlos Fernandes:

A economia moderna é essencialmente creditícia, tendo os títulos de crédito surgido para dotar de segurança e de facilidade a transmissão dos direitos por eles representados. A circulação dos direitos e, especialmente dos direitos de crédito, constituem um imperativo da economia moderna que o regime jurídico da cessão de crédito não satisfaz adequadamente.⁶⁷

A realidade creditícia apresentada pelo doutrinador pode ser contemplada nos mais diversos seios da sociedade contemporânea requerem segurança e facilitação da circulação de valores e direitos creditícios. Nessa toada, o títulos de crédito fornece robustez na execução dessa necessidade social.

A definição de títulos de crédito abarca um conceito desenvolvido doutrinariamente de uma forma bem ampla, tendo em comuns nas construções menções expressas às suas características. Esses atributos são tidos como essenciais para a formação dos Títulos de Crédito, requisitos também entendidas como princípios, nos termos a seguir apresentados por Rubens Requião:

a) **Literalidade.** O título é literal porque sua existência se regula pelo teor de seu conteúdo. O título de crédito se enuncia em um escrito, e somente o que está nele inserido se leva em consideração; uma obrigação que dele não conste, embora expressa em documento separado, nele não se integra. b) **Autonomia.** Diz-se que o título de crédito é autônomo (não em relação à sua causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais. c) **Cartularidade**(documento necessário). O título de crédito se assenta, se materializa, numa cártula, ou seja, num papel ou documento. Para o exercício do direito resultante do crédito concedido torna-se essencial a exibição do documento. O documento é necessário para o exercício do direito de crédito. Sem a sua exibição material não pode o credor exigir ou exercitar qualquer direito fundado no título de crédito. Vivante, com esse conceito, substitui o

⁶⁶FERNANDES, Jean Carlos. **Teoria contemporânea dos títulos de crédito**: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁶⁷FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

vulgar, que combate, pelo qual se afirma que o direito está incorporado ao título.⁶⁸(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

O tripé principiológico inerente aos títulos de crédito preconiza pela desenvoltura dos mesmos. Pela sua literalidade entende a realidade escrita como direcionador de seu contudo, por autonomia entende-se que o possuidor atual nada tem haver com as relações anteriores e sobre ele se desenvolveram, em virtude da boa-fé, já a cartularidade que se encontra questionada pela evolução tecnológica, diz respeito a necessidade documental.

Esta era a configuração essencial e rígida para um Título de Crédito, também modelo do preconizado na sua Teoria Clássica. A carência de quaisquer desses quesitos elementares tinha como consequência a descaracterização do documento enquanto Título de Crédito.

3.2.1 Da teoria clássica para a contemporânea

As diretrizes compreendidas no tópico anterior compreendem a teoria clássica do título de crédito, onde por muitos séculos desde o surgimento da Letra de Câmbio, enquanto primeiro Título de Crédito, que remonta ao período da Idade Média da humanidade, a circulação de crédito era necessária para atender o comércio e ganhava espaço com o uso dos títulos de crédito, mas se condicionava ao exclusivo uso da cártula, como confirma Jean Carlos Fernandes:

[...] a evolução das práticas comerciais, impulsionadas pela figura do crédito, necessitou ainda que a obrigação futura em troca de um valor ou mercadoria atual fosse exteriorizada inicialmente em um documento cartular – o título de crédito – com o escopo de incorporá-la, materializá-la, representá-la e dar garantia ao credor ou portador legitimado.⁶⁹

No entanto, a evolução da sociedade e o veloz desenvolvimento da tecnologia fizeram com que o uso crescente da informática nas atividades mercantis transformasse o modo das suas relações, o que impôs a adaptação do Direito Cambial a uma nova realidade.

É neste panorama que começa a se erguer a Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito, conforme descreve Lilia Gomes Oliveira:

⁶⁸REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 2. 25a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁹FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

[...] é paulatinamente aperfeiçoada, desmistificando e reconstruindo algumas das exigências formais impostas na Teoria Clássica. Dentre os fundamentos que compõe a nova base principiológica dos Títulos de Crédito, é forte a relativização da imposição da documentalidade atinente ao princípio da cartularidade com para atender as modificações.⁷⁰

Num primeiro momento, ambas irão coexistir no ordenamento jurídico principalmente por que os títulos de créditos exclusivamente cartulares ainda estão em utilização, mas no futuro a Teoria Clássica tende a ser de forma gradativa superada e ultrapassada, como reivindica os modelos de crédito que são instrumentalizadas por títulos escriturais.

A materialização da cártula não é mais condição indispensável e obrigatória para se falar em Títulos de Crédito, e realmente não há razão de ser. Num mundo enquanto um ambiente extremamente virtual não é surpresa que os títulos agora sejam também eletrônicos, abandonando o apego ao papel, ora sendo desmaterializados (nasce físico, mas se transforma numformato eletrônico), ou imaterializados (já são emitidos no meio digital).

Apesar da finalidade precípua da cartularidade ser vista como o meio capaz de garantir a confiabilidade de circulação, a sua substituição pela forma eletrônica em nada compromete a proteção do direito ao crédito ali reconhecido.

Com base no exposto, o respeitável Professor Jean Carlos Fernandes projeta um conceito adaptativo à concepção tradicional de Títulos de Crédito firmada por Vivante e que define a atual Teoria Contemporânea:

Sobre o conceito criado por Vivante, propõe-se um novo conceito para os títulosde crédito, adotando a teoria contemporânea: título de crédito é o documento, cartular ou eletrônico, indispensável para o exercício e a transferência do direito cambial literal e autônomo nele mencionado ou registrado em sistema de custódia, transferência e liquidação legalmente autorizado, bem como para a captação de recursos nos mercados financeiro ou de capitais, dotado de executividade por si ou por certidão de seu inteiro teor emitida pela instituição registradora.⁷¹

Assim a adaptação possível em que se mantenha a importância do conceito de Vivante consiste em aderir ao princípio da cartularidade, a previsão de eletrônico, atendendo a necessidade de mercado atual. Desta forma, percebe-se que o tradicional paradigma dos títulos de crédito vem cada vez mais se adaptando aos novos modelos de suporte eletrônico. E não são apenas os padrões materiais que tem sido alterados, mas as também as funcionalidades

⁷⁰OLIVEIRA, Lília Gomes. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

⁷¹FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

dos Títulos de Crédito. O instituto não é mais usado unicamente como método de pagamento aos credores, mas como um valioso veículo de financiamento e captação de recursos, devido ao seu intenso trânsito no mercado financeiro.

3.3 TÍTULOS DE CRÉDITO NA CONTEMPORANEIDADE E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA

É incerto o local de criação dos títulos de crédito; seu nascimento não tem um momento histórico exato, dado que sempre houve institutos diversos no passado, próximo às ideias de título de crédito, que circularam principalmente na Europa, conforme suscita Danilo Cordeiro Maia⁷²

Apesar desta informação desencontrada sobre o local de sua origem, seu objetivo maior sempre fora conhecido: facilitar o trânsito de valores monetários. O pensamento do ilustre professor Jean Carlos Fernandes, aponta que

em certo momento da história, faziam-se necessárias operações mercantis com mais dinamismo, e o crédito, que significa crença ou confiança, possibilitava que o efetivo pagamento fosse a momento posterior, mas já antecipando o recebimento da mercadoria ou serviço almejado. Contudo, esse direito ao crédito precisava ser exteriorizado, o que ocorreu inicialmente na forma cartular, surgindo o título de crédito.⁷³

Na contemporaneidade, com o desenvolvimento dos pensamentos teóricos acerca da referida matéria, as ideias conceituais sobre os títulos de crédito foram complementadas, quando não alteradas, em prol do próprio desenvolvimento social.

Jean Carlos Fernandes inicia o estudo sobre a matéria com a apresentação e caracterização da natureza jurídica dos títulos de crédito na contemporaneidade, narrando que “o Código Civil brasileiro considera o título de crédito não apenas como um instrumento ou mero elemento de prova da obrigação nele representada, mas como bem móvel”⁷⁴.

Apesar de simples, a definição é completa. Analisando de um ponto de vista mercadológico, a instrumentalidade do título, juntamente com a garantia da prova da obrigação e da sua proteção no “Livro dos Bens” transfigura qualquer título de crédito em imagem atrativa à utilização para circulação, efetivando assim seu objetivo principal.

⁷² MAIA, Danilo Cordeiro. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018

⁷³FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁷⁴FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

Pode-se ainda identificar uma natureza expositiva do direito dos assinantes intrínseca aos títulos de crédito, que deixam sua utilidade ainda mais atrativa.

Victor Eduardo Rios Gonçalves, explica este ponto da seguinte forma:

Nos títulos, o direito materializa-se em um documento, ou seja, no próprio título, também chamado de cártula. Tal documento passa a representar, assim, o direito ao crédito em si, sendo autônomo da relação jurídica que a ele deu origem em por essa razão, pode ser transferido de um credor a outro, livremente, seja por simples entrega (tradição), seja por assinatura de um possuidor em favor de outro (endosso).⁷⁵

O direito concebido da relação creditícia afirma-se justamente na materialização do mesmo no próprio título, que passa então a representar o direito de crédito, na condição de autônomo da relação que lhe deu origem, e por isso pode ser transferido de um credor para outro.

Ainda como constitutivo da atual conceituação de títulos de crédito, a realidade prática apresenta relevância considerável, pois é com ela que se observa a utilidade ou inutilidade de determinado quadro jurídico, regulação de modo indireto proposta pelo próprio Mercado.

Divergindo do pensamento desenvolvido até o século XX, os títulos deixaram de ser precipuamente para pagamento e desconto, e passam a ter um intuito de captação de recursos, relativizando até mesmo a base da cartularidade na busca pelo desenvolvimento econômico: com a segurança gerada pelas garantias legais do título, a confiabilidade de extensão de seu uso para a captação de recursos é mercadologicamente plausível e aplicável.

Jean Carlos Fernandescoloca a questão expondo desta forma:

A mobilização e circulação de riquezas são funções que os títulos de crédito continuam atendendo, porém, desprovidos, em grande parte, de cartularidade e mais voltados para a captação de recursos, tanto no mercado financeiro, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, quanto no mercado de capitais, regulado pela Comissão de Valores Mobiliários.⁷⁶(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Pode-se então extrair duas funções sociais iminentes na sociedade atual, a mobilização e circulação de riquezas, importando em segurança e rotatividade do capital. Entende-se,

⁷⁵GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Crédito e Contratos Mercantis**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁶FERNANDES, Jean Carlos. Aspectos Evolutivos dos Títulos de Crédito no Direito Brasileiro. In: **RIDB** – Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2013. Ano 2, n. 14.

portanto, que os títulos de crédito são unidades jurídicas representativas de valores transacionados oriundos de algum negócio jurídico, regidos por normas textuais próprias, com independência própria, objetivando circulação de valores.

A necessidade de se ter certeza no direito e segurança na sua realização faz com que sejam criados institutos que satisfaçam essas exigências. Nesse contexto, estão os títulos de crédito, cuja principal finalidade é permitir que a circulação do crédito de maneira facilitada e segura, servindo até mesmo como meio de prova entre as partes envolvidas.

Neste segmento a teoria clássica dos títulos de crédito não permitiria essa adaptação das funções dos títulos de crédito, pois ela se pauta no princípio da cartularidade, que exige a materialização do título ocorra numa cártula, mas é fato que os títulos evoluíram ainda evoluirão, inclusive surgiram inúmeros títulos que não são cartulares, acima em outro momento já se explanou sobre.

Atualmente necessário, então, é falar da teoria contemporânea dos títulos de créditos, que tem como base o princípio da documentabilidade. Afinal, os títulos de crédito são, antes de tudo, documentos, que podem se dar tanto no suporte físico como no eletrônico.

A importância do ponto vista da atualidade da compreensão dos títulos de crédito permite a contemplação do papel que exerce esse instituto, pois, neste conjunto é estatuída a “trava bancária” com relação aos créditos cedidos fiduciariamente pelo contratante do crédito, que em meio ao cenário de recuperação de uma empresa, assegura a adimplimento da obrigação creditória junto à instituição bancária.

3.4 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO

Antes de qualquer coisa, para que se entenda a cessão fiduciária é preciso compreender os direitos reais em garantia e sua função. O direito real dado em garantia consiste no direito que o titular tem de ver adimplida sua dívida através de um bem que fora dado em garantia, e sua função se atesta justamente caso não haja o pagamento da dívida, assim o bem dado em garantia será usado para pagar a dívida.

A Cessão fiduciária em garantia consiste de modo geral em determinado empresário que ao contratar crédito junto a uma instituição financeira dá como garantia algum bem de propriedade da atividade empresária. Com isso, ocorre definitivamente a transferência da

propriedade do bem para o banco por meio da tradição. Adimplida perfeitamente a dívida, o bem retorna imediatamente ao antigo proprietário.

Os direitos reais são orientados por alguns princípios preconizam pela perfeita compreensão, um deles é o direito de sequela que significa a prerrogativa que o proprietário tem de perseguir um que seja de sua propriedade independente de quem seja o detentor.

O direito de aderência produz que o proprietário sempre tem a possibilidade de exercer o seu direito sem que tenha de se valer. Outro princípio bastante significativo é o do absolutismo, uma vez que os direitos reais são oponíveis *erga omnes*, ou seja, contra todos possuindo. Por fim, sobre o princípio do direito de preferência Orlando Gomes acrescenta:

consiste no privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Constituído o direito real de garantia, a responsabilidade da obrigação se concentra sobre determinado bem do patrimônio do devedor. Para o caso de inadimplemento tem o credor o direito de se satisfazer sobre o valor desse bem, afastando outros credores que tenham apenas direito pessoal contra o devedor, ou mesmo, direito real de inscrição posterior. Em suma, a coisa dada em garantia é subtraída da execução coletiva⁷⁷

Na cessão fiduciária de créditos em garantia ocorre a transferência efetiva do crédito para o cessionário-fiduciário na medida em que estes forem pagos, caso em que o credor é que deterá a titularidade plena de tais créditos até que a dívida seja amortizada em sua integralidade. No penhor o que corre é a garantia real sobre coisa alheia, criando mero direito de prelação no recebimento, sem haver titularidade plena sobre os créditos, é o que ensina Fernando dos Santos Teixeira⁷⁸

Vale menção também ao conceito no que tange à propriedade fiduciária nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

O devedor de empréstimo obtido junto ao credor transfere a este, em garantia, a propriedade de determinado bem ou de determinado crédito de sua titularidade; [...] uma das principais obrigações do devedor fiduciante é não dispor da coisa alienada fiduciariamente, onerosa ou gratuita, porque o bem não mais lhe pertence, é da propriedade do seu credor.⁷⁹

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª edição. Forense: São Paulo, 2012

⁷⁸ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. São Paulo: 2010. p.105

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito das coisas**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Em que pese, destaque-se a importância da Lei n. 11.101/05, como forma de equilibrar a preservação da empresa, a eficiência econômica e autonomia privada centrada nos interesses dos credores. E, seguindo esses postulados, o estudo da posição do credor titular de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis na recuperação judicial de empresas, de maneira especial do crédito garantido por cessão fiduciária de títulos de crédito, cumpre fazer o seguinte questionamento: portanto, estaria ele sujeito ou não aos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante?

Quando se fala em recuperação de empresas, deve-se apontar comonecessário uma análise tanto dos objetivos dos credores, como dos objetivos do devedor, de modo que os credores tenham como principal objetivo salvar pelo menos parte de seus direitos, enquanto o devedor pretende a aprovação de um plano recuperacional e lograr êxito. Com isso, o devedor pode saldar seus compromissos, ainda que de uma forma diferente da inicialmente pactuada⁸⁰

Consiste no foco da recuperação de empresas, então, não apenas salvar o empresário a todo custo, mas sim equilibrar os interesses do devedor com os seus credores. Nesse contexto, ganha papel fundamental o crédito, que deve ser protegido com regras claras no sistema de insolvência empresarial, sob pena de gerar um impacto nos juros de mercado praticados, por exemplo.

E no artigo 49 da referida lei se encontra que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Por isso, alguns credores, em razão do princípio da redução do custo do crédito e em prol da preservação de garantias previamente estabelecidas, recebem um tratamento diverso.

Assim, o §3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, protege o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis. Versa a respeito de créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, aclarando que não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial os créditos cujos credores sustentam 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, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

⁸⁰FERNANDES, Jean Carlos .**O credor titular da posição de proprietário fiduciário na recuperação judicial da empresa: uma análise da cessão fiduciária de títulos de crédito**. Revista Trimestral de Direito Civil , v. 45, p. 47-62, 2011.

Quando aplicada essa exclusão em relação a créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis, ocorre o fenômeno da trava bancária, que pode comprometer o sucesso da recuperação da empresa por limitar os recursos disponíveis.

Atualmente, o corriqueiro nas transações bancárias com empresários, é que os empréstimos sejam garantidos por recebíveis como: duplicatas, movimentos de cartões de crédito, cheques, ou seja, há uma cessão fiduciária de crédito, que nas datas de vencimentos, o dinheiro não mais passará nas contas da empresa, mas direto ao banco.

Concernente à temática, a cessão fiduciária de títulos de crédito “Trava Bancária”, no entendimento de Leonardo Almeida Sandes, consiste:

A partir da entrada em vigor da LRF, os bancos passaram então a privilegiar uma nova forma de contratação, ou melhor, de garantia aos empréstimos concedidos aos empresários, que se convencionou denominar "trava bancária". Esta consiste na cessão fiduciária dos recebíveis da empresa. Uma vez ocorrendo a inadimplência por parte do empresário ou o ajuizamento de seu pedido de recuperação judicial, os valores pagos por seus clientes (oriundos de suas vendas ou prestação de serviços realizados) são imediatamente retidos pelo banco, que impossibilita a movimentação financeira daquela conta até que ele próprio esteja pago (daí por que se denomina "trava"). Esse instituto, além de retirar do empresário a opção de planejar seu fluxo financeiro (pois o banco retém para si a integralidade dos valores a ele devidos antes de todos os demais), prejudica sobremaneira a atividade empresarial, podendo comprometer, inclusive, processo de recuperação. E quando alguma empresa está em recuperação judicial - obviamente, porque enfrenta problemas financeiros -, o que mais ela precisa é de capital de giro para poder continuar suas atividades e, assim, poder se recuperar. Ocorre que a "trava bancária", cada vez mais utilizada pelos bancos, afasta qualquer possibilidade de a empresa contar com recursos disponíveis para girar seu negócio. Dessa forma, a recuperação da atividade empresarial, escopo maior da lei, fica impossibilitada de se realizar. A reflexão que se torna necessária é que esse privilégio concedido aos bancos (nefasto à sobrevivência da empresa em recuperação) não pode prevalecer em casos de recuperação judicial, pois o interesse geral deve ser privilegiado em detrimento do interesse exclusivo das instituições financeiras. E o interesse geral deve ser entendido como a perpetuação da atividade empresarial, afastando o risco de quebra da sociedade.⁸¹

Assim, cumpre destacar que a fundamentação para que o legislador excluísse tais créditos específicos do âmbito da recuperação judicial se deu pelo “disposto no art. 170 da CF/88, que tutela como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social, além, é claro, da redução dos spreads, resultando na diminuição dos juros e fomento do crédito”.

⁸¹SANDES. Leonardo de Almeida Sandes. **A trava bancária**. Estado de Minas. Caderno de Opinião. 2011.

Entende-se pela cessão fiduciária, que se cria uma titularidade fiduciária, e os créditos objeto da fidúcia ficam excluídos do patrimônio do devedor-fiduciante. O título do crédito possuirá a natureza de coisa móvel e, em decorrência disso, é possível constituir objeto de garantia fiduciária, pois a permite-se a cessão fiduciária de direitos sobre as coisas móveis, inclusive títulos de crédito.

Todavia, não resta dúvida de que a alienação fiduciária e cessão fiduciária são institutos distintos, mas também não tem dúvidas de que o credor passa à condição de proprietário fiduciário, sendo importante o devido registro.

Verifica-se de plano, então, que a legislação prevê a existência de duas modalidades distintas de negócio fiduciário (alienação fiduciária e cessão fiduciária), e é óbvio que a exceção do art. 49, 3º, Lei n. 11.101/2005 engloba ambas as hipóteses.

Fatídico é que estão imunes à recuperação judicial os credores na posição de titulares de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia e, como alerta Manoel Justino Bezerra Filho⁸², a lei não proibiu a inclusão desses créditos no plano, dependendo da anuência do credor, ainda que pouco provável que isso ocorra.

Portanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem caminhando nesse sentido. Contudo, por se tratar, como visto, de discussão ampla, delicada e controversa, não se pode afirmar que esse é o entendimento definitivo da corte superior. O panorama se agrava nos Tribunais de Justiça estaduais, que vem adotando as mais diferentes linhas de posicionamento no que diz respeito ao art.49, §3º da lei 11.101/05 e a respectiva exclusão (ou inclusão) dos créditos cedidos fiduciariamente na recuperação judicial.

Importante detalhar e demonstrar o quão simples são a cessão fiduciária de títulos de crédito, antes de qualquer menção às decisões recentes sobre o caráter excepcional dessas operações na recuperação de empresas. O renomado doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, possui o seguinte entendimento:

A cessão fiduciária de títulos de crédito é definida como o negócio jurídico em que uma das partes (cedente fiduciante) cede à outra (cessionária fiduciária) seus direitos de crédito perante terceiros (Recebíveis) em garantia do cumprimento de obrigações.⁸³

⁸² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada. 4. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente.** Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, São Paulo, v. 34, p. 21-34, ago/set. 2010.

Apesar de evidentes as diferenças entre a alienação fiduciária e a cessão fiduciária, por se tratarem de modalidades distintas de constituição de propriedade fiduciária, visando adotar termo mais técnico, imperioso mencionar que, na cessão fiduciária de direitos, o termo propriedade deve ser afastado e, em seu lugar, falar-se em titularidade de direitos. A única diferença é que alienação é para bens tangíveis/materiais e a cessão é para bens intangíveis/imateriais. O instituto é exatamente o mesmo.

Assim, a compreensão da ideia de cessão fiduciária é extremamente importante pois auxilia na fixação das bases sobre as quais se assenta o instituto da trava bancária. Outrossim para que a trava bancária seja vislumbrada o cenário é de cessão de títulos de crédito, ou seja o empresário contratante de crédito junto a uma instituição bancária por força do contrato transfere a propriedade de créditos recebíveis ao banco. Portanto, a trava bancária respalda-se na propriedade do crédito a ser recebido que estando cedido não está a disposição da empresa.

4 TRAVA BANCÁRIA

Chega-se ao presente capítulo com um alicerce sólido e necessário compreendido da leitura dos capítulos anteriores que nos permitiram entender os personagens do cenário econômico, a abrangência e funcionamento da recuperação de uma empresa e a realidade e fundamentos dos títulos de créditos e da cessão fiduciária de tais. Por este motivo, os tópicos a seguir representam parte primordial e central desta obra, pois consigna o conhecimento específico sobre o instituto da trava bancária a ser extraído sobre a temática proposta nesta obra com vista a coexistir o plano legal e doutrinário ao que ocorre no mundo dos fatos concretos.

4.1 INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS CEDIDOS FIDUCIARIAMENTE

A legislação falimentar nacional consagra um rol de créditos que estão sujeitos ao procedimento recuperatório, pois, em regra, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, mas há as exceções previstas no art. 49, §3º, da Lei n. 11.101/2005, relativas aos proprietários fiduciários. Essas exceções abarcariam ou não a denominada trava bancária?

Importante ter em mente o contexto da Lei n. 11.101/05, que regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, sendo uma forma de equilibrar a preservação da empresa, a eficiência econômica e autonomia privada centrada nos interesses dos credores.

Os negócios fiduciários, inclusive a cessão fiduciária em comento, caracterizam-se pela efetiva transmissão da propriedade ao credor (mediante condição resolutiva), a fim de garantir o cumprimento de determinada obrigação. Ademais, possuem os títulos de crédito natureza de bem móvel, conforme art. 83 do Código Civil, cuja propriedade se transfere mediante tradição, o que, em se tratando de títulos de crédito, tão somente confirma sua cartularidade.

Desta feita, considerando a técnica dos negócios fiduciários e sua própria natureza, seria até dispensável sua exclusão no art. 49, §3º da lei de Falência e Recuperação de Empresas como do rol dos créditos concursais. Isso porque se trata não mais de propriedade da sociedade empresária em recuperação, mas de propriedade cuja titular é a instituição

financeira. Incluí-lo nos créditos concursais representaria violação a direito de propriedade do credor fiduciário.

4.2 TRAVA BANCÁRIA E SUAS CONTROVÉRSIAS

A trava bancária ocorre nos casos em que o empresário, que então se encontra em recuperação judicial, cede a propriedade dos seus créditos recebíveis como garantia para obtenção de recursos junto a uma instituição financeira. Os valores dos créditos cedidos fiduciariamente ingressam diretamente em conta vinculada à instituição financeira destinada à garantia do financiamento, não ficando à disposição do empresário.

Assim, a trava ocorre em razão da exclusão promovida pelo §3º do art. 49 da LFER, que acaba por bloquear os créditos de propriedade do banco a título de garantia, deixando-os alheios às medidas do plano de recuperação judicial.

A discussão doutrinária é extensa e se projeta nas divergências jurisprudenciais sobre o tema. Necessário, pois, analisar as principais linhas de entendimento sobre o assunto que encontraram respaldo em decisões nos tribunais brasileiros. Tais linhas consistem em: exclusão da cessão fiduciária de direitos de crédito do regime destinado às garantias fiduciárias; incompatibilidade da trava bancária com os princípios que regem a aplicação da LFER; e manutenção das travas bancárias no processo de recuperação judicial.

4.2.1 Relação da Trava bancária com a recuperação judicial

Em situações de insolvência grave, a empresa pode solicitar ao juízo competente a recuperação judicial com vistas de evitar a falência do negócio. O problema consiste, pois de acordo com a atual redação da Lei nº 11.101, de 2005, as dívidas decorrentes de empréstimo realizados com garantia de recebíveis não podem ser incluídas no plano de recuperação, e isso decorre da concepção de trava bancária.

Assim, dá-se mais força executiva ao banco e menos liquidez para a empresa, o que pode fazer toda a diferença para que a empresa se erga.

Certo é, que a trava bancária traz muitos benefícios para a instituição financeira, pois reduz sensivelmente o risco do financiamento ou empréstimo em questão feito à empresa. Por outro lado, é extensa a perspectiva desvantajosa. Isso ocorre porque os valores referentes aos

títulos cedidos à instituição financeira ficam “travados” para a empresa durante o tempo previsto no contrato.

Isso pode fazer com que a empresa fique engessada, sem capital de giro ou para implementar seus processos e adimplir suas dívidas, já que a administração desses títulos é do banco em razão da autêntica propriedade que possuem destes títulos por força do contrato

4.2.2 Diferença entre alienação fiduciária e propriedade fiduciária com vista ao reconhecimento desta pelos tribunais nacionais

Com o intuito de exemplificar diferentes entendimentos sobre a sujeição ou não dos efeitos da recuperação judicial da propriedade fiduciária, primeiramente cabe mencionar decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 0902665-87.2008.8.08.0000, com relatoria do Desembargador Jorge Góes Coutinho:

AGRAVANTE: BANCO ABC S/A
AGRAVADA: INDÚSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA
EMENTA: PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.
1. A redação do artigo 49, §3º, da Lei n.º 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.
2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis.
3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expresse pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação judicial, o que não é o caso.
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo De Instrumento N.º 030089000142, Sendo Agravante: Banco Abc S/A E Agravada: Indústria De Móveis Movelar Ltda.
Acorda A Egrégia Terceira Câmara Cível, Em Conformidade com a ATA e notas taquigráficas respectivas, à unanimidade, negar provimento ao recurso.
(TJES. 3ª Caciv. AgI nº. 0902665-87.2008.8.08.0000. Rel. Des. Jorge Góes Coutinho. Julgamento em. 24.06.2008. Publicação em 07.07.2008)⁸⁴

A decisão proferida pelo Egrégio Tribunal do Espírito Santo contradiz toda a doutrina, afinal interpreta de maneira restritiva a legislação, fato que ensejaria em imensos prejuízos

⁸⁴TJES. *Agravo de Instrumento nº. 0902665-87.2008.8.08.0000*. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Góes Coutinho. Julgado em: 24.06.2008. Publicado em: 07.07.2008.

aos bancos que concedem créditos as empresas, conforme preconiza Newton de Araújo Lopes Júnior:

Apesar de a legislação ser amplamente favorável às instituições bancárias, afastar a trava bancária seria elevar os *spreads* bancários (diferença que a instituição financeira paga a aquele que lhe empresta e o que ela cobra para emprestar o mesmo dinheiro), fato que acarretaria em aumento de juros e do custo do crédito.⁸⁵

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão semelhante no Agravo de Instrumento de nº. 1.0109.08.012108-9/001, relatório do Des. Maurício Barros, corrobora o entendimento equivocado adotado pelo Tribunal vizinho citado anteriormente:

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos da empresa recuperanda, inclusive aqueles anteriores ao pedido de recuperação judicial, salvo as exceções legais previstas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da Lei nº 11.011/2005. Hipótese em julgamento em que não se provou, de forma conclusiva, que os valores depositados na conta corrente da recuperanda se referem a cessão fiduciária, devendo, em razão disso, se submeter ao plano de recuperação, pois não se enquadram nas exceções legais. (TJMG. 6ª Caciv. AgI nº. 1.0109.08.012108-9/001. Rel. Des. Maurício Barros. Julgamento em 09.06.2009. Publicação em 03.07.2009)

Assim, fica evidente que a tese adotada despreza diversos dispositivos legais, pois desconsidera que o título de crédito tem natureza jurídica de bem móvel e ignora a possibilidade de cessão de crédito fiduciário por bancos, desde que não se sujeitem às consequências previstas na Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas.

Além disso, resta claro que o crédito seria negado a quem mais precisa, empresas que estão em situações delicadas financeiramente, afinal, quem ousaria conceder crédito sem ter garantia de pagamento? Consequência óbvia dessa interpretação errônea seria aumento dos juros/custo do crédito e em alguns casos a negativa da cessão do crédito.

Diante de tal cenário, vale citar decisão acertada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em especial no julgamento do REsp 1.202.918-SP, de relatório do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em que o Recorrente visava afastar a trava bancária para sujeitar os créditos ao procedimento de recuperação judicial:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS

⁸⁵ JÚNIOR, Newton de Araújo Lopes. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA

1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

2. Recurso especial não provido".

(STJ. 3ª Turma. Resp 1.202.918-SP. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 07.03.2013. Publicado em 10.04.2013)⁸⁶

O ilustre ministro relator finaliza seu voto de maneira da seguinte maneira:

[...] Não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

(STJ. 3ª Turma. Resp 1.202.918-SP. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 07.03.2013. Publicado em 10.04.2013)

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto vista, em acertada manifestação mantém a trava bancária e garante que o credor garantido por cessão fiduciária está protegido pela exceção legal prevista na Lei de Falência e Recuperação de Empresas:

O eminente relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da mesma forma que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prestigiou a primeira interpretação da regra do § 3º do art. 49 da LRF, com o que, somados outros argumentos, negou provimento ao recurso especial. Divergiu, porém, a eminente Ministra Nancy Andrigli, alinhando-se, afora outras colocações, à segunda daquelas possíveis interpretações do enunciado normativo em questão. Com a vênua da respeitável divergência, tenho que o crédito garantido por cessão fiduciária não se sujeita à recuperação judicial. É certo que, ao mencionar apenas o "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis", o § 3º do art. 49 da LRF não refere, expressamente, à situação jurídica do credor titular de crédito cedido fiduciariamente em garantia. Efetivamente, de forma expressa, o § 3º do art. 49 da LRF somente alude à alienação fiduciária, cujo objeto é coisa corpórea, móvel ou imóvel, e não à cessão fiduciária, cujo objeto é coisa incorpórea, nos termos do § 3º do art. 66-B da Lei 4.728/65.

No entanto, na essência, os contratos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária representam o mesmo negócio jurídico, não havendo justificativa para o tratamento diferenciado dos credores garantidos por cada uma - operações. Tanto na alienação fiduciária como na cessão fiduciária há a transferência em garantia da titularidade resolúvel de um bem.

A variação de terminologia se deve ao fato de que, na alienação fiduciária, o bem objeto da transferência é corpóreo, ao passo que na cessão o bem é incorpóreo, ainda que materializado em documento ou em título de crédito.

⁸⁶STJ. REsp nº. 1.202.918-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva Julgado em: 07.03.2013. Publicado em: 10.04.2013.

Portanto, se a alienação fiduciária e a cessão fiduciária são, na essência, o mesmo negócio jurídico, distinguindo-se apenas quanto à materialidade do objeto dado em garantia pelo devedor, não há justificativa para o tratamento diferenciado dos credores garantidos pela alienação ou pela cessão.

Neste sentido, é importante destacar que, na falência, não há diferença no tratamento da alienação fiduciária e da cessão fiduciária, pois tanto o credor garantido pela alienação como o garantido pela cessão podem se valer do pedido de restituição.

No caso da alienação fiduciária, a restituição é, como sabido, assegurada pelos arts. 7º do Decreto-lei 911/69 e 85 da LRF, enquanto que, relativamente à cessão fiduciária, a restituição decorre do §3º do art. 66-B da Lei 4.728/65 c/c o art. 20 da Lei 9.514/97.

Em síntese, o enunciado normativo do § 3º do art. 49 da LRF deve ser interpretado de forma a também contemplar o credor garantido por cessão fiduciária, conforme, aliás, decidiu recentemente a Quarta Turma no Recurso Especial n.º 1.263.500/ES, em acórdão ainda não publicado.

Ante o exposto, renovando a vênua à respeitável divergência, acompanho o relator para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

(STJ. 3ª Turma. Resp 1.202.918-SP. Voto Vista Ministro. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 07.03.2013. Publicado em 10.04.2013)⁸⁷

Nesse diapasão, no julgamento do REsp 1.263.500, interposto pelo Banco Bradesco, a Relatora Ministra Maria Isabel Galotti reforma acertadamente decisão do TJES, aduzindo que apesar de concordar que os bancos estão em situação extremamente favorável em relação aos tomadores de crédito, mantém as travas bancárias e, por conseguinte, a proteção prevista no § 3º do art. 49 da LRF:

[...] Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil. Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária. Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial. É como voto.

(STJ. 3ª Turma. Resp 1.263.500-ES. Voto Ministra Relatora. Maria Isabel Galotti. Julgamento em 27.11.2012) (g.n.)⁸⁸

⁸⁷STJ. REsp nº. 1.202.918-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas BôasCueva Julgado em: 07.03.2013. Publicado em: 10.04.2013.

⁸⁸STJ. REsp nº. 1.263.500-ES. 4ª Turma. Relatora. Min. Maria Isabel Galotti Julgado em: 18.12.2012. Publicado em: 10.04.2013.

Resta evidente que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, como guardião das leis federais, adota entendimento correto e soluciona essa divergência no que tange a sujeição ou não das garantias dadas em cessão fiduciária na regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Ou seja, em regra, os créditos devem ser excluídos do efeito da recuperação judicial, sob risco de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

4.3 DIVERGÊNCIAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça vem sendo pela exclusão dos créditos cedidos fiduciariamente (titularidade fiduciária) da recuperação judicial, mantendo a chamada “trava bancária”.

Menciona-se, aqui, por serem bem recentes, dois julgados. O primeiro deles a decisão monocrática da lavra do Ministro Moura Ribeiro, no AREsp 1058506 RJ, publicado em 17.05.2017, que negou provimento a Recurso Especial de Sociedade Empresária sujeita à recuperação judicial, manifestando-se pela exclusão dos referidos títulos de créditos do procedimento concursal. Destaca-se no referido julgado a menção de ser esse o entendimento dominante na corte superior.

Outrossim, em igualmente hodierno julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.664.911- RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, publicado em 09.05 de 2017, encontra-se a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO ORIUNDO DE CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDAS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.⁸⁹

Mencionam-se, no mesmo sentido, os precedentes: REsp 1.559.457/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 3/3/2016– AgRg no REsp nº 1.181.533/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10/12/2013 – Resp. nº 1.453.179-Relator Min. Luis Felipe Salomão - REsp n. 1.263.500/ES, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 12/4/2013 - AgRg no REsp n.

⁸⁹STJ. REsp n. 1.664.911 / RS. Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze. Terceira Turma. Publicado em 09/05/2017.

1.181.533/MT, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 10/12/2013, entre outros.

Contudo, a questão não é tão pacificada como parece. No próprio Superior Tribunal de Justiça há entendimento divergente, pela inclusão de tais títulos na Recuperação Judicial, pela interpretação restritiva do art.49, §3º da Lei de Falências, como já oportunamente exarado pela Ministra Nancy Andrighi, no REsp. 1.202.918-SP, que, embora se trate de voto vencido naquela oportunidade, há que ser considerado:

Aliás, uma análise detida do conteúdo do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 permite inferir que o próprio legislador não pretendeu excluir a cessão fiduciária de direitos creditórios da recuperação judicial. Com efeito, de acordo com o referido dispositivo legal, “tratando-se de credor titular da posição de **proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis** (...), seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.”⁹⁰(SEM GRIDOS NO ORIGINAL)

Não obstante o posicionamento STJ (de certa forma, e atualmente, dominante), alguns Tribunais de Justiça Estaduais já se manifestando em sentido contrário, isto é, incluindo os títulos cedidos fiduciariamente na Recuperação Judicial para fins de liberação da trava bancária.

Cita-se, a título de exemplo, dois julgados da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, órgão cujas decisões são referências para os operadores do Direito nacionais (Agravos de Instrumento 2077712-76.2016.8.26.0000 e 2081702- 75.2016.8.26.0000), de relatoria do desembargador Carlos Alberto Garbi, que garantiram às sociedades empresárias recuperandas a liberação de seus recebíveis garantidos por cessão fiduciária à instituições financeiras.

Em outras oportunidades igualmente já se manifestaram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Agravado de Instrumento 09015742020128080000), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (00087335920158080024. Contudo, emblemático foi o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em março deste ano (2017), que reconheceu, via controle difuso, a inconstitucionalidade do art.49, §3º da Lei 11.101/2005, por violação aos princípios da ordem econômica, e por contradição com a previsão do §4º do mesmo dispositivo legal, submetendo, assim, os créditos garantidos fiduciariamente à recuperação judicial, *in verbis*:

⁹⁰STJ. REsp.nº 1.202.918/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 07.03.2013.

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI N.º 11.101/05 PELO MAGISTRADO SINGULAR – VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEMONSTRADA – INCONSTITUCIONALIDADE MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – No que diz respeito à alegada inconstitucionalidade do §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, fere os princípios constitucionais a exceção à regra da não submissão dos créditos referentes às operações relacionadas aos contratos de alienação e cessão fiduciária ao procedimento da recuperação judicial.

II – Existe evidente contradição entre os parágrafos 3º e 4º da Lei de Recuperação com a Constituição Federal, razão pela qual deve ser declarada a inconstitucionalidade desses artigos de lei por via de exceção.

III – A não submissão dos créditos bancários à recuperação judicial inviabiliza totalmente a possibilidade de recuperar a saúde financeira da recuperanda, uma vez que a grande maioria dos credores são as instituições bancárias, bem como seus créditos são os de maior valor.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

IV – A exclusão dos créditos bancários além de afrontar o art. 170 da CRFB e os princípios da isonomia, da preservação da empresa, também viola o princípio da dignidade da pessoa humana, ao não permitir a conservação dos empregos e salários, previsto no artigo 3º, Inc. III, da Carta Magna.

V – A cédula de crédito bancário garantida por alienação/cessão fiduciária que não tenha sido registrada perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos, afronta o que determina o artigo 1.361, parágrafo 1º, do Código Civil, requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, devendo ser submetida ao regime da recuperação.⁹¹

Da divergência entre alguns Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça e, mesmo na corte superior, entre alguns de seus ministros, encontra-se outra polêmica aqui lançada, que, por sua vez, encontra-se longe de ser resolvida.

Tendo em vista as diversas decisões dos tribunais pátrios e o pensamento doutrinário de renomados juristas mencionados anteriormente, resta evidente que a trava bancária deve ser mantida e que não cabe aos juízes, ministros e desembargadores adotarem a corrente que incluem os créditos oriundos da cessão fiduciária aos efeitos da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Julgado recente do STJ reafirma o entendimento sobre a permanência da trava bancária:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO

⁹¹Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. AI nº 1411836-19.2016.8.12.0000. Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski. Quarta Câmara Cível. Julgado em 08.03.2017.

DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL, NA DICÇÃO DO § 3º, IN FINE, DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO "BEM DE CAPITAL". NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 3. A partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e fungível, por excelência –, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa. 4. Por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, a partir da contratação, cede "seus recebíveis" à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante). Nesse contexto, como se constata, o crédito, cedido fiduciariamente, nem sequer se encontra na posse da recuperanda, afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária). 5. A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do stayperiod, 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. 6. Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, "bem de capital", ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta 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 stayperiod. 6.1 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. 7. Recurso especial provido.⁹²

O entendimento que vem sendo adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça é o mais acertado, afinal o credor das categorias mencionadas no art. 49, §3º da Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas recebeu um tratamento diferenciado aos demais pelo legislador, tendo em vista a importância das instituições bancárias/custo do crédito nas relações empresariais.

4.3.1 Estatísticas relacionadas à Trava Bancária

⁹² STJ. RespNº 1.758.746 - GO (2018/0140869-2). Relator Min. Marco Aurélio Belieze Terceira Turma. Publicado em 01/10/2018.

Os dados a seguir são de uma pesquisa realizada nos anos de 2012 e 2013 sob a orientação da professora Cláudia Ribeiro Pereira Nunes com vista a mensurar a porcentagem em que alguns Tribunais, cumpriam efetivamente a trava bancária, na medida em que seu descumprimento acarreta a flexibilização.

De análise quantitativa dos acórdãos em referência, acima citados, podemos extrair a existência de uma tendência jurisprudencial de relativização do uso das “travas bancárias” em prol da preservação da sociedade empresária em fase de recuperação judicial, como forma de proteção à sua função social. De 39 julgados encontrados entre os anos de 2012 e 2013, os juízes evitam cumprir literalmente o art. 49, §§ 3º, 4º e 5º, da LRF em 9 (nove) julgados. As decisões permitem às instituições financeiras levantarem apenas percentuais médios entre 30 e 40% dos valores de suas garantias se forem recebíveis.

O Tribunal de Justiça de São Paulo é o que apresenta posicionamento mais uniforme, praticamente unânime no sentido de que a “trava bancária” não está sujeita aos efeitos da recuperação judicial – em termos quantitativos apurou-se 75%.

Consequentemente comprova-se que este é o Tribunal de Justiça que profere mais julgamentos favoráveis à trava bancária. Acredita-se que os julgadores, por conviverem em um mercado mais industrial e competitivo, sensibilizam o posicionamento. E que, nos termos dos julgados analisados, decisões contrárias tenderiam a gerar, ao longo do tempo, juros menos favoráveis nas operações previstas no artigo 49, parágrafo 3º da LRF.

Posicionamento dos Tribunais de Pernambuco e de Mato Grosso do Sul são semelhantes e defendem a efetividade no percentual de: 37% e 38%, respectivamente. O percentual dos casos relacionados ao indeferimento por outros motivos é de 41% no primeiro Tribunal e 38% para o segundo Tribunal. A flexibilização é aceita nos seguintes percentuais: (i) 22% para o TJPE; e (ii) 24% para o TJMS. Percebe-se uma dicotomia nestes Tribunais quanto ao pensamento dos julgadores, por força de haver 5 votos vencidos (sendo 3 do TJMS e 2 do TJPE), o que retrata o seguinte pensamento: (i) por um lado, é importante zelar pelo bom uso do princípio da preservação da empresa economicamente viável; (ii) por outro lado, tal princípio não pode ser usado como justificativa para desrespeito à lei ou às condições contratuais pactuadas.

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem entendimento dividido. Em termos quantitativos chega-se aos seguintes percentuais de julgados encontrados: (i) naqueles em que há efetividade, o percentual é de 36%; (ii) nos julgados que flexibilizam os valores das garantias ou as substituem, o percentual é de 31%; e (iii) quando há indeferimento motivado por aspectos formais como a falta do registro obrigatório nos contratos de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil, percentual de 33%.

E no Tribunal do Rio de Janeiro, os julgados que demonstram posição contrária à “trava bancária” em 2012 são de 41% e em 2013 são de 38%.

Urge salientar que 10 de 39 das decisões encontradas tratam da liberação da “trava bancária”.

Na Nordeste, mapeando os anos de 2012 e 2013, não há precedentes nos demais Tribunais de Justiça dos Estados da Região. E na Região Norte, dentro dos anos investigados, nenhum julgado foi encontrado.⁹³

⁹³NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **“Trava Bancária” em Recuperação Judicial - Efetividade ou Flexibilização da Garantia das Instituições Financeiras na Contemporaneidade?** Minas Gerais, 2013.

Portanto, da leitura da presente pesquisa é clara a falta de uniformidade das decisões prolatadas pelos TJ's e STJ, na medida em que analisaram casos concretos relativos à matéria. O entendimento oscilante fomenta a imprevisibilidade na atividade empresarial, por isso é pertinente verificar o aspecto econômico derivante dessas decisões.

4.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A TRAVA BANCÁRIA

A análise econômica do direito, que é uma escola que tem como objetivos a implementação dos postulados econômicos na aplicação e interpretação das normas jurídicas, para que se tenha uma maior eficiência nas relações.

Segundo David Friedman a análise econômica do direito pode servir bastante, de modo que formulou nesse sentido as seguintes proposições:

a) a análise econômica do direito pode identificar os efeitos de uma norma jurídica ou decisão; b) ela permite que uma norma encontre seu lugar no ordenamento jurídico, em prol de uma alocação mais eficiente; e c) ela identifica quais normas são melhores para a economia e que devem ser acolhidas.⁹⁴

Além disso, há que se destacar como a segurança jurídica é importante para as relações nas quais os títulos de crédito estão presentes oferecendo mais proteção para o mercado, o que inclusive estimula as relações comerciais. A segurança que os títulos de crédito geram no mercado é essencial para dar agilidade e dinamismo aos negócios, havendo um papel fundamental da formalidade. A necessidade de certeza no direito e segurança na sua realização fazem com que sejam criados institutos que satisfaçam essas exigências

É indiscutível, porém, que os riscos que correm as instituições financeiras no recebimento dos valores financiados possuem influência direta nas próprias condições oferecidas aos empreendedores. Isto é, quanto mais alto o risco, maior os juros e encargos. Daí a importante função econômica e social das garantias, sobretudo, dos negócios fiduciários.

Nesse sentido, os posicionamentos divergentes nos tribunais nacionais têm gerado grande insegurança jurídica, tanto para os empresários como para as instituições financeiras, o

⁹⁴FRIEDMAN, David D. *L'ordine del diritto: Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004

que, em última análise acaba por trazer prejuízos econômicos e sociais. É necessário, portanto, que se dê solução urgente à controvérsia, seja pela edição de súmula ou pela utilização do mecanismo dos precedentes (previsto no Novo Código de Processo Civil), o que cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por seu *múnus* de guardião da lei infraconstitucional.

Afinal, a imprevisibilidade e a insegurança jurídica talvez sejam fatores que assustem mais os sujeitos da atividade econômica do que o próprio custo da atividade ou mesmo o prejuízo.

Não obstante, considerável é a discussão sobre o tema nos tribunais brasileiros, o que em si transpassa uma finalidade mais econômica do que da exegese em si da norma jurídica e dos institutos em questão, que não parece trazer tamanha complexidade para sua interpretação.

Verifica-se até certo ativismo em certas decisões proferidas admitindo-se que a liberação da “trava bancária” por vezes possa se mostrar decisão mais justa para o caso concreto, contudo a trava bancária não deve ser afastada devido aos riscos econômicos que impactarão no crédito, de maneira negativa, disponível para as empresas no mercado.

Posto isso em análise em conjunto com a norma vigente, a corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência a se consolidar no ordenamento pátrio, além de garantir segurança jurídica às obrigações ao coibir fraudes e abusos, permite que os contratos sejam cumpridos e, no caso de inadimplemento, que as garantias satisfaçam as obrigações como pactuado.

4.5 IMPACTO NO CRÉDITO E NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS

Sabe-se que em um cenário econômico tais decisões podem trazer consequências indesejadas, tal como empecilhos ao exercício da empresa e do empreendedorismo, por meio do *spread* bancário, aumento na taxa de juros e dificuldades de financiamento.

A ideia de afastar a trava bancária, ao invés de auxiliar o agente que demanda o crédito, em termos práticos, acarretaria em prejuízo para toda a coletividade. Afinal, aumentaria o risco de inadimplência e retiraria importante garantia do adimplemento da obrigação do credor fiduciário, afinal, ao realizar a operação, o credor se torna titular do direito, sem necessidade de quaisquer ações autônomas para satisfazer sua garantia.

É evidente que a lei falimentar possui uma racionalidade econômica, pois esta tem o objetivo de criar condições para que situações de insolvência tenham soluções previsíveis, céleres e transparentes de modo que os ativos, tangíveis e intangíveis sejam preservados e continuem cumprindo sua função social, gerando produto, emprego e renda, pois um instituto falimentar bem estruturado serve para minimizar os impactos de insolvências individuais sobre a economia como um todo, além de minimizar os riscos que os agentes possuem ao negociar com seus pares.

Sobre a necessidade de garantia que se deve derivar das decisões judiciais, Givago Dias Mendes define da seguinte maneira:

É importante “garantir as garantias”, ou seja, criar instrumentos jurídicos para que sejam eficazmente aplicadas. É inegável que a lei não é o único fator que influencia a economia. Ao contrário, as normas jurídicas também são influenciada por fatores (e pelos atores) econômicos. O desvirtuamento de um instrumento jurídico-econômico tal como o negócio fiduciário por decisões judiciais gerará tão somente sua ineficácia e, possivelmente, a substituição por outra solução mais eficiente aos detentores do capital.⁹⁵

Ademais, pior do que os tribunais adotarem um ou outro posicionamento é não adotar qualquer posicionamento, ou ora um ora outro. A insegurança jurídica pode ser muito mais danosa à economia e ao setor empresarial do que qualquer prejuízo certo e previsível. Sobretudo na avaliação e ponderação dos riscos do financiamento das atividades, por parte das instituições financeiras.

4.6 DO PLENO E VÁLIDO CUMPRIMENTO DA “TRAVA BANCÁRIA”

Certo é que do ponto de vista legal, com fulcro no princípio da segurança jurídica, manter a trava bancária em seu intacto estado pactuado entre o empresário e a instituição detentora do crédito não representará afronta ao negócio jurídico. O que não se pode é negar a condição pactuada entre as partes com vista a preservação da empresa e de maneira individual adotar posicionamentos que favoreçam esta ou aquela empresa que se veja em Recuperação Judicial.

Os riscos oriundos da remoção da trava são muito mais extensos e significativos do que o benefício que possa trazer à aquela ou esta empresa, pois deriva-se da insegurança

⁹⁵ MENDES, Givago Dias. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

jurídica para os negócios futuros, o que trará prejuízos na conquista de créditos até para as empresas e instituições que não se encontrem em recuperação judicial, pois, adquirindo/contratando crédito a taxa e juros maiores, aumenta o risco de insucesso negocial com possível abertura de outra Recuperação Judicial.

Essas decisões, esparsas e individualizadas dos tribunais brasileiros, representam, do mesmo modo, agressão ao poder legislativo, pois de que adiantou a previsão legal contida no Artigo 49, §3º da LRF, que exclui os créditos cedidos fiduciariamente da RJ, se na atividade judiciária de dizer e interpretar o direito ao caso concreto, decisões além do previsto na norma são proferidas.

Desse modo, importante destacar a importância do duplo grau de jurisdição, haja vista as decisões mais instáveis têm surgido das primeiras e segundas instancias, pois, como visto o STJ tem adotado posicionamento pouco oscilante com vista a manter a trava bancária, excluindo o crédito cedido fiduciariamente da Recuperação Judicial e trazendo Segurança jurídica às contratações e compromissos creditórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que o sistema de insolvência no Brasil deve visar a preservação da unidade produtiva viável, com o equilíbrio dos interesses do devedor e de seus credores, num contexto de eficiência econômica e autonomia privada. Nesse sistema, fundamental a preservação de garantias creditícias, sob pena de trazer reflexos negativos em todo o mercado, como com o aumento de taxas bancárias.

Apesar do intuito precípua do meio mercadológico ser o de lucro, acompanhado pelo dinamismo social e jurídico, não se deve entender esta busca como desligada de qualquer limitação ou entrave; estes são necessários para que haja o mínimo de segurança para atuação, permitindo assim que se amplie a própria atuação econômica.

Neste contexto, e como um dos instrumentos de garantia do crédito financiado, se apresentam nos mais variados diplomas legais, os negócios fiduciários e suas espécies, como a propriedade fiduciária e a titularidade fiduciária, este último no qual abrange a cessão fiduciária de títulos de crédito. Os negócios fiduciários, inclusive a cessão fiduciária em tela explanada caracteriza-se pela efetiva transmissão da propriedade ao credor (mediante condição resolutiva), a fim de garantir o cumprimento de determinada obrigação.

Os títulos de crédito historicamente representam uma ferramenta valiosa para o aperfeiçoamento edesenvolvimento das relações jurídicas mercantis e do Direito Comercial como um todo, enquanto mobilizava com agilidade e segurança a transmissão de riquezas.

A denominada Teoria Clássica dos Títulos de Crédito trazia como enfoque a cartularidade, literalidade e autonomia como bases imprescindíveis para a existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos de natureza cambiária. No entanto, o mundo vem passando por profundas transformações, dentre elas o avanço destemido da tecnologia, que impacta diretamente nas relações sociais e jurídicas e reflete nos Títulos de Crédito.

Assim, os usos e costumes que sempre desempenharam uma relevante função do Direito Comercial fez com que a praxis mercantil se aliasse ao desenvolvimento da tecnologia e com isso foram desmaterializados os títulos de crédito.

Desta maneira, os títulos de crédito na contemporaneidade têm uma função mais robusta de apenas circulação de crédito. Hodiernamente, ainda retratam a figura do crédito, mas são também um mecanismo de políticas de financiamento e por isso devem estabelecer

métodos eficientes e eficazes economicamente para garantirem o trâmite dessas relações e o direito do credor.

Com isso resta evidenciado que não há justificativa para a recorrência a todo custo pela representação física da cártula. A imaterialização dos títulos cambiários jamais teve o condão de descaracterizá-lo como título cambiário com executividade. Resta asseverar que diante de todo o arcabouço jurídico apresentado impõem-se uma reflexão sobre a necessidade de se readequar os tradicionais princípios do direito cambiário para que fiquem mais harmônicos e coesos com o novo padrão comercial de títulos de crédito, realidade concretizada na ótica na Teoria Contemporânea.

Conclui-se que atualmente há um questionamento no que tange os limites do princípio da cartularidade no tocante aos títulos de crédito eletrônicos, questionamento proveniente dos avanços tecnológicos. As práticas comerciais, especialmente as de grande vulto, tendem para a aceitação dos títulos de crédito virtuais, seja pela rapidez de transação, seja pela redução de custos que estas possibilitam às relações econômicas e comerciais.

No entanto, a discussão sobre a possibilidade de existirem títulos de crédito eletrônicos não está completamente superada. Há divergências internas tanto no que tange a jurisprudência, quanto no que concerne a doutrina.

No que importa o conceito de título de crédito formulado por Vivante, imperioso que se proceda uma releitura do mesmo, adaptando-o as novas relações econômicas sociais e jurídicas desencadeadas, especialmente, pelos adventos da informática e internet.

Assim, conclui-se pela relevância das matérias atinentes aos títulos de crédito tendo em vista que, se por um lado, são absolutamente fundamentais para a circulação de riqueza também na sociedade moderna, por outro lado, encontram desafios no que diz respeito à adaptação às necessidades de celeridade e segurança bem como no entendimento sobre diversos institutos a eles intrínsecos.

E a defesa quanto ao abandono do papel decorre de causas não jurídicas, de problemas de ordem prática. Por exemplo, com a massificação das operações bancárias, se o banco tiver que transformar tudo em papel fica inviável o armazenamento, conservação e posterior localização.

Os títulos eletrônicos geram um custo muito menor, circulam de forma mais rápida, e permitem muito mais mobilidade e rapidez nas transações. A princípio, pode haver uma

resistência quanto às mudanças no Direito, de modo que isso passe uma sensação de insegurança, mas o Direito deve sempre se adaptar para dar maior dinamismo e rapidez nas operações comerciais, sob pena de se tornar um entrave econômico.

Ademais, possuem os títulos de crédito natureza de bem móvel, conforme art.83 do Código Civil, cuja propriedade se transfere mediante tradição, o que, em se tratando de títulos de crédito, tão somente confirma sua cartularidade.

Desta forma, considerando a técnica dos negócios fiduciários e sua própria natureza, seria até dispensável sua exclusão no art.49, §3º da lei de Falência e Recuperação de Empresas como do rol dos créditos concursais. Isso porque se trata não mais de propriedade da sociedade empresária em recuperação, mas de propriedade cuja titular é a instituição financeira (banco).

Posto isso, denotar a técnica relativa a temática assevera o temor do setor empresarial em pugnar pelo crédito, e promove nas instituições bancárias a grosso modo, a obrigação de ponderar riscos maiores em lograr êxito em receber o valor emprestado. O que fomenta a insegurança jurídica neste íterim é porque não se trata de propriedade da sociedade empresária em recuperação, mas de propriedade cuja titular é a instituição financeira que emprestou o valor. Incluí-lo nos créditos da recuperação representa violação ao direito de propriedade do credor.

Não obstante, considerável é a discussão sobre o tema nos tribunais brasileiros, o que em si transpassa uma finalidade mais econômica do que da exegese em si da norma jurídica e dos institutos em questão, que não parece trazer tamanha complexidade para sua interpretação.

Admite-se que a liberação da “trava bancária” pode, por vezes ser vista como decisão mais justa para o caso concreto, pois os recebíveis importariam no aumento da receita da empresa, mas não se deve entender dessa maneira. A ajuda para um pode significar insegurança para muitos. Sabe-se que em um cenário econômico tais feitos podem trazer consequências indesejadas, tal como empecilhos ao exercício da empresa e do empreendedorismo, por meio do *spread* bancário, aumento na taxa de juros e dificuldades de obtenção de financiamento.

Todavia, pior do que os tribunais adotarem um ou outro posicionamento é não adotar nenhum ou qualquer posicionamento, ou ora um ora outro. A insegurança jurídica pode ser muito mais danosa à economia e ao setor empresarial do que qualquer prejuízo certo e

previsível. Sobretudo na avaliação e ponderação dos riscos do financiamento das atividades, por parte das instituições financeiras.

Tendo em vista as diversas decisões dos tribunais pátrios e o pensamento doutrinário de renomados juristas mencionados anteriormente, resta evidente que a trava bancária deve ser mantida e que não cabe aos juízes, ministros e desembargadores adotarem a corrente que incluem os créditos oriundos da cessão fiduciária aos efeitos da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

E o entendimento que vem sendo adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça é o mais acertado, afinal o credor das categorias mencionadas no art. 49, §3º da Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas recebeu um tratamento diferenciado aos demais pelo legislador, tendo em vista a importância das instituições bancárias/custo do crédito nas relações empresariais.

Convém ressaltar, inclusive, que a inadimplência e o risco de perda da titularidade dos direitos nas cessões de crédito, pelo dinamismo do capitalismo, certamente seria repassado aos agentes do mercado, com a negativa de crédito e na maioria das situações com elevado acréscimo dos custos, fato que acarretaria em prejuízo líquido e certo à sociedade como um todo.

Fica evidente que apesar de a legislação tender para o lado do credor fiduciário, não cabe aos julgadores nenhum tipo de interpretação diferente da que vem sendo adotada pelo STJ, afinal é ele o guardião da legislação infraconstitucional. Além disso, os juízes não possuem função típica de legislar, devem sim aplicar as leis sempre que necessário.

É importante garantir, ou seja, criar instrumentos jurídicos para que sejam eficazmente aplicadas. Portanto, além das oscilações de entendimentos por parte dos tribunais, a Trava bancária deve ser preconizada e mantida, sob pena de afronta a segurança jurídica, aos direitos de propriedade e também ao princípio da boa-fé objetiva. Haja vista o instituto em comento não representa uma surpresa ao empresário em meio a uma Recuperação Judicial, pois tal condição restritiva se tinha por sabida desde o momento da contratação de crédito, e que não deve ser atropelada pelo juízo competente.

Por fim, manter a trava bancária tal conforme estabelecido entre as partes sem a interferência da jurisdição é a medida inerente e justa, conclusão plausível do trabalho em tela em razão dos riscos e consequências que sua quebra acarretariam às sociedades empresárias de modo geral e amplo.

Destarte a quebra da trava bancária resulta em benefício para apenas um empresário que a postula em juízo, enquanto seus prejuízos asseveram toda a comunidade empresarial do nacional pelo incerto adimplemento conferido no caso de quebra. Ponderando-se os benefícios e os prejuízos na imensa balança do cenário econômico pátrio, representa a quebra, violação do direito real de propriedade, decréscimo do texto legal em inserir no rol dos créditos concursais crédito que a lei própria não conferiu abrangência além de agravar a boa-fé nas relações creditícias.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Curso de direito empresarial: teoria da empresa e direito societário**. Brasília: Editora Kiron, 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada. 4. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BORBA, Gustavo Tavares. **A Desmaterialização dos títulos de crédito Revista Forense**. Rio de Janeiro : Forense, ano 96, v.352, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Dispõe sobre a lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial**.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Poder Legislativo, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 21 nov. 2019

BRUSCATO, Wilges Arian. **Os Princípios Do Código Civil e o Direito De Empresa**. Disponível em: <https://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/v3n2/v3n2a3.pdf> > Acesso em: 22 out. 2019.

BRUSCATO, Wilges. **Empresarial - Direito Empresarial (Texto 1)**. Disponível em: <<https://www.wilges.com.br/single-post/2018/03/13/EMPRESARIAL---DIREITO-EMPRESARIAL-TEXT0-1>> Acesso em: 24 out. 2019.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 16.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente.** Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, São Paulo, v. 34, p. 21-34, ago/set. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A trava bancária.** Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009. p.63

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 186.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Parecer: Prof. Fábio Ulhoa Coelho.** Disponível em: <<https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-fabio-ulhoa-coelho.html>> Acesso em: 21 nov. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Volume 3:** direito de empresa – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo: RT, ano XXII (nova série), n. 50, p. 57-74, abr/jun.1983, p. 57

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência.** São Paulo: QuartierLatin, 2014. p.45.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** Direito das coisas. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUTRA, Silvio. **Aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos empresariais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58650/aplicacao-do-principio-da-boafefe-objetiva-nos-contratos-empresariais>> Acesso em: 25 out.2019.

Embargos de Declaração Nº 70069846392, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clademir José CeolinMissaggia, Julgado em 23/08/2016.

ENUNCIADO nº 53 do CJE, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em:<
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>> Acesso em 05 jun. 2019.

ENUNCIADO nº 54 do CJE, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em:<
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/756>> Acesso em 05 jun. 2019.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 188.

FERNANDES, Jean Carlos. **O credor titular da posição de proprietário fiduciário na recuperação judicial da empresa**: uma análise da cessão fiduciária de títulos de crédito. Revista Trimestral de Direito Civil , v. 45, p. 47-62, 2011.

FERNANDES, Jean Carlos. **Aspectos evolutivos dos títulos de crédito no direito brasileiro**. RIDB. 2013. Disponível em:<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_16747_16788.pdf>. Acesso em 06 set. 19.

FERNANDES, Jean Carlos. Aspectos Evolutivos dos Títulos de Crédito no Direito Brasileiro. In: **RIDB** – Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2013. Ano 2, n. 14.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

FERNANDES, Jean Carlos. **Teoria contemporânea dos títulos de crédito**: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte:Arraes, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise** / Vera Helena de Mello Franco, Rachel Sztajn. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto: Perché l'analisi economica può servire al diritto**. Bolonha: Il Mulino, 2004

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª edição. Forense: São Paulo, 2012

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Crédito e Contratos Mercantis**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONTIJO, Vinícius José Marques. **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.

HARADA, Kyoshi. **Desapropriação**: doutrina e prática. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JÚNIOR, Newton de Araújo Lopes. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

LOBO, Jorge. **Cessão fiduciária de recebíveis na recuperação**. Março de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103206,51045Cessao+fiduciaria+de+recebiv eis+na+recuperacao>> Acesso em: 04 set. 2019.

LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

MACHADO, Daniel Carneiro. **O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 128, p. 31-33, 15mai2002. p. 31.

MAIA, Danilo Cordeiro. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018

MARQUES, Marcus. **Quais São os Tipos de Crise Empresarial**. Disponível em: <<http://marcusmarques.com.br/empresas/quais-sao-os-tipos-de-crise-empresarial/>> Acesso em: 02 set. 2019.

MENDES, Givago Dias. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa**. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009. p.41-42.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências** : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 / Ricardo Negrão. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa. 4. ed.** São Paulo:Saraiva, 2009, v. 3, p. 143161.

NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **“Trava Bancária” em Recuperação Judicial - Efetividade ou Flexibilização da Garantia das Instituições Financeiras na Contemporaneidade?** Minas Gerais, 2013.

OLIVEIRA, Lília Gomes. **Títulos de Crédito na Contemporaneidade.** Joinville: Clube de Autores, 2018.

RAMALHO, José Everaldo. **Representação Brasileira No Parlamento Do Mercosul.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/oqueeomercosul.html/mercosulpolitico>> Acesso em: 25 out. 2019.

RAÓ, Vicente. **Ato Jurídico**, Editora RT, 4a. ed. 1997, pág.210.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** Vol. 2. 25a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REsp 1024691/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 12/04/2011.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas.** Barueri: Manole, 2008, p. 47.

RODRIGUES, Luiz Antônio Barroso. **Direito empresarial** 2. ed. reimp. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Recuperação Judicial e trava bancária.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 59: 2013. p.15

SANDES. Leonardo de Almeida Sandes. **A trava bancária.** Estado de Minas. Caderno de Opinião. 2011.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva (Org.) **Títulos de Crédito na Contemporaneidade** (Org.). Joinville: Clube de Autores, 2018.

STJ. REsp n. 1.664.911 / RS. Rel. Min. Marco AurelioBellizze. Terceira Turma. Publicado em 09/05/2017.

STJ. REsp nº. 1.202.918-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva Julgado em: 07.03.2013. Publicado em: 10.04.2013.

STJ. REsp nº. 1.263.500-ES. 4ª Turma. Relatora. Min. Maria Isabel Galotti Julgado em: 18.12.2012. Publicado em: 10.04.2013.

STJ. REsp,nº 1.202.918/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 07.03.2013.

STJ. RespNº 1.758.746 - GO (2018/0140869-2). Relator Min. Marco Aurélio Beliezzze Terceira Turma. Publicado em 01/10/2018.

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. São Paulo: 2010. p.105

TJES. *Agravo de Instrumento nº. 0902665-87.2008.8.08.0000*. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Góes Coutinho. Julgado em: 24.06.2008. Publicado em: 07.07.2008.

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

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. AI nº 1411836-19.2016.8.12.0000. Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski. Quarta Câmara Cível. Julgado em 08.03.2017.

VIVANTE, Cesare. **Tratatto di diritto commerciale**. 3. ed. Milão: Vallardi, 1904.