

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA (ASCES-UNITA)

BACHARELADO EM DIREITO

FLÁVIO AQUINO FAUSTINO

**AS “ TRAVAS BANCÁRIAS” COMO PRINCIPAIS EMPECILHOS À
EFETIVA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR EMPRESÁRIO
NA LEI 11.101/05**

CARUARU

2017

FLÁVIO AQUINO FAUSTINO

**AS “ TRAVAS BANCÁRIAS” COMO PRINCIPAIS EMPECILHOS À
EFETIVA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR EMPRESÁRIO
NA LEI 11.101/05.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Jan Grunberg Lindoso.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__

Presidente: Prof. Msc. Jan Grunberg Lindoso

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 PILARES PRINCIPIOLÓGICOS DA LEI DE RECUPERAÇÕES E FALÊNCIAS.08	
1.1 Princípio da preservação da empresa	08
1.2 Princípio das sociedades e empresários recuperáveis	09
1.3 Princípio da separação do conceito de empresa e empresário	10
1.4 Princípio da proteção aos trabalhadores	10
1.5 Princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais	11
1.6 Princípio da redução do custo do crédito no Brasil	11
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	14
2.1 Espécies	15
2.1.1 Contrato de alienação fiduciária de bens imóveis em garantia	15
2.1.2 Contrato de alienação fiduciária de bens móveis infungíveis em garantia	16
2.1.3 Cessão fiduciária de bens móveis fungíveis e direitos creditórios em garantia	17
3 CONTRATO DE <i>LEASING</i> OU ARRENDAMENTO MERCANTIL	19
3.1 Espécies	19
3.1.1 <i>Leasing</i> financeiro	19
3.1.2 <i>Leasing</i> operacional	20
3.1.3 <i>Leasing</i> de retorno ou <i>Lease-back</i>	20
3.1.4 <i>Leasing</i> imobiliário	20
4 AS TRAVAS BANCÁRIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA	21
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	29

RESUMO

A recuperação judicial tem-se mostrado um instituto com dificuldades em atingir seus objetivos sociais e jurídicos. Com grandes problemas estruturais, o referido instituto não entrega à classe empresarial brasileira efetivos meios capazes de reverter o desequilíbrio econômico financeiro da empresa em crise. E diante essa resistência que a empresa requerente do plano de recuperação judicial enfrenta para resgatar sua saúde financeira, que o presente trabalho, por intermédio de uma análise sistêmica, utilizando o emprego de uma metodologia quantitativa e qualitativa, visa esclarecer os principais óbices a uma efetiva recuperação judicial no sistema brasileiro atual, observando, para tanto, toda base principiológica do instituto, e sua aplicabilidade no cotidiano forense. É importante ressaltar, que será apontado como um dos principais fatores à ineficácia da recuperação judicial brasileira, o tratamento diferenciado dado pela Lei 11.101/05 às instituições financeiras detentoras da propriedade fiduciária e/ou proprietárias de bem objeto de arrendamento mercantil, que apropriadamente veem sendo denominados como “travas bancárias” pela doutrina majoritária. Traz-se ainda, no presente estudo, as implicações negativas que o tratamento diferenciado dado às “travas bancárias” provocam à Lei de Recuperações e Falências, aos credores não alcançados pelos mencionados bens e à sociedade, que sofre com a forte influência das instituições financeiras em relação ao Poder Legislativo, que acaba legislando em favor dessas instituições, mesmo que essa legislação desfavoreça demasiadamente a própria sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.101/05 – recuperação judicial – travas bancárias – ineficácia.

ABSTRACT

Judicial recovery has proved to be an institution with difficulties in achieving its social and legal objectives. With major structural problems, this institute does not deliver to the Brazilian business class effective means capable of reversing the economic and financial imbalance of the company in crisis. And in the face of this resistance that the company requesting the judicial recovery plan faces to recover its financial health, that the present work, through a systemic analysis, using a quantitative and qualitative methodology, aims to clarify the main obstacles to an effective judicial system in the current Brazilian system, observing, therefore, all the principiological basis of the institute, and its applicability in daily forensics. It is important to highlight that the differentiated treatment given by Law 11,101 / 05 to financial institutions holding the fiduciary property and / or owners of well-leased property, which they appropriately see as being one of the main factors in the ineffectiveness of the Brazilian judicial recovery, denominated as "bank locks" by majority doctrine. In the present study, the negative implications that the differential treatment given to "bank locks" provoke to the Law of Recoveries and Bankruptcies, to creditors not reached by the aforementioned assets and to society, which suffers with the strong influence of financial institutions in relation to the Legislative Power, which ends up legislating in favor of these institutions, even if this legislation greatly undermines society itself.

KEY WORDS: Law 11,101 / 05 - judicial recovery - bank locks - ineffectiveness.

INTRODUÇÃO

A Recuperação Judicial disposta na Lei 11.101/05, é o mecanismo jurídico pelo qual o devedor empresário em crise econômico financeira pode se valer, para que, através de acordo coletivo entre credores, se estabeleça alternativa capaz de reverter a situação crítica econômica da empresa. Para tanto, o requerente do benefício deve se comprometer a demonstrar a viabilidade do negócio, apresentando plano de recuperação judicial apto a reverter o estado de crise da empresa, sem contudo, deixar de observar à requisitos preestabelecidos na Lei de Recuperações e Falências (LRF).

É imperioso destacar que, como instituto legal que é, a Lei de Recuperações e Falências compõe-se de princípios norteadores que visam facilitar a interpretação de seus dispositivos, bem como garantir que seus objetivos sejam alcançados. E, considerando que o objetivo da Recuperação Judicial é viabilizar a superação da situação econômica da empresa em crise, para que se permita a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, e a preservação dos interesses dos credores, que no referido instituto, os operadores do direito e os responsáveis pela administração do plano de recuperação, devem manusear o procedimento de forma a garantir que nenhum dos princípios norteadores da lei sejam demasiadamente afetados, especialmente no que se refere ao princípio da preservação da empresa, da proteção aos trabalhadores e da garantia ao interesse dos credores.

Como denota-se na LRF, é clara a importância que o legislador dá aos benefícios que a atividade empresarial confere a sociedade, auferindo como um dos principais objetivos a manutenção desse organismo social que tanto faz bem a economia, ao desenvolvimento social e tecnológico, a política, e em termos gerais, a sociedade. E levando em consideração esse reconhecimento que o legislador trás para a atividade empresária, que se extrai a necessidade de implementar à Lei 11.101/05, efetividade nos meios aplicados para reversão das crises econômicas sofridas pelas empresas recuperáveis.

Portanto, é dever do próprio Estado que a manutenção da empresa no mercado esteja amparada por mecanismos legais que contribuam para uma atuação saudável, para que assim a empresa atenda sua função social e conseqüentemente propague princípios sociais fundamentais que estão dispostos na própria Constituição Federal, como da dignidade da pessoa humana (CF. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, Art. 1º, IV), para que assim seja alcançado o desenvolvimento (CF. Art. 3º, II), a erradicação da pobreza, da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF. 3º, III).

Tendo em vista a relevância do tema e as controvérsias que são encontradas quando observada a *means legis* do instituto da Recuperação Judicial e os resultados por ela alcançados, que o presente trabalho tem como objetivo a discussão das “travas bancárias” elencadas no Art. 49 § 3º da lei 11.101/05, como sendo um dos principais fatores inviabilizadores da Recuperação Judicial de empresas viáveis no sistema jurídico brasileiro.

Em sendo assim, o presente trabalho se organizará em quatro capítulos, onde, no primeiro capítulo será abordada toda base principiológica do instituto da recuperacional judicial, realizando-se uma análise teórica dos princípios e sua incidência prática no cotidiano forense. No segundo capítulo será estudada a Alienação Fiduciária em Garantia, apresentando-se brevemente a definição da propriedade fiduciária e as espécies de alienação fiduciária constantes no ordenamento jurídico. No terceiro capítulo será apresentado o contrato de *leasing*, e suas espécies. E no quarto e último capítulo, serão abordadas as implicações das travas bancárias no sistema de recuperação judicial de empresas, trazendo à baila ainda as consequências negativas da não sujeição desses bens ao plano de recuperação, bem como o posicionamento da jurisprudência atual acerca do tema.

O método de pesquisa utilizado no estudo será o dedutivo misto, em decorrência da utilização de métodos quantitativos e qualitativos para melhor compreensão do objeto da pesquisa.

1. PILARES PRINCIPIOLÓGICOS DA LEI DE RECUPERAÇÕES E FALÊNCIAS

O princípio é a inspiração fundamentadora da criação de determinada norma, servindo como norte para sua correta aplicação e interpretação. Nos dizeres de Miguel Reale (2003, p.37), são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Mister salientar que a violação de um princípio é muito mais danoso que a violação de uma regra, tendo em vista que a não observância daquele, implicará não só ao desmerecimento de um dispositivo individualizado, mas sim, a todo o sistema a qual este faz parte. E diante a relevância que tem a compreensão da base principiológica de dado sistema jurídico para que este seja melhor discutido, serão explanados alguns dos princípios nos quais se funda a LRF.

1.1 Princípio da preservação da empresa

Conforme destaca Fazzio Junior (2015, p. 20), a atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla. Afetando o mercado e a sociedade, mais que a singela conotação pessoal. O que propõe a compreensão de que a empresa não é apenas um instrumento singular do empresário, e sim um instrumento do Estado, que propicia por meio da empresa a propagação do bem estar social.

O SEBRAE junto ao IBGE e a Fundação Getúlio Vargas em pesquisa realizada em 2011 relatam que só as micro e pequenas empresas respondem por 27% do PIB, 52% dos empregos com carteira assinada, 40% dos salários pagos, produzindo cerca de R\$ 599 bilhões no Brasil a época em que a pesquisa foi realizada. Portanto, é de grande interesse do Estado que esse organismo social seja preservado. Tido como elementar princípio norteador do sistema Recuperacional brasileiro, o princípio da preservação da empresa nada mais é do que o princípio que se pauta no dever do Estado em preservar a atividade empresarial que gera riquezas, cria postos de trabalho, e contribui para o desenvolvimento econômico e social do país.

Apesar de sua terminologia não refletir a ideia central do princípio, que é preservar os resultados da continuação da empresa e não só o arcabouço empresarial, o art. 47 da LRF deixa claro seu âmbito de incidência ao afirmar:

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.

E nesse diapasão entende Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra Manual de Direito Comercial; Direito de Empresa (2010, p.13):

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Fisco voltado à arrecadação e outros.

Portanto, é de imperiosa necessidade que se entenda que o princípio da preservação da empresa visa preservar os benefícios assegurados à sociedade pela atividade empresaria, e não a estrutura empresarial em seu sentido estrito, pois se assim fosse, independentemente da constatação de viabilidade econômica, o plano de recuperação judicial oferecido pela empresa em crise deveria ser aprovado, sem que fossem respeitados tantos outros requisitos necessários ao bom e fiel cumprimento dos objetivos elencados na LRF.

1.2 Princípio das sociedades e empresários recuperáveis

Corolário do princípio da preservação da empresa, o princípio das sociedades e empresários recuperáveis vem propor uma seleção do devedor empresário que merece a tutela da Recuperação Judicial. Preservando a empresa viável e retirando do mercado as empresas não viáveis através da falência, o princípio das sociedades e empresários recuperáveis destina-se de modo a direcionar os esforços do Estado para reestabelecer a organização empresarial que mais beneficia de modo geral a sociedade.

Tomando por base tal princípio, a LRF foi cuidadosa ao elencar em seu art. 51, Inciso II e alíneas, a maneira adequada para demonstrar a viabilidade da empresa, ao exigir como requisito para recebimento da petição inicial que esta seja instruída com balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social e o relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção da empresa, devendo ainda serem observados parâmetros outros que ajudem o magistrado a perceber a viabilidade da atividade, como a importância social e econômica da empresa no contexto

local, regional e nacional, a mão de obra empregada, a tecnologia aplicada bem como o tempo de constituição do negócio.

1.3 Princípio da separação dos conceitos de empresa e empresário

A empresa, atividade econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, não deve ser confundida com a pessoa natural ou jurídica que a controla, a unificação entre a atividade e a pessoa que faz sua gestão já se encontra superada há muito tempo, devendo ser observada, quando requerida a Recuperação Judicial, a preservação da atividade econômica organizada, e não da pessoa natural ou jurídica que lhe administra.

Porém, é importante ressaltar que na grande maioria dos casos esse princípio não é observado pelos credores das empresas requerentes do benefício da Recuperação Judicial, sendo o sucesso ou o fracasso do pedido, resultado direto do tipo de relação que os credores mantêm com o devedor empresário, pouco importando para a manifestação de seus votos na aprovação do plano de recuperação, a demonstração da capacidade do plano em reverter o quadro crítico da empresa. O que é um grande retrocesso ao instituto da Recuperação Judicial, que muitas vezes deixa de alcançar seus objetivos, em decorrência de sentimentos estritamente pessoais que os credores mantêm com o devedor empresário.

1.4 Princípio da proteção aos trabalhadores

Por ser a lei 11.101/05 uma norma que prevê a defesa de todos os direitos dos envolvidos direta e indiretamente no desenvolvimento da atividade empresarial, que a LRF não poderia deixar de prestar uma tutela adequada aos interesses dos trabalhadores, e tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas que os interesses dessa classe são postos em ordem de preferência no plano de Recuperação Judicial. O Art. 54 da LRF dispõe a respeito:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Contudo, mesmo que a lei tenha se referido ao crédito em si, o dispositivo em tela deve ser entendido como um benefício concedido ao trabalhador *ex personae*, ou seja, em razão da pessoa, a qual quando cedido a terceiros perde o benefício da preferência e passa a ser classificado como crédito quirografário.

Conforme ensina Manoel Justino Bezerra Filho, (2009, p. 123):

a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores.

Portanto, um princípio que atenta não só ao trabalhador em sua individualidade, mas a todo o sistema recuperacional, onde por meio de um tratamento justo ao quadro de trabalhadores propicia a continuação da atividade e conseqüentemente a satisfação do interesse de credores de outras classes.

1.5 Princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais

É preciso que as normas procedimentais da LRF sejam céleres e eficientes quanto ao processo de Recuperação Judicial do devedor empresário, pois, o requerente de referido benefício, quando se socorre ao poder judiciário, tem como tempo e eficiência da prestação jurisdicional, requisitos cruciais à continuação de suas atividades.

Todavia, consoante declaração da presidente do BNDES, a Sra. Maria Silva Bastos Marques (apud SIMÃO; JUBÈ; GOÈS, 2016), apenas 1,1% das empresas que pedem a Recuperação Judicial conseguem sair desta em um prazo de 6 (seis) a 10 (dez) anos, o que reflete uma alarmante ineficiência do instituto, mostrando-se que, em termos práticos, o princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais, não saem do plano do dever ser.

1.6 Princípio da redução do custo do crédito no Brasil

Com o fito de conferir aos detentores de capital, segurança jurídica em suas transações creditórias, a LRF, visando fomentar a disseminação da concessão de créditos ao mercado empresarial, bem como a diminuição do *spread* bancário àquela pertinente, o Poder Legislativo buscou, através da criação de garantias, viabilizar a captação de créditos para execução da atividade econômica no Brasil.

E por meio do Art. 49, §3º, a LRF tenta concretizar este princípio, ao garantir a determinadas classes de credores a não sujeição de seus créditos à Recuperação Judicial, conferindo ao credor que se enquadre em referido dispositivo, autonomia para satisfazer a obrigação pelo devedor assumida nos moldes a que esta foi constituída, podendo ainda, pleitear seu cumprimento por vias próprias em caso de inadimplemento. Veja-se na íntegra o citado texto legal:

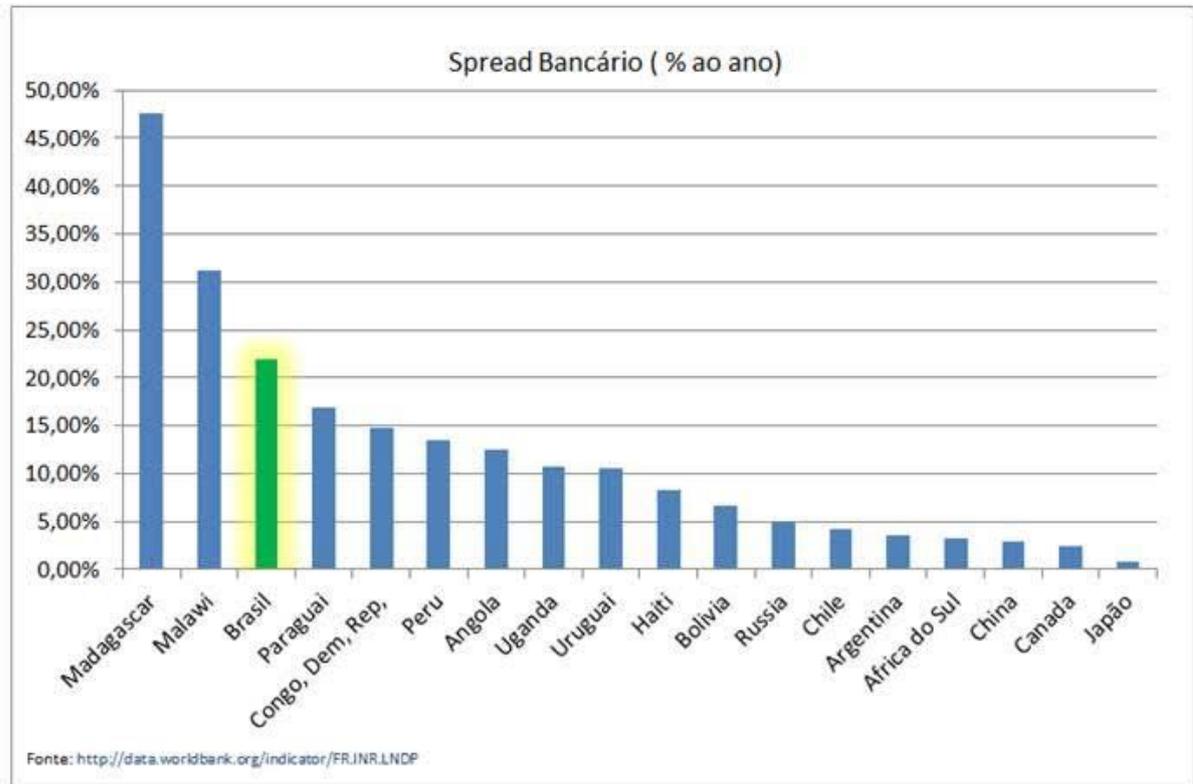
Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda não vencidos.

(...)

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

Como pode-se observar, dentre os credores que não se sujeitam aos efeitos da Recuperação Judicial, temos o credor titular de propriedade fiduciária e de arrendamento mercantil, que resumidamente são as instituições financeiras. Diante o objetivo em reduzir o *spread* bancário aplicado no Brasil, ou seja, o lucro percebido pelo banco conessor do crédito, que se torna duvidosa a eficácia da norma, já que o Brasil se encontra na terceira posição no ranking global de *spread* bancário realizado pelo Banco Mundial. Nessa pesquisa, foram avaliados 114 países, e com um valor de 22% ao ano, o Brasil ficou atrás apenas de Madagascar (47,6%) e Malawi (31,1%), cujos PIB's somados representam menos de 1,7% do

Produto Interno Bruto Brasileiro. (CALCBANK, 2015). Veja-se:



Destarte, é notório a falta de eficácia que tem o princípio da redução do custo do crédito no Brasil, gerando ao tomador do crédito, duplo prejuízo. O primeiro por não ter reduzido o custo do crédito no Brasil, e o segundo por não poder incluir aludida dívida em plano de recuperação judicial, o que na maioria esmagadora das vezes, acaba inviabilizando o plano, levando a falência empresas potencialmente recuperáveis.

Haja vista os efeitos negativos decorrentes da propriedade fiduciária e do arrendamento mercantil ao plano de recuperação judicial, aos quais, na grande maioria dos casos acabam por inviabilizar a Recuperação Judicial de empresas, que passa-se a discutir a respeito dos institutos da Alienação Fiduciária em Garantia e do Contrato de Arrendamento Mercantil ou *leasing*.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Alienação Fiduciária como ensina Thiago Ferreira Cardoso Neves (2013, p. 02) é o negócio jurídico fiduciário por meio do qual o devedor-fiduciante transfere ao credor-fiduciário, em confiança e com fins de garantia, a propriedade de coisa móvel ou imóvel, sob a condição resolutiva de lhe ser devolvida a coisa alienada quando ocorrido o evento, futuro e incerto, definido pelas partes.

A sua natureza jurídica a muito vem sendo discutida, variando entendimentos no sentido de ser a Alienação Fiduciária um direito real e outros de ter natureza obrigacional que resulta na constituição do direito real.

Dos que defendem ser a Alienação Fiduciária um direito real, tem-se Flávio Tartuce (2010, p.411), que ressalta que “a alienação fiduciária não é um negócio jurídico, não é um contrato no sentido jurídico e restrito do termo. É a alienação fiduciária um direito real que pode e é instrumentalizado por um contrato.”. Portanto, segundo essa parcela da doutrina, a alienação fiduciária em garantia tem natureza de um direito real, e um direito real instrumentalizado por um contrato. Não é ela, pois, um contrato propriamente dito. (NEVES, 2013, p. 03).

De outro lado, com entendimento prevalecente, tem-se os que defendem ter a alienação fiduciária natureza obrigacional, que através do registro no órgão competente, constitui o direito real em garantia, servindo o contrato de alienação fiduciária como título à constituição da propriedade. (ALVES. 1975, p.38).

Contudo, vale ressaltar que independentemente do posicionamento adotado, a alienação fiduciária em garantia é considerada um grande problema no plano de recuperação judicial de empresas, já que não se sujeita ao plano, provocando ao devedor empresário a forçosa elaboração de um planejamento recuperacional fadado ao fracasso, por não poder contar com a exata situação econômico financeira da empresa que está em dificuldades.

Nesse interine, o contrato de alienação fiduciária em garantia traz grandes preocupações ao devedor empresário, pois, decorrente sua costumeira utilização para a aquisição de bens móveis e imóveis da empresa, a grande massa patrimonial do estabelecimento surge da realização dessa espécie de contrato, o que significa dizer, que em caso de pedido de Recuperação Judicial, esses débitos realizados não poderão se sujeitar ao plano de recuperação elaborado pela empresa. Desse modo, o interesse das instituições bancárias é garantido, mesmo que isso signifique a decretação da falência da devedora.

Propriedade fiduciária portanto, é a resultante de alienação ou cessão fiduciária em garantia, consistente na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse direta ou indireta de coisa móvel infungível, móvel fungível ou direito creditório, e imóvel, em garantia de seu débito.

2.1 Espécies

Como espécies de alienação fiduciária em garantia, tem-se a: alienação fiduciária de bens imóveis, disciplinada pela lei 9.514/97, Art. 22 ao 33, a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis disciplinada pelo art. 1.361 ao 1.368-B do Código Civil, e a cessão fiduciária de bens móveis fungíveis e de direitos creditórios disciplinada pelo art. 66 – B da lei 4.728/65.

2.1.1 Contrato de alienação fiduciária de bens imóveis em garantia

Regulado pelo art. 22 a 33 da lei 9.514/97, a alienação fiduciária em garantia é o instituto em que o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel de bem imóvel a título de garantia ao adimplemento de dada obrigação. Possui natureza de direito real com fins de garantia, uma vez que mais do que transferir a propriedade, objetiva garantir uma concessão de crédito, propondo legitimidade ao credor fiduciário de utilizar-se do direito de seqüela em face de terceiros que violem ou ameacem violar seus direitos de proprietário, sendo constituída a eficácia da garantia com efeito *erga omnes* a partir da lavratura do gravame no registro do bem no cartório de imóveis competente. Colaciona-se a legislação pertinente. *In litteris*:

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

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007)

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

(...)

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Como visto no §1º do Art. 22, além da propriedade plena, também pode ser objeto de alienação fiduciária os bens enfitêuticos, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso, desde que suscetível de alienação e a propriedade superficiária, o que confere ao instituto grande flexibilidade no modo em que pode ser operado.

E tendo em vista a grande segurança concedida às instituições concessoras de crédito, que a alienação fiduciária de imóvel em garantia é largamente utilizada pelo empresariado brasileiro para aquisição de imóveis essenciais ao desenvolvimento de sua atividade, como na aquisição de fábricas, estabelecimentos comerciais, depósitos, dentre outros imóveis que quando não essenciais à atividade, contribuem diretamente para o melhor desenvolvimento desta.

2.1.2 Contrato de alienação fiduciária de bens móveis infungíveis em garantia

Além de dispor sobre as regras gerais da alienação fiduciária, o Código Civil, expressamente em seu art. 1.361 e incisos, dispõe a respeito da alienação fiduciária de bens

móveis infungíveis, conceituando referido instituto como sendo aquele em que é transferida a propriedade resolúvel de bem móvel infungível com fins de garantia. *Vide:*

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

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

Com claras semelhanças à alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, o presente instituto apenas se diferencia daquele quanto ao objeto da alienação, já que neste tratamos como objeto o bem móvel infungível e naquele o bem imóvel. Em semelhança tem-se a transmissão da propriedade resolúvel ao credor fiduciário, restando a esse a posse indireta da coisa e ao devedor fiduciante a posse direta, o direito de aquisição da propriedade plena do bem após o adimplemento dos valores pactuados, e a necessidade de registro para que o contrato tenha eficácia perante terceiros, que será no Registro de Títulos e Documentos do devedor ou na repartição competente para licenciamento de veículo, caso a garantia dada se refira a um automóvel.

2.1.3 Cessão fiduciária de bens móveis fungíveis e de direitos creditórios em garantia

Regulada pelo art. 66 – B da Lei 4.728/65, a cessão fiduciária de bens móveis fungíveis e de direitos creditórios em garantia, é o meio utilizado pelo devedor para assegurar o adimplemento da dívida contratualmente pactuada. Através da transferência da posse direta e indireta do bem móvel fungível ou do direito creditório ao devedor-fiduciário, realizada pela transferência da propriedade resolúvel do bem, o credor-fiduciante garante a resolução da obrigação e o retorno da posse e propriedade plena do bem, em caso de eventual inadimplemento. Nesse sentido dispõe o dispositivo mencionado. *Verbis:*

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

(...)

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

Em razão dessa segurança jurídico-financeira que proporciona ao credor-fiduciário grande certeza e liquidez quanto à satisfação de seu crédito, que a cessão fiduciária em garantia tornou-se grande “arma de mercado” utilizada pelo sistema bancário na captação de clientes que buscam a sustentabilidade econômica de suas atividades. E levando em consideração a menor burocracia na aquisição de créditos, bem como a redução, ainda que muito tímida, do *spread bancário*, quando utilizada a cessão fiduciária de bens ou créditos em garantia, que a viabilidade desses negócios bancários se acentuou, resultando conseqüentemente em benefícios para empresas, bancos e de modo geral a toda sociedade.

3. CONTRATO DE *LEASING* OU ARRENDAMENTO MERCANTIL

Leasing (...) é o contrato pelo qual uma pessoa jurídica, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem arrendado mediante um preço residual previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas (DINIZ, 1988).

O contrato de arrendamento mercantil tem natureza híbrida, tendo em vista a composição de características de diferentes espécies contratuais, como do contrato de locação, do contrato de compra e venda, e do contrato de financiamento, sendo todas estas características unificadas em contrato único - contrato de *leasing* - e indissociáveis por força de lei.

Devidamente regulamentada pela lei 6.099/74 e pela resolução BACEN nº 2.309/96, o contrato de *leasing* tem como sujeitos da relação jurídica, sociedade de arrendamento mercantil ou instituição financeira autorizada como partes arrendadoras e pessoa física ou jurídica como partes arrendatárias.

O objetivo do referido contrato é propiciar ao arrendatário a utilização de determinado bem essencial ao desenvolvimento de sua atividade - caso empresa -, porém, que por algum motivo pode não ser interessante ao arrendatário que realize sua compra. Dentre esses motivos pode-se destacar o alto valor do bem, sua desvalorização precoce, a inutilidade posterior, a necessidade de modernização constante em relação aquele bem ou produto, entre outros motivos que a depender do caso inviabilize a compra do bem arrendado.

E considerando que na maior parte das vezes os bens arrendados pelas empresas são indispensáveis para execução de suas atividades ou pelo menos são de grande valia para o aprimoramento e consecução destas, que esses bens, quando não sujeitos ao plano de Recuperação Judicial, sujeitam à empresa recuperanda em uma grave situação, já que não podem contar com a suspensão ou parcelamento desses débitos no aludido plano.

3.1. Espécies

3.1.1 *Leasing* financeiro

É aquele considerado como “*leasing* tradicional”, haja vista ser a modalidade de arrendamento mercantil mais adotada entre a classe empresarial, a qual reflete em termos

práticos maior semelhança conceitual a que define o Art. 1º, parágrafo único da lei 6.099/74, sendo essa modalidade de arrendamento mercantil aquela em que a arrendadora adquire o bem do fornecedor a mando do arrendatário, para que este, sob condição onerosa, durante certo termo, o utilize, ficando ainda reservado o direito de compra do bem arrendado ao final do termo que previamente fora pactuado.

3.1.2 *Leasing* operacional

Conhecido também como *renting*, expressa uma locação de instrumentos ou material, com cláusula de prestação de serviços, prevendo a opção de compra e a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, desde que manifestada esta intenção com uma antecedência mínima razoável, em geral fixada em trinta dias. (RIZZARDO, 2006).

3.1.3 *Leasing* de retorno ou *lease-back*

Nessa modalidade de *leasing*, o proprietário de um determinado bem o aliena à uma empresa e posteriormente esta empresa arrenda este bem ao antigo proprietário. Esse tipo de contrato é costumeiramente realizado por empresários que necessitam de capital de giro, porém, que não podem dispor da utilização de determinado bem pertencente à empresa, realizando a venda deste e garantindo sua utilização por meio do *lease-back*.

3.1.4 *Leasing* imobiliário

Em sua essência, o *leasing* imobiliário é idêntico ao *leasing* financeiro e de retorno, tendo como diferença elementar o objeto, a qual será o bem imóvel e o prazo contratual, que em decorrência do valor maior do bem arrendado, deverá ser mais extenso.

4. AS TRAVAS BANCÁRIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA

Etimologicamente a palavra “trava” significa empecilho, obstáculo ao desenvolvimento de determinada ação, verdadeiro óbice à eficácia de determinada atitude a ser tomada por alguém (MENDES, 2012). Na seara em estudo, as “travas bancárias” se referem às disposições legais constantes nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 49 da Lei de Recuperações e Falências, que acabam por inviabilizar o plano de recuperação judicial ao permitirem que os credores excluam seus créditos dos efeitos do plano recuperacional em que o devedor é parte.

Vale salientar, que na grande maioria dos casos essas “travas” decorrem de transações bancárias que concedem ao consumidor/devedor créditos ou bens sob o crivo da alienação fiduciária em garantia, cessão fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil. Institutos que conferem ao credor destacada agilidade na constituição a seu favor da propriedade plena do bem ou crédito utilizado em garantia, quando percebido o inadimplemento das obrigações constantes em contrato.

É imensurável a importância do crédito para o desenvolvimento da atividade empresarial na atual conjuntura mercadológica brasileira, sendo o crédito, nos dizeres de Jean Carlos Fernandes (2008), a “vida do negócio”, que servem, essencialmente, ao enfrentamento das dificuldades suportadas pela empresa frente as exigências impostas pelo mercado empresarial.

Portanto, devem ser vistas as “travas bancárias” contempladas no art. 49 e parágrafos, como créditos essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, tendo como credores os principais financiadores da atividade econômica organizada no país, e os principais responsáveis pela concessão de créditos utilizados na operacionalização das obrigações do devedor a curto, médio e longo prazo (MENDES, 2012), restando, por conseguinte, irrefutável sua essencialidade à continuidade das atividades de uma empresa.

E é diante a não sujeição desses créditos ao plano de recuperação judicial proposta pelo devedor, que pode-se extrair duas consequências negativas à companhia solicitante de referido benefício, que são: a faculdade do credor em ingressar com processo paralelo ao processo de recuperação judicial, ou de prosseguir com processo de execução ajuizado antes da aprovação do plano; e a impossibilidade de ser modificado seu direito creditício no plano de recuperação, sendo vedada qualquer imposição de normas as quais impactem ou modifiquem a condição creditícia desta qualidade de credor.

Consequências estas que podem levar a inviabilidade do instituto, que acaba por ser manobrado sob a perspectiva de dados irreais indicados, já que a maior parte da dívida em que o devedor é responsável, são dívidas concernentes das “travas bancárias”, inclusive, decisivas à superação do quadro crítico da situação financeira do devedor empresário.

Importante que se destaque que para um efetivo plano de recuperação, não se pode entender como suficiente apenas previsões legais propriamente ditas, mas sim, previsões que se valam de um olhar econômico a qual preveja as consequências econômico financeiras que sua aplicação irá ensejar no plano recuperacional. Como destaca Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (2012),

essa celeuma ultrapassa a esfera legal e adota um viés muito mais econômico-financeiro do que jurídico, se o principal ponto da recuperação da sociedade empresária em crise, aduzido na legislação em vigor, baseia-se na reestruturação das dívidas da sociedade e na preservação como ente gerador de empregos e tributos, e os credores responsáveis pelo financiamento de crédito à sociedade estão fora do alcance do plano de recuperação judicial, ter-se-á completamente ineficaz, por consequência, o plano de recuperação.

Sendo assim, é de inteira responsabilidade dos operadores do direito, que façam o manuseio do instituto através de estudos multidisciplinares, que envolvam economia, planejamento estratégico, finanças, dentre outras disciplinas que no tocante ao instituto da recuperação judicial são tão importantes quanto o dispositivo legal propriamente dito, pois muitas vezes o instituto não resulta os efeitos esperados pelo despreparo de seus operadores, que extremamente legalistas, acabam por menosprezar outras ciências pertinentes ao instituto. Como bem assevera Rafael Bicca Machado (2005),

é fundamental que os operadores do Direito, em sua totalidade, deixem de preconceitos e aceitem, antes de mais nada, que a Economia existe como Ciência. Que possui leis e regras próprias, e que estas não são sempre fruto da exploração de uma maioria pobre por uma maioria rica. E, por fim, que estas devem ser minimamente estudadas.

E é nessa expectativa que alguns magistrados timidamente procuram limitar a aplicação do Art. 49 da LRF ao plano de Recuperação Judicial, afim de que este surta algum efeito. No julgamento do agravo de instrumento n. 1.0079.09.94688-5/002, julgado no TJMG, por exemplo, entendeu-se ser devida a liberação de 50% (cinquenta por cento) dos valores devidos a instituição financeira a favor da empresa recuperanda.

EMENTA: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Crédito fiduciário. Decisão que libera 50% do valor para a recuperanda. Conforme doutrina José Carlos Barbosa Moreira, o agravo “tem efeito devolutivo restrito à questão decidida pelo pronunciamento contra o qual se recorreu: nada mais compete ao tribunal apreciar, em conhecendo do recursos”. (*O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P.145).

Em outro julgado de Agravo de Instrumento – AI n. 653.329.4/3-00, desta vez no TJSP, entendeu-se que apenas seria constituída a propriedade fiduciária mediante o registro do título no cartório competente de Registro de Títulos e Documentos, sendo insuficiente a simples relação contratual como fonte constituidora da propriedade fiduciária.

EMENTA: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que liberou “trava bancária” em relação a recebíveis objeto de cessão fiduciária de crédito. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/05. propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Ausência do registro que implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da Recuperação. Agravo improvido com revogação da liminar suspensiva.

Decorre que mesmo com a tentativa de alguns magistrados de relativizar as travas bancárias, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da desnecessidade do registro no Ofício de Títulos e Documentos para constituição da propriedade fiduciária, o que transparece a clara dualidade em entendimentos entre uma instância e outra, dualidade que se estende quando juízes de instância inferior se posicionam no sentido de liberar as travas bancárias.

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO INTERNO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA". ARTIGO 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. REGISTRO DO CONTRATO NO OFÍCIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, firmou jurisprudência no sentido de que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. 2. Em relação à necessidade de registro da cessão fiduciária, ajusto-me ao entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a cessão fiduciária de crédito não é alcançável pela recuperação judicial,

independentemente de o respectivo contrato estar, ou não, registrado no Ofício de Títulos e Documentos, uma vez que art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, não exige tal formalidade. 3. Agravo interno conhecido e não provido. ACÓRDÃO Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA Relatora. TJ-CE - Agravo AGV 06279930520158060000 CE 0627993-05.2015.8.06.0000 (TJ-CE)

No Agravo Regimental n. 7.332.892-8, do TJSP, o Tribunal paulista se posicionou no sentido de que o numerário bloqueado no procedimento de recuperação judicial, isto é, o valor recebido em garantia deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão de 180 (cento e oitenta dias) na conta da agravante.

EMENTA: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Cédula de crédito bancário – recuperação judicial – Suspensão do feito em face da empresa recuperanda, devedora principal, porém determinado o prosseguimento em relação aos coobrigados – Possibilidade – Hipótese em que a obrigação dos devedores solidários é autônoma e independente da situação da empresa em recuperação judicial – Artigo 49, §1º cc artigo 59 da Lei 11.101/05 – Bloqueio *on Une* – Hipótese em que a medida deve ser feita com o fim de garantir a satisfação do crédito – Inexistência de qualquer óbice legal a impedir a penhora – Ademais, a constrição de depósito ou aplicação em instituição financeira precede qualquer outro bem na ordem estabelecida pelo artigo 655 do CPC – Decisão mantida – Recurso de agravo de instrumento improvido e prejudicado o regimental.

Na mesma linha de entendimento se posicionou o Tribunal de Justiça de Pernambuco em Agravo de Instrumento n. 2971131, no sentido de ser possível a prorrogação do prazo de suspensão de 180 (cento e oitenta dias) nas ações e execuções contra o devedor de bens considerados essenciais ao desenvolvimento da atividade.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO EMPRESARIAL (LEI Nº 11.101/2005). AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO OBJETO DE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. concessão de liminar de busca e apreensão dos veículos, em prejuízo de sociedade empresária em recuperação judicial. agravo de instrumento com pedido de tutela de urgência. incompetência do juízo prolator da decisão agravada. matéria que não pode ser conhecida nesta sede recursal sob pena de supressão de instância. liminar deferida para manter a devedora na posse dos veículos em razão da constatada essencialidade dos bens apreendidos à continuidade do exercício da empresa, e da possibilidade suspensão das ações ou execuções propostas em face da sociedade empresária recuperanda, para além do prazo (180 dias) previsto na lei de regência. entendimentos que encontram amparo na jurisprudência do stj.

mérito. recurso parcialmente provido, confirmando-se o provimento liminar deferido. decisão unânime.

Em situações extremamente peculiares, o STJ tem se posicionado pela relativização das travas bancárias em prol da continuidade da empresa, desde que a não relativização importe em perigo de dano irreversível à empresa em recuperação ou ao processo de recuperação judicial. É o que relata o agravo regimental na medida cautelar n. 17722/mt (2011/002528-7 – 10/03/2011).

Agravo Regimental. Medida Cautelar. Recurso Especial pendente de admissibilidade. Efeito suspensivo concedido na origem. Controle pelo STJ. Possibilidade. Aferição do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Recuperação Judicial. Contrato de alienação fiduciária de créditos. Valores controvertidos. Ausência de demonstração concreta da inviabilidade do plano de reabilitação econômica. Processamento do especial apenas no efeito devolutivo. 1. A competência deste Tribunal Superior para a apreciação de ação cautelar proposta com vistas à concessão de efeito suspensivo a recurso especial instaura-se, via de regra, após o proferimento do juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, em consonância com o art. 800, parágrafo único, do CPC, conjugado com os enunciados sumulares 634 e 635 do STF, aplicados analogicamente. 2. É possível ao STJ exercer o controle da decisão concessiva, na origem, de efeito suspensivo a recurso especial, por meio de agravo de instrumento ou medida cautelar ajuizada diretamente nesta Corte Superior. Precedentes. 3. O efeito suspensivo concedido na origem, em geral, deve ser revogado, a não ser que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estejam presentes a favor da pretensão recursal da parte contrária. 4. Embora a tese sustentada no recurso especial – na vertente de que os créditos fiduciários (ou trava bancária) devam ser incluídos na recuperação judicial – seja ainda inédita neste Sodalício, possuindo substanciosos posicionamentos favoráveis e contrários tanto na doutrina quanto nos tribunais de segunda instância, não se constata, *in casu*, o *periculum in mora*. 5. Com efeito, a par de o plano de recuperação judicial estar sendo cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirografários e parcelamentos para pagamento dos demais credores, de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

Logo, o que se tem diante a jurisprudência pátria é uma tentativa nas instâncias inferiores, por parte de alguns magistrados, de relativizar as travas bancárias em prol da preservação da empresa, e a reforma dessas decisões, quando levadas a apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, que inoportunamente, entende como devida, a aplicação literal

do texto da lei sem que se observe as desastrosas consequências econômicas que essa aplicação irá ocasionar à empresa, credores e sociedade.

E o que se aprende na análise desses supramencionados julgados, é a percepção que alguns magistrados tiveram nas consequências desastrosas que suas decisões iriam impactar no plano de recuperação judicial, caso suas decisões enveredassem por uma vertente estritamente legalista. Fazendo-nos compreender ainda, que se não relativizada a aplicação do instituto por meio de uma interpretação sensata, a empresa restará impedida de adotar medidas financeiras outras para socorrer seu fluxo de caixa, capital de giro, e bens essenciais ao desenvolvimento de sua atividade.

Em síntese, podem-se extrair quatro consequências negativas decorrentes da aplicação do art. 49, que afetam: os princípios e objetivos da Lei 11.101/05; a empresa; os credores e a própria sociedade.

Quanto aos princípios, ter-se-á uma violação direta ao princípio da preservação da empresa e ao princípio da sociedade e empresários recuperáveis, tendo em vista que apesar da viabilidade da empresa e o dever do estado em proceder com sua preservação, o interesse privado em satisfazer imediatamente o crédito das instituições financeiras se sobreporá ao interesse público em manter a atividade empresarial, decorrendo então, em sua falência; ao princípio da proteção aos trabalhadores, já que terão seus postos de trabalho extintos em razão da satisfação do crédito fiduciário e arrendatário, além da minoração em grau de importância de seus créditos trabalhistas, já que estes serão satisfeitos posteriormente aos créditos decorrentes da propriedade fiduciária e arrendatária; ao princípio da celeridade e eficiência dos procedimentos judiciais, haja vista, como já foi exposto alhures, que apenas 1,1% das empresas que pedem a Recuperação Judicial conseguem sair desta em um prazo de 6 (seis) a 10 (dez) anos (apud SIMÃO; JUBÉ; GOÉS, 2016.), o que reflete a sua completa inobservância; e ao princípio da redução do custo do crédito no Brasil, tendo em vista que mesmo diante de tantas garantias, o custo do crédito no Brasil lidera o Ranking Mundial de *Spread bancário*, ocupando a terceira posição no ranking.

Quanto à empresa, a falência, em resultado do ineficaz plano de recuperação judicial que conta com dados incompatíveis com a realidade financeira da recuperanda, já que boa parte dos débitos em que o devedor é responsável estão garantidos com a propriedade fiduciária, e esta, por mandamento legal, não pode fazer parte de referido plano.

Quanto aos credores, Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (2012), consegue explicar com maestria os efeitos das travas bancárias às demais classes de credores

desprivilegiadas do benefício da não sujeição de seus créditos ao plano de recuperação judicial. *Vide:*

Afastando-se a análise jurídica *stricto sensu* da matéria, e adotando uma visão econômico-financeira do instrumento das “travas bancárias” aos demais credores não alcançados pelo âmbito de sua aplicabilidade, estariam esses credores, em última análise, assumindo, isolada e unicamente, os riscos da eficiência e eficácia do cumprimento do plano de recuperação judicial da sociedade em crise, em prol daqueles credores que, antecipadamente, estarão recebendo integralmente os valores de seus créditos, sem se sujeitarem àquele plano. [...] por tal razão credores desprivilegiados assumiriam os riscos de credores privilegiados, independentemente de sua capacidade financeira, do valor, da natureza e do prazo de vencimento de seus créditos, fato irrazoável, impensável e impertinente para um país que busca tornar-se potência mundial nas próximas décadas.

Quanto à sociedade, será esta condenada a ver fontes geradoras de riquezas, tributos, trabalho, produtos, serviços, desenvolvimento político, econômico, social e tecnológico serem desimadas em prol da satisfação do interesse particular, imediato e egoísta de uma classe de credores que cada vez mais cresce na custa de demais credores e empresários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, conclui-se que a não sujeição no plano de recuperação judicial dos créditos decorrentes da propriedade fiduciária e do arrendamento mercantil, leia-se, as travas bancárias, são extremamente prejudiciais ao trâmite recuperatório, já que, por não sujeitarem-se ao procedimento de recuperação, inviabilizam a execução da estratégia adotada, e resultam na falência de empresas potencialmente recuperáveis.

Ressalta-se ainda, que os nefastos efeitos decorrentes da exclusão do crédito fiduciário no processo de recuperação judicial, não se limita a prejudicar apenas a empresa que tem sua falência decretada, mas sim, a toda sociedade que vê prejudicada a economia, a oferta de trabalho, a contribuição de tributos, a produção de produtos, a prestação de serviços, e a decadência do desenvolvimento econômico e social. Que decorre da paralisação das atividades da empresa falida e até mesmo da paralisação de outras empresas que são compelidas a decretar falência, por dependerem direta ou indiretamente da manutenção das atividades da empresa em recuperação que teve seu funcionamento paralisado.

Além dos prejuízos econômicos e sociais destacados, percebe-se também uma clara violação ao sistema legal relativo a Recuperação Judicial disposta na Lei 11.101/05, já que, diante a aplicação do art. 49 § 3º da LRF no processo recuperacional, tem-se o desrespeito ao princípio da preservação da empresa, ao princípio da sociedade e empresários recuperáveis, ao princípio dos trabalhadores, ao princípio da celeridade e eficiência dos procedimentos judiciais, a redução do custo do crédito no Brasil e a todos os outros dispositivos atinentes a matéria, que se esvaziam de utilidade quando aplicado o dispositivo mencionado.

Portanto, resta-se claro o influente poder político que tem as instituições financeiras junto ao Poder Legislativo, que foi capaz, por meio da elaboração do art. 49, § 3º da LRF, de expor todo o sistema legal da recuperação judicial à completa ineficácia, transferindo toda a carga de risco da recuperação a credores desprivilegiados, independentemente da qualidade de seu crédito, valor ou prazo de vencimento. Fatos estes irrazoáveis, que refletem, diante os prejuízos sociais, a supremacia do interesse privado sob o interesse público, supremacia esta manifestamente legitimada pelo Poder Legislativo, que elaborou o referido dispositivo, e pelo próprio Poder Judiciário, que através de interpretações extremamente legalistas, acabam por fugir das finalidades da lei, chancelando, conseqüentemente, prejuízos catastróficos à toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BEZERRA FILHO, Manuel J. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada**. 6. Ed. RT, 2009.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 de março de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

BRASIL. **Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei 4.728 de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm >. Acesso em 22 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei 6.099 de setembro de 1974**. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm>. Acesso em: 22 de março de 2017.

BRASIL. **Lei Nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 09 de março de 2017.

CALCBANK. **O Brasil é medalha de bronze no ranking de spread bancário mundial**. Disponível em: < <https://www.calcbank.com.br/blog/o-brasil-e-medalha-de-bronze-no-ranking-de-spread-bancario-mundial/>> Acesso em 05 de março de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa** - 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1988.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa**. 2008. 241 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte – MG. 2008.

MACHADO, Rafael Bicca. **Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim**. TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **As “travas bancárias” na recuperação judicial: validade, eficácia e limitações**. 2012. 100 fls. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima - MG. 2012.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo. Ed. Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: 2006.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

SIMÃO, Edna; JUBE, Andrea; GOÉS, Francisco. **BNDES cria linha para aquisição de empresa em recuperação**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4687855/bndes-cria-linha-para-aquisicao-de-empresa-em-recuperacao>>. Acesso 05 de março de 2017.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental n.17722/mt (2011/002528-7-10/03/2011)**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/frameimprimir.asp?numreg=201100254287&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n. 1.0079.09.94688-5/002.** Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/jurídico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10079099468385002 >. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Agravo de Instrumento n. 2971131.** Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Tribunal+de+Justi%C3%A7a+de+Pernambuco.+Agravo+de+Instrumento+n.+2971131> > Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 653.329.4/3-00.** Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=581574&vlcaptcha=CYEKw> > Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo Regimental n. 7.332.892-8.** Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3581574&vlCaptcha=CYEKw> > Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

Tribunal de Justiça do Ceará. **Agravo Interno n. 06279930520158060000 CE 0627993-05.2015.8.06.0000.** Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Agravo+Interno+n.+06279930520158060000+CE+0627993-05.2015.8.06.0000.+>> Acesso em 28 de fevereiro de 2017.