

As controvérsias relacionadas à trava bancária, no âmbito da recuperação judicial**Disputes relating to the latch bank within the judicial recovery**Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas¹Neide Adriana das Chagas²

Resumo: O presente artigo tem o escopo de analisar o controvertido tratamento dado pelos Tribunais às cessões fiduciárias de recebíveis e direitos creditórios, a denominada "trava bancária" em recuperações judiciais. É cediço que, com o advento da Lei 11.101/2005, sobreveio ao ordenamento jurídico pátrio o princípio da preservação da atividade empresarial, pelo qual o legislador deu ênfase à recuperação da empresa em crise econômica financeira, em prol da sua função social, como geradora de empregos e fonte pagadora de tributos. Nesse contexto, instalou-se a celeuma sobre a possibilidade de incidência da "trava bancária", nas operações de empréstimos garantidas por créditos da empresa-recuperanda, ignorando por completo o procedimento estabelecido no plano de recuperação judicial. A discussão travada nos juízos gira em torno do privilégio conferido às instituições financeiras, que, com o objetivo de receber o seu crédito, expropriam imediatamente o patrimônio da devedora-recuperanda, dizendo-se amparada pelo art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, ao passo que todos os demais credores ficam submetidos à moratória do desenrolar do plano de recuperação judicial. Quer se avaliar, portanto, se a "trava bancária" e a consequente expropriação da garantia da cessão fiduciária de direitos creditórios seria legítima, tendo em conta os princípios informadores do sistema falimentar, notadamente, o da preservação da empresa.

¹ Professora de Direito da PUC MINAS e Faculdades Del Rey – UNIESP. Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tutora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.. Servidora Pública Federal do TRT MG – Assistente do Desembargador Dr. Sérgio da Silva Peçanha. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Site: www.claudiamara.com.br. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br.

² Especialista em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. – Instituto de Educação Continuada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: neidinha_direito@yahoo.com.br.

Palavras-chave: trava bancária, recuperação judicial, princípio da viabilidade da atividade econômica da empresa, princípio da preservação da empresa.

Abstract: This article has the scope to analyze the controversial treatment given by the courts to fiduciary assignment of receivables and receivables, the so-called "bank lock" on judicial recoveries. It's musty that with the enactment of Law 11.101 / 2005, came to the paternal law the principle of preservation of the business activity, for which the legislator emphasized the recovery of the company in financial economic crisis for the sake of its social function as a generator jobs and payer of taxes. In this context, it settled the fuss about the possibility of incidence of "bank lock" in the operations of loans secured by company-recuperanda credits, completely ignoring the procedure laid down in judicial recovery plan. The discussion waged in the courts centers on the privilege granted to financial institutions, which, in order to get your credit immediately expropriate the assets of the debtor-recuperanda, claiming to be supported by art. 49, paragraph 3 of Law No. 11.101 / 2005, while all other creditors are subject to the moratorium on the conduct of the judicial recovery plan. Want to evaluate, so if the "bank lock" and the subsequent expropriation of guarantee of fiduciary assignment of receivables would be legitimate, given the principles informants bankruptcy system, notably the preservation of the company.

Keywords: bank lock, judicial recovery, principle of viability of the economic activity of the company, principle of preservation of the company.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise econômica, a recuperação judicial tem sido uma alternativa importante para dar fôlego às empresas em crise econômica-financeira. O instituto foi criado para as empresas que se deparam em situação de insolvência, cuja reabilitação ainda é possível e desejável.

Um de seus principais efeitos é a decretação de moratória frente aos credores pelo período de 180 dias, suspendendo-se todas as ações e execuções em trâmite contra a devedora-recuperanda. O referido lapso temporal se mostra necessário para a estruturação e apresentação do plano de recuperação judicial, instrumento de reorganização da atividade

empresária, em que ficarão estabelecidas as estratégias para superação do momento de turbulência.

É, exatamente, no contexto da recuperação judicial que surge a controvérsia relacionada com a “trava bancária”.

Sabe-se que a primeira alternativa à crise econômica empresarial tem sido o empréstimo bancário. Dentre as operações de mútuo existentes no mercado, uma tem sido utilizada de forma recorrente pelas instituições financeiras, sobretudo, com o objetivo de escapar aos efeitos da recuperação judicial: cuida-se de empréstimo via cédula de crédito bancário com garantia de cessão fiduciária de direitos creditórios.

A propósito, a cédula de crédito bancário se materializa em um título de crédito emitido por pessoa física ou jurídica, uma promessa de pagamento em dinheiro em benefício da instituição financeira, em troca da liberação de recursos. Por ser uma cártula se sujeita às regras gerais do Direito Cambiário, possuindo, entretanto, determinadas especificidades que visam facilitar e agilizar o exercício do direito do crédito pelo credor, bem como sua respectiva cobrança em juízo.

A cédula de crédito bancário admite todas as formas de garantia, contudo, a mais utilizada é a cessão fiduciária de direitos creditórios, por meio da qual a devedora e tomadora do empréstimo cede a titularidade de créditos determinados para a instituição financeira, até a liquidação total do débito.

Em outras palavras, a instituição financeira empresta dinheiro à empresa devedora, em troca da transferência da titularidade dos créditos existentes como garantia do negócio. Normalmente, no ato da contratação do empréstimo resta avençado entre as partes que os créditos cedidos, a título de garantia pelo montante emprestado, bem como outros valores operados pela devedora, ficam depositados em conta sob a administração daquela instituição financeira.

A controvérsia sobre o tema se inicia quando a empresa cedente dos direitos creditórios entra em recuperação judicial e daí se indaga: tais créditos sofrerão os efeitos do plano de recuperação judicial?

Destarte, a Lei de Recuperação Judicial estipula em seu art. 49 que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Entretanto, o parágrafo 3º do aludido artigo dispõe que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da

recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

Apesar de a Lei 11.101/2005 prever que a propriedade fiduciária não se submete aos efeitos da Recuperação Judicial, a jurisprudência não é unânime, no aspecto. Há entendimentos divergentes em diferentes cortes do Brasil, uns defendendo a exclusão do crédito dos efeitos da recuperação judicial, com espeque no art. 49, §3º da Lei 11.101/2005 e outros afirmando que tais títulos não estariam inclusos no rol do referido dispositivo.

A pretensão central deste estudo, portanto, é verificar se as empresas que cedem às instituições bancárias os seus recebíveis podem ficar sujeitas à “Trava bancária”, pela qual se concede o benefício de pagamento imediato da dívida, sem a participação do quadro universal de credores.

2. CONCEITO DE “TRAVA BANCÁRIA”

A “trava bancária” cuida-se de mecanismo, que os bancos utilizam para proteger o seu direito de recebimento da dívida da sociedade empresária em estado de Recuperação Judicial.

Em outras palavras, a “trava bancária” se dá em caso de cessão fiduciária, na qual o empresário em recuperação judicial concedeu em garantia seus créditos recebíveis, em troca de liberação de recursos. Nesses casos, a tese defendida pelos Bancos é de que, ao realizar o negócio jurídico – mútuo, o empresário transfere a propriedade do crédito para a instituição financeira, e este, opera a trava bancária, bloqueando os créditos que a seu sentir são de sua propriedade, ignorando o princípio do *par conditio creditorum*.

Conforme explica o ilustre professor, Dr. Leonardo Almeida Sandes:

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 empresária, 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 empresária, afastando o risco de quebra da sociedade. Mantendo-se a eficácia dessa cláusula que permite aos bancos “travar” as operações cotidianas da empresa em recuperação, apropriando-se das receitas de suas atividades, a recuperação judicial está fadada ao insucesso, e seu destino será o mesmo da sua antecessora, a concordata: o absoluto descrédito desse instituto. Cabe, assim, ao Poder Judiciário, ao analisar as questões controversas da Lei 11.101/05, adequá-la ao seu próprio escopo de propiciar a recuperação do negócio, afastando as cláusulas contratuais que autorizam a malsinada “trava bancária”. (SANDES, p.15, 2011).

Vê-se, pois, que a "trava bancária" se consubstancia na indisponibilidade de créditos recebíveis da devedora-recuperanda, em prol do pagamento do empréstimo anteriormente concedido pela instituição financeira, sem a submissão ao plano de recuperação.

Diante de tal contexto, surgem as discussões, nos juízos brasileiros, em torno do privilégio das instituições financeiras de expropriar os créditos da sociedade empresária em fase de recuperação judicial, ignorando os demais credores, submetidos à moratória do plano de recuperação judicial.

3. O PRINCÍPIO DO *PAR CONDITIO CREDITORUM* E A “TRAVA BANCÁRIA”

O princípio do *par conditio creditorum* assume papel importante no sistema falimentar, notadamente, por estabelecer a regra de que nenhum credor pode ser beneficiado em detrimento de outro, ou seja, todos os credores, no âmbito da recuperação de empresa ou falência, devem ser tratados igualmente.

Segundo Paulo Sérgio Restiffe, a unidade de tratamento concursal dos credores, expresso no brocado *par conditio creditorum*, é

[...] princípio informativo, porque universal, do direito falimentar do tratamento igualitário dos credores, ou seja, da igualdade entre os credores, é aplicável, proporcionalmente, em relação aos créditos da mesma natureza, respeitados, ainda, preferências e privilégios (REFTIFFE, 2008, p. 03).

Em sendo assim, o *par conditio creditorum* é um princípio segundo o qual se garante a todos os credores desprovidos de preferência, igualdade na concorrência paritária em relação ao patrimônio do devedor. Deve ser aplicado, por óbvio, dentro de cada classe de credores.

Assim, em observância do *par conditio creditorum* os credores pertencentes a uma mesma classe deverão ter tratamento igualitário, no ato de satisfação dos seus respectivos créditos.

Todavia, no caso da recuperação judicial, verifica-se que as “travas bancárias” ignoram o *par conditio creditorum*. Isso porque o bloqueio de recebíveis da empresa em dificuldades financeiras quita apenas a dívida de um credor, a instituição financeira, podendo até mesmo inviabilizar a recuperação da atividade da sociedade empresária, desrespeitando os demais credores sujeitos a *par conditio creditorum*.

É nessa toada que as previsões contidas no art. 49 e seus parágrafos vêm-se tornando objeto de questionamento por parte dos credores da sociedade empresarial em recuperação, em razão da alegada violação ao princípio falimentar, que prevê o tratamento isonômico dos credores no momento da satisfação de seus respectivos direitos perante a sociedade falida ou em recuperação judicial.

4. PRINCÍPIOS AFETOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PRESERVAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, VIABILIDADE DA EMPRESA EM CRISE, CONSERVAÇÃO E MAXIMIZAÇÃO DOS ATIVOS

Após breve abordagem sobre o *par conditio creditorum*, passa-se a analisar os demais princípios afetos à recuperação judicial, são eles: preservação e função social da empresa, viabilidade da empresa em crise, conservação e maximização dos ativos.

O Direito Privado, como um todo, encontra-se na era da funcionalização. Tem-se a função social do contrato, da família, da propriedade, da empresa, enfim, os direitos particulares devem ser exercidos de forma a não prejudicar a sociedade.

Seguindo essa perspectiva, a função social da empresa relaciona-se com a conciliação dos interesses do empresário com os da sociedade, impondo o exercício da atividade empresária de forma responsável, menos gravosa ao meio ambiente, observando sempre a saúde e segurança de seus colaboradores, sem se descuidar do pagamento dos impostos.

Com efeito, a empresa tem um papel social de extrema importância, sobretudo, porque cria empregos, promove a circulação de bens e serviços, e, por consequência, impulsiona o desenvolvimento econômico nacional por meio da quitação de impostos.

Corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa. Não obstante tal princípio não conste como norma constitucional explícita, pode ser extraído dos fundamentos e das finalidades da ordem econômica, notadamente, a partir: da

atribuição primordial à empresa privada do exercício de atividade econômica (decorrência da livre iniciativa); da previsão de valorização do trabalho (refletida na busca do pleno emprego); da vinculação da empresa a uma função social; da compreensão do papel da empresa privada para o desenvolvimento econômico do país.

Além disso, o princípio da preservação da empresa foi positivado pelo legislador no art. 47 da lei 11.101/2005, segundo o qual:

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 (BRASIL, 2005).

Vê-se, pois, que o princípio da preservação da empresa tem por escopo preservar as 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. Pretende-se, por meio dele, garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.

Em sendo assim, conclui-se que o princípio da função social da empresa encontra-se intimamente ligado ao da preservação da empresa, podendo-se, inclusive, afirmar que se uma empresa cumpre seu papel social merece ser preservada.

De par com isso, a Lei nº 11.101/05 também disciplina como requisito para a concessão da recuperação da empresa, o estudo da viabilidade da empresa, sendo esta a verificação da sustentabilidade da atividade empresarial. Em outras palavras, faz-se necessário analisar se é viável ou não recuperar determinada empresa, se compensa para a sociedade suportar as despesas inerentes ao processo de recuperação como um todo.

Verifica-se, novamente, se a empresa cumpre sua função social e se merece ser preservada.

Segundo Toledo, o princípio da viabilidade da empresa em crise *“relaciona-se diretamente com o caráter residual, onde o processo falimentar somente deverá ser provocado em casos de empreendimentos inviáveis, assim sendo, se deve buscar antes a possibilidade de recuperação da empresa”* (TOLEDO, 2012, P. 78).

Luis Fernando Valente de Paiva aduz que *“a viabilidade da empresa se constitui na demonstração das condições que possibilitam a mesma continuar existindo”* (PAIVA, 2015, p. 35).

De acordo com Alessandra Doumid Borges Pretto e Dary Pretto Neto, a empresa é viável:

(...) quando exerce suas atividades em um ambiente baseado na isonomia, na concorrência, livre de abusos econômicos que permitam o desenvolvimento de sua atividade econômica. Os referidos autores entendem que os fundamentos da empresa devem ser sólidos, fazendo com que o motivo causador da crise seja decorrente de falha de planejamento, ocorrência de crise econômica sazonal ou reversível, ou seja, que a superação da crise da empresa seja possível através da recuperação judicial (PRETO; NETO, p.30, 2015).

Consoante Sérgio Brina, o princípio da conservação da atividade empresária viável:

Leva em consideração todas as relações existentes entre o contexto empresarial e a ordem socioeconômica, relaciona-se diretamente com o caráter extraordinário do processo falimentar, estabelecendo a necessidade de manter uma empresa desde que se demonstre possuir os requisitos mínimos para sua efetiva atividade (BRINA, 2009. p. 13).

Não bastasse a necessidade de realizar um juízo de viabilidade da empresa, também deve ser observado o princípio da conservação e maximização dos ativos.

Jean Carlos Fernandes conceitua o princípio da conservação e maximização dos ativos como “uma tentativa de viabilizar a manutenção da atividade empresarial, através da prerrogativa de que os ativos da empresa devedora devem ser preservados e, sempre que possível valorizados” (FERNANDES, p. 23, 2009).

Este princípio, inclusive, pode justificar a liberação da trava bancária, pois os recursos correspondentes seriam mais bem utilizados, em prol da preservação da empresa, no pagamento dos credores constantes do plano de recuperação judicial.

Vê-se, pois, que os princípios mencionados têm um único objetivo de manter a empresa em funcionamento, cumprindo a sua função social, mantendo-se viva como fonte de emprego e de pagamento de impostos.

5. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE “TRAVA BANCÁRIA”

Merece atenção, nesse momento, o polêmico tratamento dado pela doutrina e jurisprudências dos Tribunais às cessões fiduciárias de recebíveis e direitos creditórios e a "trava bancária", no âmbito das recuperações judiciais.

Conforme explicitado alhures, a controvérsia a ser tratada no presente artigo, envolve o entendimento contido no art. 49, parágrafo 3º, da "Lei de Recuperação Judicial e Falência", segundo o qual credores de propriedade fiduciária de bens móveis não estariam sujeitos ao procedimento de recuperação judicial, prevalecendo seus direitos sobre o bem dado em garantia e as condições contratualmente previstas.

Com efeito, a lei 11.101/2005, que regulamenta sobre a Recuperação Judicial empresária, em seu art. 49, considera que os créditos já existentes a partir da data do pleito da recuperação judicial, a ela estão sujeitos, ou até mesmo aqueles com data futura. O parágrafo 3º do mesmo diploma legal, por sua vez, retira da recuperação judicial:

O 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 (BRASIL, 2005).

Assim, uma vez proferido o deferimento do processamento da recuperação judicial, resta evidente a sujeição dos credores aos efeitos do plano de recuperação judicial.

No entanto, fica a discussão se os créditos que foram garantidos, por meio de cessões fiduciárias de títulos de crédito ou arrendamento mercantil, estariam ou não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Veja-se que, nos termos do art. 49, parágrafo 3º, da Lei nº 11.101/2005 – LRF, não estariam alcançados pelos efeitos de eventual aprovação do plano de recuperação judicial, taxativamente: a) os credores classificados como sendo proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis; b) arrendador mercantil; c) titular de crédito de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, uma vez presente a cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade; d) vendedor em contrato de venda com reserva de domínio; ou e) as instituições financeiras que antecipem recursos aos exportadores em contrato de câmbio.

Do exame de tal dispositivo, percebe-se, claramente, o tratamento especial dado aos denominados "credores proprietários", pois seus créditos ficam garantidos pela propriedade de um bem ou direito de crédito oferecido em garantia, ainda que posteriormente seja decretada a recuperação judicial d empresa devedora.

Todavia, levanta-se a dúvida se estes credores seriam, de fato, proprietários.

Por ser considerado abusivo e contrário aos fundamentos da recuperação judicial, os bloqueios de créditos recebíveis, intitulados “travas bancárias”, não têm sido tratado de maneira uniforme pela doutrina e pelas Jurisprudências dos Tribunais Brasileiros.

Segundo AYOUB e CAVALLI (2013, p. 67), a eficácia das “travas bancárias” reside na necessidade de se conceder uma garantia mais tangível e segura às instituições financeiras, responsáveis pelo financiamento de crédito necessário e inerente ao desenvolvimento do mercado empresarial.

Os doutrinadores adeptos a essa linha de pensamento, defendem que o travamento de créditos é de caráter econômico-financeiro e torna o mercado empresarial mais eficaz (PACHECO, 2012, p. 2/3). Apegam-se no argumento de que a "trava bancária" é espécie de contrato de alienação fiduciária, com previsão de transferência da propriedade ao credor de direitos e/ou títulos em crédito, atuais e futuros, até a liquidação total da dívida, hipótese não sujeita aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, parágrafo 3º, da lei 11.101/05 (exclusão bem móvel para efeitos legais, de caráter patrimonial).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim se posicionou, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - "TRAVA BANCÁRIA" - RECURSO NÃO PROVIDO. A "trava bancária", ou cessão fiduciária de créditos recebíveis, é a garantia oferecida aos bancos pelas empresas na obtenção de empréstimos bancários para fomentação de suas atividades. Nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, 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. (MINAS GERAIS, TJ- AI: 10702140897621001 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 2015).

No mesmo sentido, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDAPOR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS 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. (BRASILIA, STJ - REsp: 1202918 SP 2010/0125088-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 2013).

Como se vê, a validade da trava bancária para tais decisões se ampara nos termos do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, pelo qual a alienação fiduciária de coisa fungível e a

cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, teriam a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial.

Não obstante defendam a validade da "trava bancária", verifica-se que para fins de oposição do crédito fiduciário aos demais credores da empresa em recuperação judicial, o registro perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio da empresa recuperanda, antes da distribuição do pedido de recuperação judicial, tem sido considerado obrigatório.

Aliás, a ausência de registro das Cédulas de Crédito Bancário no Cartório de Registro de Títulos e Documentos tem sido um dos motivos de afastamento da “trava bancária”, *in verbis*:

ACÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – TRAVA BANCÁRIA – SUSPENSÃO MANTIDA – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – EXCEÇÃO – CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULO E DOCUMENTOS – EXCLUSÃO DO CONCURSO DE CREDORES – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA TRAVA – GRAVE PREJUÍZO À RECUPERANDA – COMPROMETERIA CRÉDITO DISPONÍVEL EM CONTA CORRENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A Lei Federal nº 11.101/05 (que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária) dispõe no artigo 49, caput, que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. O § 3º do referido dispositivo legal traz exceção à sujeição dos créditos à recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, dentre elas o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis. 2. Na hipótese versada, além dos fundamentos assentados em primeiro grau para a suspensão das travas bancárias, verifico a impossibilidade de classificar o crédito do agravante como extraconcursal, como pretende fazer crer, porquanto, conforme alegam as agravadas, não houve o registro das Cédulas de Crédito Bancário no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, os quais não apresentam qualquer carimbo ou outra informação acerca do aludido registro. 3. Ante à ausência de registro na espécie, as garantias são ineficazes perante os demais credores, de forma que não pode o agravante receber seu crédito fora da recuperação judicial, razão pela qual deve ser mantida a decisão interlocutória de suspensão da trava bancária que recai sobre os contratos firmados com o agravante. 4. A manutenção da trava bancária pretendida pelo agravante causaria grave prejuízo às agravadas, pois retiraria a disponibilidade do crédito existente em conta corrente, que na hipótese importa em valor mensal vultoso (média de R\$ 4.000.000,00), o que sem sombra de dúvida poderia inviabilizar a recuperação judicial pretendida. (MATO GROSSO DO SUL, TJ - AI: 14004979720158120000 MS 1400497-97.2015.8.12.0000, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, 2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - "TRAVA BANCÁRIA" - CONTRATOS DE CESSÃO JUDICIÁRIA NÃO REGISTRADOS - RECURSO NÃO PROVIDO. Evidencia-se que a "trava bancária", ou cessão fiduciária de créditos recebíveis, é a garantia oferecida aos bancos pelas empresas na

obtenção de empréstimos bancários para fomentação de suas atividades. Para a validade da "trava bancária", a fim de oposição do crédito fiduciário aos demais credores da empresa em recuperação judicial, faz-se necessário seu registro perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio da empresa recuperanda, antes da distribuição do pedido de recuperação judicial. Verificando que o contrato de cessão fiduciária de crédito, conhecido por "trava bancária", não foi registrado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio da devedora, a instituição financeira não poderá proceder a "trava bancária" bloqueando os valores da recuperanda. Portanto, há necessidade prévia de registro do contrato de alienação fiduciária como condição *sine qua non* para a constituição da propriedade fiduciária. (MINAS GERAIS, TJ- AI: 10024132763418003 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 2015).

Não se ignora, pois, os fundamentos do posicionamento favorável à aplicação da “trava bancária”, na recuperação judicial.

Todavia, filia-se ao seguimento doutrinário defensor da tese de que a cessão fiduciária deve ser desconsiderada e equiparada ao penhor de recebíveis, garantia submetida aos efeitos da recuperação judicial, principalmente, tendo como pano de fundo os princípios da viabilidade da empresa em crise, da conservação e maximização dos ativos; da preservação da empresa e de sua função social.

Com efeito, o penhor é um negócio jurídico acessório, que tem o condão de garantir um débito. O inadimplemento do débito permite que a satisfação do crédito se dê por meio do bem dado em garantia. Trata-se de um direito real sobre coisa móvel, uma proteção especial para o credor.

À vista do disposto no art. 1.431 do Código Civil Brasileiro, “*constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação*”. (BRASIL, 2002).

O doutrinador Silvio Rodrigues rememora o ensinamento clássico de Beviláqua, para quem “o penhor, como o direito real, submete uma coisa móvel ou mobilizável ao pagamento de uma dívida” (*apud* RODRIGUES, 2002, p. 349), exigindo a transferência da posse, ou seja, a tradição é obrigatória.

Como os direitos reais exigem publicidade para se constituírem, no caso do penhor, esta ocorre em dois momentos: quando o bem é submetido ao registro público, e, em seguida, no momento de transferência da posse ao credor. Assim, a tradição tem o fim de publicizar à relação jurídica subjacente.

Mostra-se, portanto, plenamente plausível o enquadramento da garantia de créditos como penhor.

Considerando-se o penhor de recebíveis não está expressamente incluído no rol das exceções do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, os créditos cedidos em garantia às instituições financeiras estariam sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial. Seguindo essa perspectiva, é ilegítima a “trava bancária”.

Além disso, Fábio Ulhoa Coelho e Melhim Namem Chalhub (2014, p. 158) ensinam que não poderiam tais créditos ser excluídos da abrangência da recuperação judicial, principalmente, porque a propriedade do bem dado em garantia continua a ser do devedor e, como tal, deve ser utilizado para pagamento dos credores constantes no Plano de Recuperação Judicial.

Não bastassem tais argumentos, entende-se que a trava bancária, na recuperação judicial, seria incompatível com o princípio constitucional da preservação da empresa, sobretudo, por inviabilizar o pagamento aos demais credores, sujeitos à recuperação judicial. Conforme já dito, não há como ignorar que o travamento dos recursos da empresa devedora pode gerar a convação em falência.

Em sendo assim, dúvidas não há de que os princípios da viabilidade da empresa em crise, da conservação e maximização dos ativos, da preservação da atividade empresarial e da função social são suficientes para justificar a desconsideração ou flexibilização das “travas bancárias”.

Há situações concretas em que o bloqueio de créditos corresponde a mais de 50% do faturamento da empresa, sendo certo que, nesses casos, a atividade empresarial se tornará impossível de ser administrada e, conseqüentemente, o plano de recuperação judicial frustrado e a convação em falência uma realidade indesejável.

Corroborando com a tendência da flexibilização das “travas bancárias”, cumpre trazer à colação as decisões da 2ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DEFERIU EM PARTE A LIMINAR, LIMITANDO A DENOMINADA - TRAVA BANCÁRIA A 20% DOS RECEBÍVEIS DA EMPRESA. INCONFORMISMO DO BANCO-CREDOR. PRELIMINAR DE NULIDADE. NÃO ACOLHIDA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. A preliminar arguida pelo agravante deve ser rejeitada. Isto porque a simples leitura do *decisum* ora impugnado revela que o entendimento adotado pelo douto Magistrado singular foi devidamente fundamentado, não havendo em que se falar em violação do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. No mérito, tenho que o presente recurso não deve ser provido. Em consonância com o artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, **as cessões fiduciárias de direitos de crédito se sujeitam ao regime da recuperação judicial. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de se admitir a liberação da trava bancária em sede de recuperação judicial, como medida para possibilitar o sucesso da recuperação e preservação da**

empresa. Multa diária pelo descumprimento da decisão judicial fixada em patamar razoável. Decisão que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC” (RIO DE JANEIRO, TJ. Processo nº 0042771-37.2013.8.19.0000. Desembargador Joaquim Domingos, De Almeida Neto. 2013; negritos e grifos acrescidos).

EMENTA: RECEBIVEIS DE CARTAO DE CREDITO PENHORA DO CREDITO PIGNORATICIO SUJEICAO AO PROCESSO DE RECUPERACAO DA EMPRESA PRINCIPIO DA PRESERVACAO DA SOCIEDADE EMPRESARIAL Direito empresarial. Recuperação judicial de empresa. Credor que se apresenta como proprietário fiduciário, mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação. Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato. Recurso a que se nega provimento. (RIO DE JANEIRO; TJ. Processo nº 0014987-27.2009.8.19.0000 (2009.002.01890), Desembargador Alexandre, 2009; negritos e grifos acrescidos).

Outra decisão emblemática foi proferida em 2012, no processo de nº 0380326-46.2012.8.19.0001, pelo juiz Mauro Pereira Martins, titular da 4ª Vara Empresarial da cidade do Rio de Janeiro, que deferiu o pedido de recuperação judicial da marca Maria Bonita, desconsiderando o mecanismo conhecido por “*trava bancária*”, adotado pelas instituições financeiras credoras das empresas detentoras da grife.

No caso, as autoras da referida ação alegaram que a adoção pelas instituições financeiras do mecanismo denominado “*trava bancária*” constitui o maior óbice para a recuperação delas, pois cerca de 85% do faturamento ficaria retido para pagamento de juros e amortizações.

No *decisum*, o juiz destacou que o mecanismo vem inviabilizando por completo a continuidade da atividade empresarial desenvolvida e deferiu medida liminar para que as instituições financeiras detentoras da denominada “*trava bancária*” se abstenham de praticar qualquer ato destinado ao bloqueio ou apropriação de qualquer valor depositado em conta corrente, em face da observância do princípio da preservação da empresa.

Da análise dos acórdãos em referência, pode-se extrair uma embrionária tendência jurisprudencial de relativizar o uso das “travas bancárias”, em prol da preservação da sociedade empresária em fase de recuperação judicial, como forma de proteção à sua função social.

A matéria é por demais controvertida e, por este motivo, merece ser melhor explorada e analisada pelos doutrinadores, bem como pelos Tribunais.

6. ALTERNATIVAS PARA A QUEBRA DA TRAVA BANCÁRIA

O princípio básico da Lei nº 11.101 é possibilitar capital de giro para que as empresas possam se recuperar financeiramente. Diante desse contexto, a exclusão pura e simples da alienação fiduciária da recuperação judicial se consubstancia no favorecimento dos bancos, prática considerada como crime na Lei de Falência.

Assim, considerando-se que “a “trava bancária” praticamente impede que a empresa em crise se reabilite importante se mostra verificar alternativas para o seu afastamento, de modo a não prejudicar a devedora-recuperanda, tampouco a instituição financeira credora.

Posiciona-se, em primeira análise, pela ilegitimidade da “trava bancária”, pelos fundamentos já explicitados alhures. Contudo, nesse tópico, pretende-se, ainda, conciliar os interesses da empresa-recuperanda e a instituição financeira. Isso porque não se defende o calote, mas sim o pagamento dos credores, sem interferir na continuidade do exercício da atividade empresarial.

Nessa toada, a segunda alternativa para o afastamento da “trava bancária” seria a substituição garantia (créditos recebíveis) por outros bens. Todavia, a dificuldade estaria no fato de a alteração da garantia ser submetida ao disposto no §1º do art. 50 da Lei de Falências, pelo qual a substituição da garantia dependeria do consentimento do credor garantido. Aqui, considerando-se a imeditividade inerente às instituições financeiras, tal concordância dificilmente ocorreria.

Outra alternativa, que tem sido utilizada pelos Tribunais, seria o desbloqueio parcial dos créditos recebíveis. Tal circunstância possibilitaria o pagamento da instituição financeira, bem como atenderia os interesses dos demais credores.

Não se pode negar que quanto maior a garantia, menor a taxa de juros aplicada no ato do mútuo, e, em sendo assim, a substituição da garantia, bem como o desbloqueio da parte dos créditos recebíveis não deixam de ser alternativas menos gravosas para ambos os atores aqui mencionados.

7. CONCLUSÃO:

Após breve estudo sobre vislumbrou-se a possibilidade de a “trava bancária” ser afastada por decisão judicial, sob a tese de que a cessão fiduciária pode ser desconsiderada e

equiparada ao penhor de recebíveis, garantia submetida aos efeitos da recuperação judicial, por se encontrar dentro da esfera patrimonial do devedor.

Além disso, restou evidenciado que a trava bancária, na recuperação judicial, seria incompatível com o princípio constitucional da preservação da empresa, sobretudo, por inviabilizar o pagamento aos demais credores, sujeitos à Recuperação Judicial. Não há como ignorar que o travamento dos recursos da empresa devedora pode gerar a convolação em falência.

Em sendo assim, conclui-se que os princípios da viabilidade da empresa em crise, da conservação e maximização dos ativos, da preservação da atividade empresarial e da função social são suficientes para justificar a desconsideração ou flexibilização das “travas bancárias”.

Dessa forma, realça-se que as normas contidas nos parágrafos 3º, 4º, e 5º do art. 49 da Lei 11.101/05 devem ser interpretadas de acordo com os princípios informadores do sistema falimentar, notadamente, os princípios da preservação e função social da empresa, da viabilidade da empresa em crise, da conservação e maximização dos ativos.

Defende-se, portanto, que a inclusão do crédito da instituição financeira no plano de recuperação, indubitavelmente, seria a medida mais sensata e eficaz a ser tomada pela sociedade empresária em crise em prol do alcance e satisfação dos direitos de seus credores.

Todavia, diante da discussão que envolve o tema, verifica-se a necessidade de se delinear uma maneira razoável e plausível, em relação à aplicabilidade das “travas bancárias”, com vistas a encontrar o ponto de equilíbrio legal e econômico-financeiro necessário, resguardar a continuidade da atividade empresarial.

Nesse passo, não sendo viável a primeira opção, que seria a quebra total da “trava bancária”, discorreu-se sobre a possibilidade de substituição da garantia, ou até mesmo a flexibilização parcial do bloqueio, de modo a possibilitar a liberação de parte do valor “travado” pela instituição financeira.

No campo prático, considerando o entendimento favorável à utilização das travas, verifica-se que as sociedades empresárias devem atentar à melhor composição das garantias concedidas aos seus credores, em especial, a renegociação de seus débitos com as instituições financeiras, objetivando substituir a garantia de cessão fiduciária de crédito, preferencialmente, em período anterior ao ajuizamento da ação de recuperação judicial.

Cabe, então, à empresa devedora a análise do risco envolvido ao conceder como garantia créditos recebíveis, tomando precauções para que, em caso de uma eventual recuperação judicial, não sejam eles objeto da famigerada “trava bancária”.

Assim, conclui-se que a “trava bancária” deve ser afastada ou flexibilizada, em face da preservação da empresa devedora e sua função social, conciliando os interesses da empresa, dos credores e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

AYOUB, Luiz Roberto. CAVALLI, Casio Machado. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 fev. 2005. Disponível em: Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1202918 SP 2010/0125088-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/03/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico**. 10/04/2013

CARVALHO, Ernesto Antunes de. Contratos bancários e a nova Lei de Falências. IN: Waisberg, Ivo; Fernandes, Marcos Rolim. **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Cessão Fiduciária e a Recuperação Judicial. Valor Econômico**. 2009. Caderno Legislação e Tributos.

CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão fiduciária de títulos de crédito: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

NOGUEIRA, Ricardo Negrão. **Manual de Direito Comercial & de Empresa**, 7a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Recuperação Judicial. In: **A nova lei de falências e recuperação de empresas**: Lei 11.101/05, Org. Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATO GROSSO DO SUL. TJ-MS - AI: 14004979720158120000 MS 1400497-97.2015.8.12.0000, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 27/04/2015, 5ª Câmara Cível, **DJE**. Data de Publicação: 25/06/2015)

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI: 10702140897621001 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 08/09/2015, Câmaras Cíveis / 1ª Câmara Cível, **DJE**. Data de Publicação: 16/09/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI: 10024132763418003 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 16/12/2014, Câmaras Cíveis / 1ª Câmara Cível. **DJE**. Data de Publicação: 23/01/2015).

PACHECO, José da Silva. Das disposições preliminares e das disposições comuns à recuperação judicial e à falência. **In Recuperação Judicial. In A nova lei de falências e recuperação de empresas**: Lei 11.101/05, Org. Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PRETTO, Alessandra Doumid Borges; e NETO, Dary Pretto. Função Social, Preservação da Empresa e Viabilidade Econômica na Recuperação de Empresas. <http://antares.ucpel.tche.br/ccjes/upload/File/artigo%20dary%20Alessandra.pdf> . Acesso em 27.12.2015.

PAIVA, Luis Fernando Valente de (Coord). **Direito Falimentar e a nova lei de Falências e Recuperação de Empresas**. SP: Quartier Latin, 2005, p.35.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0014987-27.2009.8.19.0000 (2009.002.01890). Desembargador Alexandre Câmara. 2ª Câmara Cível do Rio de Janeiro. **DJE**. Julgamento: 18.02.2009

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0042771-37.2013.8.19.0000. Desembargador Joaquim Domingos De Almeida Neto. 2ª Câmara Cível do Rio de Janeiro. **DJE** Julgamento: 09.10.2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. vol. 5, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

TOLEDO, Paulo F.C. Salles. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.