

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**TRAVA BANCÁRIA: UMA BARREIRA ENCONTRADA PELAS
EMPRESAS QUE BUSCAM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO
TOCANTE À LEI 11.101/2005**

ALLAN PROST DA SILVA ALVES

**CARUARU
2017**

ALLAN PROST DA SILVA ALVES

**TRAVA BANCÁRIA: UMA BARREIRA ENCONTRADA PELAS
EMPRESAS QUE BUSCAM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO
TOCANTE À LEI 11.101/2005**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Profª Msc. Renata Lima

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: 12/12/2017

Presidente: Prof^a Msc. Renata Lima

Primeiro Avaliador: Prof. Karlla Lacerda

Segundo Avaliador: Prof. Marília Vila Nova

RESUMO

Este artigo trata de explorar na Lei de Recuperação Judicial e Falência nº 11.101/2005, a “trava bancária”, conhecida pela doutrina desta forma, por trazer, muitas vezes, a inviabilidade do plano de recuperação judicial ou convação em falência, em detrimento ao crédito bancário oriundo dos empréstimos garantidos por bens da categoria de recebíveis. O estudo expõe um levantamento dos aspectos gerais de visão econômico-empresarial que são essenciais para a compreensão da busca por empréstimos dessa categoria, que abrange: cheques, duplicatas, movimentos de cartões de crédito. Ademais, elabora-se um exame dos princípios mantenedores da empresa, presentes na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, para corroborar com a necessidade de encontrar solução ao empecilho que as empresas encontram quando buscam o soerguimento. Neste sentido, através dos métodos indutivo e hipotético-dedutivo, o artigo trabalha com a hipótese de recorrer à analogia, buscando no *cram down*, conceder suporte para o magistrado fundamentar a afastabilidade da trava. Então, este artigo mostra a relevância de análises comparativas dos posicionamentos de doutrina, jurisprudência e artigos científicos publicados em revistas acerca do tema. Diante da observação desses pontos, conclui-se que não há como fazer subsunção à exceção que trata o artigo 49 § 3º, de forma indiscriminada, sendo salutar e fortalecedor da segurança jurídica a análise, caso a caso, para a tomada de decisão, para assim alcançar o objetivo do instituto reabilitador, preservar a empresa e a função social, atendendo aos anseios dos credores, da sociedade e da empresa.

Palavras-Chave: Recuperação Judicial; Trava Bancária; Cram Down; Plano de Recuperação Judicial; Preservação da Empresa.

ABSTRACT

This article comes to explore in the Judicial Rehabilitation and Bankruptcy Law nº 11.101 / 2005, the "bank lock", known by the doctrine in this way, for bringing, often, the unfeasible of the plan for judicial recovery or convolation in bankruptcy, to the detriment of the bank credit originated from the loans guaranteed by assets of the receivables category. The study presents a survey of the general aspects of economic-business vision that are essential for understanding the search for loans of this category which includes: checks, duplicates, movement of credit cards.. In addition, an examination is made of the principles maintaining the company, present in the Federal Constitution and infra constitution legislations to corroborate the need to find a solution to the obstacles that companies encounter when seeking uplift. In this regard, by the inductive and hypothetical-deductive methods, the article works with the hypothesis of using the analogy, searching in the cram down, grant support to the magistrate to base the temporary removal of the lock. So, this work shows the relevance of comparative analyzes of the legal literature, jurisprudence and scientific articles published in magazines on the subject. In view of these points, it is concluded that there is no way of submission the exception dealing in Article 49 §3º, in an indiscriminate manner, and that a case-by-case analysis for decision-making is salutary and strengthens legal certainty for the objective of the rehabilitation institute, preserve the company and the social function, meeting the expectations of creditors, society and business.

Keywords: Judicial Rehabilitation; Bank Lock; Cram Down; Judicial Recovery Plan; Preservation of the Company.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. ASPECTOS RELEVANTES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA O SURGIMENTO DA TRAVA BANCÁRIA.....	8
1.1 Relação da trava bancária com os princípios fomentadores da manutenção da empresa.....	10
1.2 Análise normativa dos créditos submetidos a Recuperação Judicial	12
2. TRAVA BANCÁRIA	14
3. ANALOGIA COM O <i>CRAM DOWN</i> ACARRETANDO UMA SOLUÇÃO PARA A EXCLUSÃO DA TRAVA BANCÁRIA	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Empresarial, a concordata, embrionária da legislação romana, vigorou no Brasil por décadas através do Decreto-lei 7.661/45 como um mecanismo de manutenção da saúde financeira da empresa, porém, estava quase em desuso devido aos seus insucessos, vindo a ser substituída pela Lei de Falência 11.101/2005 em 08 de junho de 2005. A Recuperação de Empresas Judicial ou Extrajudicial aperfeiçoou a alternativa das empresas manterem-se ativas nos momentos sombrios financeiros, assim, não permitindo que existam perdas avassaladoras e diretas dos empregos e amenizando as incertezas que têm de suportar os credores no que concerne ao adimplemento de seus créditos. Para isso, tudo tem início na elaboração de um plano a ser aprovado por uma assembleia.

O objetivo deste estudo será a análise da razão do requisito “trava bancária” surgir como forma de inviabilizar a aprovação do Plano de Recuperação pela assembleia geral de credores (AGC) ou até mesmo a própria Recuperação Judicial. Buscará a finalidade, sob o prisma da analogia, de estudar a possibilidade de viabilizar a RJ no poder que o magistrado tem de aprovar o plano quando desaprovado pelos credores, conhecido na doutrina como *cram down* e encontrado no artigo 58, §1º, da lei em estudo, ou seja, não aplicar a norma que constitui na exclusão dos créditos bancários da categoria de cessão fiduciária, trazendo-os para a recuperação, e com isso alcançar a efetividade do instituto reabilitador.

Será analisado o problema das empresas recuperandas no Brasil, na sua maioria esmagadora, enfrentarem dolorosa frustração na convocação em falência ou não conseguirem sair dos *status quo* de recuperação. É alarmante este fato, por isso, será pertinente fazer uma exploração sobre os aspectos gerais da Recuperação Judicial e, mais especificamente um levantamento do procedimento para a sua concessão. Nessa conjuntura, este trabalho tratará de identificar no artigo 49, §3º, da Lei de Falência nº 11.101/2005 um empecilho encontrado frequentemente para o alcance da aprovação da RJ.

Na primeira sessão, far-se-á imperioso saber que para manterem-se ativas no mercado, as empresas que se encontram em crise financeira, recorrem, num primeiro momento, aos empréstimos bancários e aceitam negociações desfavoráveis confiando no arrojamento empreendedor. Este artigo irá se dedicar a esclarecer que o problema surge exatamente nas exigências por parte dos bancos que condicionam os empréstimos aos créditos futuros de recebimento da empresa, denominados de recebíveis (duplicatas, cheques, movimento de cartões), recaindo essa operação em cessão fiduciária de crédito. Terá o escopo de estudar esta condição *sui generis* que atropela os princípios do *par conditio creditorum*, o princípio da

preservação da empresa e a Constituição Federal no seu princípio da função social da empresa.

Frente a esse panorama, num segundo momento, será pertinente conhecer as denominadas “travas bancárias”, que em breve resumo, consiste em uma barreira que as empresas em crise econômica enfrentam no momento que buscam a Recuperação Judicial. Terá o intuito de estudar se essas travas tornam a inviabilidade de aprovação do plano de recuperação, então, presumível, uma vez que ver-se-á exaurir quase que por completo o fluxo de caixa que fomentaria a recuperação, acabando por tornar infrutífero todo e qualquer esforço de levar o procedimento adiante.

Ainda, no terceiro ponto, será exposto neste trabalho uma analogia do *cram down* oriundo do direito estadunidense, que se traduz em um poder inerente dos magistrados de mesmo quando desaprovado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores (AGC), se atendido alguns requisitos básicos, aprová-lo. A proposta de fazer esse contraponto com a temática principal do estudo, buscará esclarecer que o objetivo real do legislador na criação da Recuperação Judicial visa eliminar ao máximo o encerramento de atividades das empresas.

Destarte, acerca da trava bancária, será relevante realizar análises comparativas dos posicionamentos de doutrina, jurisprudência e artigos científicos publicados, ou seja, as fontes de pesquisas serão primárias e secundárias, isto para solidificar entendimentos primordiais sobre o que as empresas recuperandas precisam ter disponíveis como elementos que constituam oportunidade de manterem-se ativas e, sobretudo, competitivas num mercado de concorrência assoladora. Assim, a pesquisa será exploratória, elaborar-se-á pelos métodos indutivo e hipotético – dedutivo e terá natureza aplicada, já que tratará de uma situação recorrente na vida de quem exerce atividade empresarial.

1 ASPECTOS RELEVANTES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA O SURGIMENTO DA TRAVA BANCÁRIA

Se faz salutar iniciar uma exploração dos fatores externos que interferem direta ou indiretamente na economia das empresas, essencialmente, no momento da atual conjuntura político-econômica brasileira que segue instável e cheio de incertezas, não raras as vezes, vem tendo notas rebaixadas nas agências reguladoras de avaliação de crescimento de PIB, imiscuindo-se diretamente no meio empresarial. Eles condicionam o deslinde dos procedimentos de salvaguardar a vida ativa de quem exerce atividade empresarial, relevante ao interesse social, sobretudo porque diz respeito à manutenção de postos de trabalho e arrecadação de impostos, ratificando pertinência efetiva a reabilitação.

Para uma aplicação pertinente da legislação falimentar, o jurista deverá se valer de um conhecimento ligado as áreas de contabilidade, administração de empresas, macroeconomia, economia regional, como uma forma de embasamento para posteriores decisões que podem aferir sucesso ou malogro do atual diploma. (SALOMÃO, 2017, p. 09) A crise econômico-financeira que a empresa enfrenta, muitas vezes, está atrelada à incapacidade momentânea de honrar seus compromissos, ou seja, falta fluxo de caixa. Mas é neste cenário que o instituto da recuperação ganha força, quando a perspectiva de lançamentos futuros e de crescimento forem previsíveis, devem embasar o pedido de Recuperação Judicial. (COELHO, 2010, pp. 231-232)

É sabido que para manterem-se ativas no mercado, as empresas que se encontram em situação financeira conturbada recorrem, num primeiro momento, aos empréstimos bancários e aceitam negociações desfavoráveis confiando no arrojamento empreendedor. O despertar de olhos se dá, pelos bancos, ao tomarem conhecimento da condição favorável que detêm até mesmo na situação de quase quebra da empresa, onde terão excluídos da ordem de classificação de créditos as suas garantias fiduciárias oriundas de créditos de recebíveis, ficam em condição de conforto, e o empresário ou a sociedade empresária não mais possuirão escolha de meios de empréstimos senão pela disposição destes bens garantidores.

Os bens considerados como recebíveis são aqueles que incrementarão o capital de giro nas empresas, alavancando seu potencial competidor. Trata-se de duplicatas, cheques, movimento de cartões, que formam um patrimônio futuro e podem ser considerados uma fonte de segurança para os que negociam no meio empresarial, tanto que se torna corriqueira a transação desses títulos para concessão de prazos ou capital para circulação. Entretanto, é necessário verificar os casos particulares a fim de estabelecer em quais situações os créditos

de recebimentos futuros disporão possibilidade de superação da crise empresarial. Percebe-se que ganha espaço a relação de momento atual versus momento futuro, pois as consequências da retirada desses créditos da recuperação judicial podem encerrar prematuramente as atividades de uma empresa, que no *status quo*, não dispõe de capital para adimplir seus débitos, porém detém de créditos futuros a receber que viabilizaria a RJ, se tornando uma decisão desarrazoada.

Faz-se, então, fundamental conhecer o trajeto percorrido pelas empresas que buscam se recuperar para identificar as causas que bloqueiam e buscar formas para conceder robustez as que viabilizam, para assim a tentativa de soerguimento não se encerrar de forma prematura. No que concerne ao procedimento de recuperação, na fase de início, mais precisamente na apresentação do plano, é preciso submeter conteúdo relativo aos débitos e expor o patrimônio ativo a assembleia geral de credores (AGC) para que possam deliberar sobre a viabilidade de recuperação. As palavras de Luis Felipe Salomão (2017, p. 09) são cirúrgicas: “O plano de recuperação da empresa é o verdadeiro coração da atual lei”.

É mister identificar que o legislador proporcionou medidas de parcelamentos de débitos diferenciadas para aquele que conseguir se inserir no mecanismo da reabilitação. Vale ressaltar que a lei obriga a suspensão das ações da devedora por um prazo de 180 dias (excluindo apenas as ações relativas a quantias ilíquidas, execuções fiscais e as cognições trabalhistas), conhecido pela doutrina como *stay period*, prazo este que vem sendo até mesmo alongado pela jurisprudência, ou seja, o objetivo é viabilizar a recuperação da empresa. Mas, para que isso ocorra, existem elementos essenciais que devem embasar o pedido de recuperação, como a previsibilidade de lançamentos futuros, componente indissociável à aprovação do plano de RJ.

Outro aspecto essencial é que a recuperação não deve ser vista como um bônus à pessoa do empresário, não há pessoalidade ou personificação, o que deve ser levado em consideração é a preservação da fonte produtora de renda. Então, corolário ao real propósito da Recuperação Judicial, esclarece Gladston Mamede (2016, p.123):

Mas a empresa (a fonte produtora) não se confunde com empresário ou sociedade empresária. Os interesses do empresário ou sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados no artigo 47 da Lei 11.101/05. Embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta). A recuperação judicial pode concretizar-se até em desaproveito do devedor, que pode ser apartado da empresa, a bem da manutenção desta.

Isto posto, depara-se com a finalidade que o instituto reabilitador recebe da legislação concursal, assegurar o interesse social. A recuperação judicial deve ter como exponencial mecanismos que visem preservar a empresa, desde que os dados levantados sobre os ativos e passivos sejam favoráveis ao soerguimento, pois é a sociedade quem receberá os maiores benefícios do sucesso desta operação.

Para Fábio Ulhoa Coelho, (2011, p. 413): “O exame da viabilidade deve ser feito, pelo Judiciário, em função de vetores como a importância social, a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e passivo, o tempo de existência da empresa e seu porte econômico”. A preocupação de compor elementos necessários e voltados para a manutenção da empresa é a fisiologia da recuperação. Logo, a concessão dos benefícios através da Recuperação Judicial para aquele que a busca, deve subsidiar a superação da crise econômico-financeira, sobretudo ofertando condições de competitividade para um mercado de concorrência assoladora.

Na doutrina contemporânea à época da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, já se previa, segundo Sergio Campinho (2006, p.119):

[...] a superação do estado de crise dependerá da soma de esforços entre credores e devedor, podendo ser reversível ou não, caso em que o caminho será a liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores seguindo um critério especial de preferências – a falência.

Pelo exposto, percebe-se a corroboração do autor em identificar que os esforços terão de ser conjuntos para o alcance positivo da norma, ou do contrário, a falência será inevitável.

1.1 Relação da trava bancária com os princípios fomentadores da manutenção da empresa

Em busca de um entendimento cristalino, acerca dos princípios que fazem ligação direta com o propósito da RJ, se faz pertinente mencionar, já de início, o dispositivo art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência – Lei nº 11.101/2005:

Art.47 A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O legislador esclarece que o desígnio da lei está tanto no seu objetivo, qual seja o de viabilizar a superação da crise econômica em que a recuperanda atravessa, como na efetivação dos princípios que fomentem a sobrevivência empresarial economicamente viável. Para

assim, verem satisfeitas as garantias de manutenção de empregos, fontes circulantes de capital e arrecadação de tributos. Como bem preceitua nesse contexto Manoel Justino Bezerra Filho (2012, 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.

Trata-se de uma possibilidade de efetivação do texto constitucional, sobretudo no que diz respeito ao princípio da função social da empresa. Ressalta-se ainda, que o princípio da função social da empresa está inserido no bojo da Constituição Federal do Brasil, em seu Artigo 5º, inciso XXIII na redação: “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 2016). O constituinte cuidou de assegurar expressamente como garantia fundamental a função social, para não deixar margem a interpretações que pudessem deturpar o objetivo que deve atender à propriedade.

Neste diapasão, promover o princípio da preservação da empresa também encontra respaldo na lei de Recuperação Judicial da Empresa. Esclarece Fábio Ulhoa (2014, p.9) que:

No direito vigente, em sua aplicação à recuperação judicial, o princípio da preservação da empresa deriva do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Ele auxilia o intérprete e aplicador das normas referentes a este mecanismo de superação da crise empresarial, como delimitador da finalidade fundamental de todo o instituto. Se, enquanto princípio, a preservação da empresa não pode ser invocada simplesmente para afastar a aplicação das regras legais, serve, porém, de orientação geral à interpretação destas, que não pode se dissociar da indiscutível finalidade fundamental da recuperação judicial.

Ou seja, no Direito Concursal atual brasileiro, cabe ao magistrado a análise do caso concreto, para que sua decisão de concessão ou não da RJ seja pautada no estudo do contexto empresarial que aquela empresa está inserida, levando em consideração não só a probabilidade de adimplemento dos débitos, mas a preservação daquela fonte produtora.

Ainda, é *sine qua non* mencionar o princípio do *par conditio creditorum*, uma vez que a essência doutrinária deste faz ligação direta com o estudo da trava bancária. A lei em estudo preceitua que se deve tratar os credores, por classes, e nestas, tratamento com paridade, equiparação, como ensina Fazzio Junior (2008, p.19): “a equidade é um princípio geral de Direito que, aqui, se manifesta em toda a sua intensidade.”. Para solidificar ainda mais o conceito deste princípio, vale ressaltar o estudo de Cirina Melo (2016, p. 49) que traz: “... há outro princípio basilar que é o *par conditio creditorum*, segundo o qual os credores devem receber um tratamento paritário no processo Concursal”.

Resta evidente que os princípios trazem a ideia que os credores formam uma universalidade, e que necessitam de um tratamento equiparado em suas subdivisões para atingirem um fim comum, garantindo estímulo à economia local. Para Luis Felipe Salomão (2017, p.179): “A ideia central, que permeia todo o processo coletivo frente ao devedor em crise, é a do “concurso universal”, de tal modo que o esforço individual não se reverta em proveito próprio, de maneira predatória e afoita, mas em prol da massa de credores”.

À vista disso, na fase de apresentação do plano, excluir os credores detentores de créditos bancários da categoria de cessão fiduciária de crédito é violar os princípios que buscam manter um rol de garantias aos cidadãos como empregos, circulação de capital, arrecadação de impostos, desenvolvimento local, entre outros. A decisão sobre afastar ou não esses créditos, não deve ser estritamente dogmática, tomada unicamente pela legalidade. O estudo do caso concreto é indispensável para que a subsunção da lei seja realizada da maneira mais eficaz e eficiente. A busca em alcançar a efetivação do ordenamento jurídico como um todo, é o alicerce de qualquer ramo do Direito. Neste sentido, não pode ser uma regra excluir ou incluir tal crédito, mas examiná-los de acordo com o contexto e a previsibilidade de soerguimento daquele que exerce atividade empresarial.

1.2 Análise normativa dos créditos submetidos à Recuperação Judicial

Nesse primeiro momento de análise normativa, é necessário iniciar uma explanação do *caput* dos artigos que se referem aos créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial, estão dispostos nos artigos 49 e 59 da Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência – Lei nº 11.101/2005, na redação:

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

Art. 59 O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1o do art. 50 desta Lei.

A regra contida nestes artigos traz que todos os credores devem se submeter aos efeitos da RJ, sob o prisma do tratamento isonômico. Fábio Ulhoa (2011, p. 191) comenta:

A recuperação atinge, como regra, todos os credores existentes ao tempo da impetração do benefício. Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste. Quer dizer, não poderão ter os seus créditos alterados ou novados pelo Plano de Recuperação Judicial. Aliás, esses credores, por terem contribuído com a tentativa de reerguimento da empresa em crise terão seus créditos reclassificados para cima, em caso de falência (art. 67)[...]

[...] Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fossem, o devedor não conseguiria mais acesso a nenhum crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.

Numa leitura em sentido estrito, percebe-se que o legislador cuidou de classificar todos os créditos até a data do pedido de recuperação como passíveis de se submeterem aos efeitos da RJ. Para Mamede (2016, p. 80): “Por isso há quem prefira compreender o concurso de credores como uma execução coletiva: a coletividade dos credores executando, em processo único (o juízo universal), o patrimônio insuficiente do devedor comum”. Essa aglomeração que o legislador tratou de criar é que deve subsidiar a recuperação, uma vez que dispostos no mesmo conjunto, os esforços serão mútuos para que aquela empresa tenha condições de manter pujantes as suas atividades.

Entretanto, fazendo uma análise da lei como um todo, verifica-se que as particularidades concedidas a determinados créditos podem inviabilizar o instituto da reabilitação, isto porque, nos parágrafos dos artigos acima citados, encontram-se exceções. Seria inescusável não citar Manoel Justino Filho (2013, p. 143): “Os créditos que foram mais diretamente ressalvados são de origem financeira, de tal forma que, quando da elaboração final da Lei, dizia-se que essa não seria a lei de “recuperação de empresas” e sim a lei de “recuperação do crédito bancário””.

Nesse viés, as exceções de que tratam os parágrafos desses dispositivos merecem um estudo mais detalhado e dimensionado acerca do tratamento doutrinário, jurisprudencial e normativo da “trava bancária”, portanto, serão analisadas na próxima sessão deste artigo.

2 TRAVA BANCÁRIA

A confiança no arrojamento empreendedor por quem exerce atividade empresarial é a mola precursora para a busca do sucesso no sistema capitalista. A obstinação pelo crescimento largo e rápido leva os empresários e as sociedades empresárias, muitas vezes, a recorrerem aos empréstimos bancários para terem capital disponível para um melhor poder de barganha e, conseqüentemente, maior competitividade no mercado; ou, em outras situações, esses empréstimos são destinados para subsidiar seu fluxo de caixa e manterem as contas adimplentes. Atualmente, o corriqueiro nas transações bancárias com empresários, é que os empréstimos sejam garantidos por recebíveis como: duplicatas, movimentos de cartões de crédito, cheques, ou seja, há uma cessão fiduciária de crédito, que nas datas de vencimentos, o dinheiro não mais passará nas contas da empresa, mas direto ao banco.

Acontece que, as variações de mercados existem e algumas empresas enfrentam crises econômico-financeiras mesmo tendo conseguido créditos bancários. Diante deste fato, percebe-se que o legislador abarcou esta situação quando criou a Lei de Recuperação Judicial, a fim de conseguir preservar a empresa, concedendo negociações elásticas e flexíveis. Porém, esses créditos buscados antes da situação de crise, quando não submetidos à RJ, ensejam o travamento bancário, uma vez que foram excetuados da regra geral do concurso universal de credores, e, por conseguinte, retiram o capital da empresa que poderia ensejar o soerguimento. Diante deste fato, percebe-se que a importância da razoabilidade deverá nortear o procedimento.

No texto normativo da lei em estudo, quando da busca pela recuperação, a submissão dos créditos aos benefícios do instituto reabilitador encontra guarida, como outrora já explorado, no art. 49 da Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e Falência – Lei nº 11.101/2005: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.”, porém, sendo previstas as exceções:

Art. 49 [...]

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

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

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

Para devida análise dessas exceções previstas nos parágrafos acima mencionados, é pertinente mencionar Fábio Ulhoa (2011, pp. 61/62) quando preceitua que a trava bancária:

Consiste em dois dispositivos da Lei de Falência, em que determinados créditos, normalmente titulados pelos Bancos (mas, em alguns casos, não só por eles), são poupados dos efeitos da recuperação judicial: §§ 3º e 4º do art. 49, não se aplicando para o § 5º seguinte. Em relação ao § 3º, a trava bancária propriamente dita seria concernente aos créditos titulados pelo "proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis". As outras três travas constantes do mesmo dispositivo não seriam bancárias, "embora não existam quaisquer diferenças quanto ao fundamento e à extensão da exclusão dos efeitos da recuperação".

No tocante ao § 3º, existe uma exclusão na recuperação quanto aos créditos que constituem cessão fiduciária, os créditos bancários dos empréstimos garantidos pelos recebíveis, que gozam desse prestígio. Neste ponto, as controvérsias são doutrinárias e jurisprudenciais no que dizem respeito aos empréstimos bancários serem incluídos ou não nestas exceções; e se devem ser excluídos, em quaisquer casos ou se caberia ao magistrado analisar o contexto particular de cada caso de busca da RJ.

Vale ressaltar que, mesmo o parágrafo terceiro trazendo que esses créditos não se submetem à RJ, o mesmo texto normativo impede que determinados bens sejam alienados ou até mesmo retirados do devedor durante o prazo de suspensão. (Santos, 2017, p. 326) A lei é clara ao tratar o assunto quando usa o termo "essencial", o que remete a uma exceção dentro da exceção. É o pode, mas depende de que momento ou de quais circunstâncias.

Concernente à divergência doutrinária, a "Trava Bancária", no entendimento de Leonardo Almeida Sandes (2011 p.15) é:

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.

Percebe-se que esse posicionamento indica que a exclusão dos créditos bancário da RJ anda na contramão do que é necessário ao soerguimento da empresa em crise financeira. Deixa claro que retirar o fluxo de recebíveis de quem já está com a vida financeira em descontrole é desarrazoado e pode ensejar de uma vez por todas a quebra da empresa. O teor ideológico da Lei de Recuperação Judicial 11.101/2005 é de fornecer parcelamentos estendidos e créditos facilitados no intuito de preservação empresarial, não podendo ser levado ao descrédito ou desuso, por força das instituições financeiras bancárias ou de categoria similares, que visam impor de qualquer maneira uma exceção.

Ao discorrer sobre o assunto, Cláudia Viegas (2016, p. 121) mostra que:

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, § 3.º, da Lei 11.101/2005 (exclusão bem móvel para efeitos legais, de caráter patrimonial).

Porém, ao expor seu posicionamento, a autora (2016, p.125) defende que:

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...

... À vista do disposto no art. 1.431 do CC/2002 (LGL\2002\400), "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".

Estas divergências doutrinárias estão aparentes e refletem posicionamentos em relação ao fato de constituir cessão fiduciária e tornar os créditos das instituições bancárias intocáveis e garantidos pelos recebíveis da empresa, o que enseja a trava bancária; ou, constituir penhor de recebíveis, levando os bancos ao concurso universal de credores, afastando assim esta barreira bancária.

Prosseguindo na corrente que considera a trava bancária uma barreira para as empresas que buscam a recuperação, ensina Paulo Penalva Santos (2017, p.326):

A realidade tem demonstrado que um dos maiores problemas das sociedades empresárias em dificuldade é a questão referente à cessão fiduciária de recebíveis, utilizadas pelas instituições financeiras, que permite a exclusão desses créditos da recuperação judicial. Entretanto, a exigência imediata da devolução desses valores ao credor inviabiliza qualquer possibilidade de recuperação da empresa, pois é impossível uma sociedade funcionar sem capital de giro.

A doutrina tem posicionamentos positivos acerca de o crédito bancário constituir-se em cessão fiduciária. Porém, ela não é uníssona sobre a aplicação incondicionada da exceção de exclusão do crédito bancário de cessão fiduciária na RJ.

Uma peculiaridade deve ser analisada no procedimento da recuperação judicial, mais especificamente na busca por entrada imediata de capital, é que nem sempre pode ser considerada a melhor e mais apropriada forma de garantir o soerguimento da empresa. Isto porque, se este testilha direito de credores da importância de bancos, por exemplo, a própria sociedade poderá sofrer consequências como não mais conseguir créditos junto ao sistema financeiro. (SALOMÃO, 2017, p.230). Neste ponto, a devida, prudente e serena apuração que o magistrado faz do caso concreto, irá filtrar e ponderar a situação levada ao juízo para que esse possa identificar os elementos essenciais que devem substanciar àquela RJ.

A jurisprudência diverge, não há entendimento pacífico firmado, apesar de o Superior Tribunal de Justiça – STJ se posicionar em favor de constituir cessão fiduciária, como se visualiza no Recurso Especial de relatoria do Ministro Ricardo Cueva, 2013:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDAPOR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃOJUDICIAL. "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. Data do julgamento: 10/04/2013)

Trata-se de uma interpretação fria e crua da lei, deixando de lado a discussão do contexto que a empresa que busca a recuperação judicial está inserida. Nota-se que a pauta dessa decisão está voltada ao debate do tipo de crédito que consiste os empréstimos de recebíveis. No comentário de Paulo Santos (2017, p. 328) sobre esta decisão: “assim, o devedor transmite o direito de crédito ao credor, e o produto será apropriado pelo cessionário-fiduciário até o valor do limite do crédito, não se submetendo aos efeitos da recuperação judicial. (art. 49, 3º)”.

Não obstante, encontra-se no mesmo ano e posterior à data da decisão do STJ, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro proferindo decisão que flexibiliza e afasta a “Trava Bancária”. Nas palavras do Desembargador Joaquim Domingos, 2013 na ementa da decisão:

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. Data do julgamento: 09.10.2013)

A decisão é bem específica e observa o real propósito do legislador na criação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência 11.101/2005, não aplicando uma exceção em detrimento da manutenção de uma fonte produtora de renda.

Esse panorama traz que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais caracterizam um território hostil para as empresas que buscam a recuperação judicial, uma vez que estas ficam descobertas de segurança jurídica para resolução do conflito. É aparente que na apresentação do plano de recuperação judicial à assembleia de credores, o conhecimento da retirada de capital de giro tende a inviabilizar a aprovação do mesmo, uma vez que os credores restarão insatisfeitos por serem surpreendidos pelo privilégio dos banqueiros no tratamento de ordem de recebimento.

Além disso, manter a trava bancária, retirando seu fluxo de caixa, é inviabilizar o prosseguimento da própria empresa. Levando o instituto da Recuperação Judicial ao mesmo resultado que teve a antiga concordata, ao absoluto descrédito. Papel, então, do Poder Judiciário ponderar e interpretar as controvérsias encontradas na Lei nº 11.101/2005, para garantir a recuperação afastando esta barreira. (SANDES, 2011, p.15)

Ressaltando um ponto em relação à Constituição Federal, o judiciário deve dirimir as obscuridades trazidas pelos casos concretos e proporcionar viabilidade jurídica para legitimar o texto constitucional no âmbito empresarial. Neste aspecto, (Barroso, 1990, p.107 apud Santos, 2017, p.330) “ensina que o princípio constitucional da função social da propriedade é uma norma programática que deve ser interpretada de acordo com a lei ordinária”. Ou seja,

vale buscar nos ensinamentos do intérprete constitucional a devida análise acerca da subsunção do ordenamento jurídico ao fato. Com isso, alcançar a melhor solução e mais devida eficácia e efetividade da lei ordinária à luz do texto constitucional, o que significa atrelar à lei, todos os princípios trazidos pela carta magna. O objetivo do legislador na criação do instituto reabilitador deve ser preservado quando confrontado com exceções. Para Paulo Penalva Santos (2017, p.330):

Esse preceito da função social está previsto no art.47 da Lei 11.101/2005 ao dispor que “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**”. (grifo do autor)

Destarte, os quadros doutrinários e jurisprudenciais divergem não só ao tipo de crédito que consistem os empréstimos bancários baseados na disposição de recebíveis, mas também sobre a manutenção dos princípios fomentadores da recuperação judicial e sobre os impactos que as decisões judiciais podem trazer a recuperanda. Então, a aplicação da lei ordinária deve ser pautada no contexto em que ela está inserida, com a cautelosa análise do ambiente local para que não seja imposta e conseqüentemente ineficaz ou até mesmo injusta naquela determinada situação.

No caso específico deste estudo, trava bancária, explorar-se-á o instituto do *cram dow*, fazendo uma analogia que pode subsidiar o magistrado na tomada de decisão. Sabe-se que o ordenamento jurídico, analisado sistematicamente, concede meios para evitar que o juiz se recuse de julgar alegando ausência de lei, desde que decida devidamente justificado. Para compreender essa alusão, será trivial disposição própria, em outra sessão, para uma exploração detalhada acerca deste instrumento.

3 ANALOGIA COM O *CRAM DOWN* ACARRETANDO UMA SOLUÇÃO PARA A EXCLUSÃO DA TRAVA BANCÁRIA

Diante do quadro pormenorizado a respeito da influência dos *stakeholders*¹, resta evidente que a aplicação indiscriminada da lei, sem análise do caso concreto, pode levar ao insucesso do instituto reabilitador. Portanto, para fazer um contraponto com a necessidade de basear a decisão que afasta o crédito bancário da RJ, recorrer-se-á ao instrumento do *cram down*, através da analogia, com o objetivo de enxergar uma alternativa jurisprudencial e com isso alcançar uma solução de exclusão da trava bancária.

O *Cram Down* tem origem estadunidense, e nasceu nas jurisprudências ao longo dos anos 1978. No Brasil, posteriormente à concordata, os tribunais passaram a utilizar deste mecanismo de concessão judicial de aprovação do plano de recuperação, embora exista limitação normativa do art. 58 na discricionariedade do magistrado, o que não acontece nas legislações internacionais como nos Estados Unidos com o instituto do *cram down* e, na Alemanha, com o instituto de insolvência, o *Obstruktionsverbot*. (Martins, 2016 pp.161-178)

O procedimento em relação à aprovação do plano de recuperação judicial daquele que procura o instituto da RJ está estipulado no texto do dispositivo Art. 45 da Lei de Recuperação e Falência que traz: “Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.” (BRASIL, 2017). Ou seja, a regra para conseguir aprovação e iniciar uma RJ depende diretamente das classes de credores corroborarem com o estipulado pela devedora.

Entretanto, para interpretação deste artigo, vale recorrer a um instituto do direito concursal contemporâneo que vigora no Brasil, o *Cram Down*. Para Glauco Martins (2016, p.156):

O chamado *cram down* consiste em mecanismo que é geralmente identificado com a possibilidade de a Corte conceder a recuperação de um empresário ainda que haja o dissenso de uma classe a respeito dos termos do plano de recuperação apresentado. Assim, segundo Douglas Baird, o processo de obtenção de confirmação de um plano contra a objeção de uma classe é chamado de *cram down*.

O *cram down* se porta para a RJ como um trunfo na manga do magistrado. É certo que para o plano ser imposto pelo juiz, a lei condiciona essa possibilidade, mesmo quando desaprovado por uma classe de credores, desde que atendidos alguns requisitos básicos, o magistrado, então, aprovar. No mesmo sentido, ensina Manoel Justino Filho (2013, p. 175):

¹ Segundo CHIAVENATO (2003), preceitua um ambiente do contexto em que a organização está inserida e que necessita manter transações com os seus arredores. Transações estas, que tudo o que ocorre no ambiente externo influencia diretamente o que ocorre internamente nas empresas.

(...) o juiz pode conceder a recuperação judicial, mesmo que o plano tenha sido rejeitado na assembleia. Configura-se aqui o chamado *cram down*, termo importado do direito norte americano e sem a possibilidade de tradução fiel. Com certa jocosidade, poder-se-ia dizer que a tradução livre redundaria em “goela abaixo”, ou seja: mesmo com a discordância da AGC, ainda assim, o plano será aprovado e irá “goela abaixo” dos credores.

Este conceito ou tentativa de tradução direcionado ao *cram down*, ostenta certa rigidez, entretanto, aduz o objetivo do legislador com pragmatismo. O magistrado tem força de aprovar uma RJ, mesmo quando desaprovada por uma classe de credores.

Este poder de discricionariedade do juiz tem regulamentação legal, no Brasil, pelo disposto no Art. 58 da Lei de Recuperação Judicial nº 11.101/2005, na seguinte redação:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Examinando este artigo, é necessário verificar no resultado atingido pela AGC, se foram cumulativamente preenchidos todos os incisos do § 1º, pois só com a positividade cumulativa é que o juiz poderá conceder a RJ, mesmo que o PRJ reste rejeitado. (Bezerra Filho, 2013, p.175)

Na lição de Paulo Penalva Santos (2017, p.314):

A lei permite, portanto, que o juiz homologue o plano, mesmo que não tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores, mas desde que atendido os requisitos dos parágrafos do art. 58 da Lei 11.101/2005, sendo certo que um dos requisitos para a adoção do *cram down* é o fato de que o plano não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Portanto, cabe ao magistrado, em consonância com a referida norma citada acima, aprovar o plano de recuperação mesmo com a desaprovação de uma classe. Essa flexibilização da norma pelos tribunais resta percebida, pois pretende alcançar os princípios que fomentam a superação da crise econômico-financeira da empresa, sobretudo evitar a convalidação em falência. Além de prever, em seu §2º, a impossibilidade de tratamento

diferente entre credores da classe que rejeitara o plano, ou seja, mais uma vez a regra do tratamento isonômico entre credores toma lugar de protagonismo.

Observando por outro viés, no cenário jurídico prático, mais precisamente na advocacia do estado de Pernambuco, há uma ausência de varas especializadas em Direito Empresarial, sobretudo direcionadas para Recuperação Judicial e Falência. Este fato é pertinente aludir, uma vez que o judiciário anda abarrotado de ações, as varas cíveis são repletas de demandas de toda natureza, e, portanto, o exame de viabilidade que poderia ser realizado por perícias, fica a cargo do magistrado e/ou serventuários, gerando mais esse acúmulo de função, conseqüentemente, alongando o tempo do processo.

À face do exposto, percebe-se que para enfrentar o problema, será necessário, ao magistrado, recorrer à visão sistemática do direito (VILANOVA, 1972, p.349) e não ficar adstrito à lei. A devida correlação acerca do instrumento *cram down*, consiste que a possibilidade de exclusão da trava bancária, deve ser elaborada, como objetivo deste artigo, pela ótica do princípio da analogia.

Para Paulo Queiroz (2011, p. 88), a analogia:

Mas a analogia é essencial à realização do direito por um outro motivo: ao recorrerem, na fundamentação de suas decisões, a leis, precedentes judiciais ou doutrina, juízes e tribunais, a pretexto de fazerem subsunção, em realidade fazem analogia, pois as situações em comparação nunca são idênticas, mas mais ou menos semelhantes. Dito de outro modo: as leis, doutrina, ou precedentes e situações a que se referem nunca são absolutamente iguais ou absolutamente desiguais, e sim, mais ou menos análogos; e quando as semelhanças prevalecem sobre as dessemelhanças – e isso requer um juízo de valor sempre questionável –, damos tratamento unitário; caso contrário, damos solução jurídica diversa. (...)

O controle judiciário é exercido não só por textos de leis, mas de uma forma ampla que possa levar em consideração os elementos que interferem naquela situação concreta, fazendo com que uma abordagem *latu sensu* possa se valer e utilizar de princípios, doutrinas, costumes, a fim de buscar a melhor resolução e segurança jurídica ao caso concreto. É minucioso, para o juiz, examinar no ambiente empresarial daquele que busca a RJ, se a exclusão da trava bancária será prudente e razoável para a recuperanda, ou se estaria cometendo uma injustiça com as instituições financeiras. O fato é que ele tem que decidir.

Mas, para que ele possa afastar uma determina lei de um caso concreto, deverá fundamentar sua decisão, é neste aspecto que esta poderia está embasada através do princípio da analogia. O *cram down*, figurando como um poder do magistrado aprovar o PRJ, encontra guarida na positivação da Lei de Falência e Recuperação de forma expressa no artigo 58, já o afastamento da trava bancária está de forma subjetiva abarcado pelo artigo 49, § 3º “não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a

venda ou a **retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.**” (grifo nosso), portanto, o afastamento fica sujeito à subjetividade ou se trata de omissão legislativa, devendo o magistrado fundamentar sua decisão que afastar a trava bancária. O Código de Processo Civil, 2015, dispõe:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Trazendo este dispositivo processual para o estudo deste trabalho, percebe-se que o juiz deverá, em consideração aos princípios constitucionais e legais da manutenção da empresa, decidir acerca da natureza que se constitui o crédito bancário de empréstimo por garantia de recebíveis, e sobre sua afastabilidade no caso concreto, podendo se valer da equiparação ao seu poder de viabilizar a recuperação, aprovando um plano outrora desaprovado.

O artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 2010, dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2009, p. 147):

A analogia consiste na aplicação de uma regra jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia legis quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia iuris quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente.

O “princípio” da analogia concede suporte aos magistrados para embasarem suas decisões, em casos onde permeiem omissões, lacunas legislativas acerca do assunto, desde que, existam dentro do ordenamento jurídico elementos que possam ser encaixados naquele caso concreto para fazer sanar essa lacuna, uma vez que, vale ressaltar, o juiz não pode deixar de decidir alegando falta de legislação específica. Ao tratar do tema trava bancária, percebe-se que as controvérsias são muitas encontradas na doutrina e na jurisprudência.

Nesse diapasão, poderia o magistrado se valer da analogia e usar a máxima de “quem pode mais por menos” e fulcrar sua decisão fundamentando que, se o legislador concedeu-lhe o poder até mesmo de aprovar o plano de recuperação, outrora desaprovado por uma classe de credores, para conceder a RJ, e a fim de manter a empresa ativa, pode ele, então, afastar a exceção do §3º do artigo 49 (barreira trava bancária), analisando o caso concreto de viabilidade de soerguimento ao trazer o crédito bancário para o concurso de credores, e com isso manter uma fonte produtora de renda ativa e corresponder com o objetivo primordial do instituto reabilitador, eliminar ao máximo o encerramento das atividades das empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou estudos inseridos na evolução do instituto reabilitador de empresas que enfrentam crises econômico-financeiras. Tratou, especificamente, dos elementos que interferem no ambiente empresarial, dos princípios que fomentam indispensavelmente a recuperação, dos créditos que constituem a trava bancária e cuidou de recorrer a analogia, com o *cram down*, para solucionar a devida lacuna na Lei de Falência e Recuperação de Empresas 11.101/2005.

Restou claro, após a devida exploração do conteúdo que permeia a vida empresarial, sobretudo, da busca por capital de giro, que o favorecimento dos bancos no momento de quase quebra da empresa, toma lugar de protagonista na RJ, quando o magistrado não conceda afastamento da trava bancária. Ou seja, ficou demonstrado que a condição mais prudente é que o crédito oriundo de cessão fiduciária de bens garantidores deva fazer parte do concurso universal de credores, quando forem *sine qua non* para soerguimento da empresa-recuperanda. Do contrário, na corrente dos defensores da força das instituições bancárias, logo, filiados ao dogmatismo da trava bancária, notou-se que o estudo amplo do direito fica em segundo plano, pois a exceção constituída na norma deve ser usada a qualquer custo, sem estudo do caso concreto. Este parece convergir ao positivismo Kelseniano, e aquele aos mandamentos que permeiam a abordagem do caso concreto à luz do ordenamento jurídico como um todo.

Já explicado alhures, evidenciou-se que a trava bancária, na recuperação judicial, traz incompatibilidade com os princípios que nortearam o legislador e o constituinte na elaboração da legislação que compreendem as normas de regulamentação da recuperação empresarial. Ficou demonstrado que para o alcance do objetivo da RJ, os princípios mantenedores da função social e preservação da empresa, são partes estruturais do instituto. Não há que se falar em recuperação sem manter a empresa ativa, e acima de tudo, com força de competitividade. Portanto, estes princípios justificam a desconsideração ou flexibilização da trava bancária, dando vida à fisiologia da recuperação.

Ao tratar das normas contidas na Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas 11.101/2005, realçou-se que devem ser interpretadas num sentido amplo e analisadas minuciosamente de acordo com o caso concreto. Cabendo ao magistrado, sem dúvidas, se valer do *fumus boni iuris* para nortear o seu debruçar sobre a matéria.

Discorreu-se, ainda, sobre o conceito de “trava bancária”, levando em consideração às divergências doutrinárias encontradas no âmbito da natureza de constituição do crédito de

empréstimo vinculado a garantia de recebíveis. Verificada a discordância entre cessão fiduciária de crédito ou penhor de recebíveis, chegou-se ao entendimento que, embora consista majoritariamente em cessão fiduciária de crédito, a jurisprudência além de não ser unanime na aplicação deste conceito, por vezes anda contemplando o afastamento da trava bancária, baseando no aspecto que aquele determinado crédito, se retirado da RJ, pode inviabilizar a mesma, o que seria desarrazoado. Outrossim, constatou-se que mesmo uma turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ exarando decisão a favor da retirada do crédito bancário de recebíveis da recuperação judicial; os tribunais vêm afastando a trava bancária em decisões proferidas posteriormente ao entendimento deste órgão.

Nesse passo, ficou demonstrado, de forma salutar, que a exceção prevista no Art. 49, § 3º da Lei de Falência e Recuperação de Empresas 11.101/2005, apesar de abordar a situação em que se enquadra o crédito bancário, traz no seu texto normativo a previsão de não aplicar a exceção quando se tratar de bens que sejam essenciais à continuidade da empresa, portanto, solidificando que o magistrado deva averiguar a situação econômica-empresarial da proponente de RJ, para aplicabilidade da norma.

O trabalho buscou, ainda, no instrumento *cram down*, embasar uma solução para que o magistrado fundamente sua decisão de exclusão da barreira “trava bancária” à luz da analogia, uma vez que, é dever do juiz fundamentar sua decisão. Portanto, o poder de discricionariedade ao imiscuir-se na seara econômica-empresarial, tem o papel de examinar a viabilidade, para identificar quando é razoável e indispensável à manutenção de tal crédito para o soerguimento da recuperanda. Logo, como cabe ao magistrado até mesmo aprovar o PRJ quando desaprovado por alguma classe de credores, poderá ele, excluir a barreira bancária.

Destarte, conclui-se após este estudo, que a “trava bancária” deve ser afastada ou moderada ‘caso a caso’, para que as empresas, num primeiro momento, não sejam convoladas em falência; e, em outra possibilidade, não apenas consigam aprovação do plano de recuperação, mas terem fôlego pujante para saírem da RJ fortalecidas e competitivas para o mercado. Ao final, possam ser granjeada à preservação da empresa, a efetivação constitucional da função social, harmonizando os anseios dos credores, da sociedade e daquele que exerce atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto apud SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. Col. Saraiva de Legislação, 2016.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lei nº 12.376/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 16/05/2017.

BRASIL. **Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência – Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 16/05/2017.

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, Diário de Justiça Eletrônico, Data de Publicação: 10/04/2013.

BEZERRA Filho, Manuel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BEZERRA Filho, Manuel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPINHO, Sérgio: **O direito de empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **O Princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de Recuperação de empresas**. Revista Eletrônica de Direito, nº2, p. 9, 2014. Disponível em: <<http://cije.up.pt/content/o-princ%C3%ADpio-da-preserva%C3%A7%C3%A3o-da-empresa-na-interpreta%C3%A7%C3%A3o-da-lei-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-empresas>> Acesso em: 18/05/2017.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de Empresa**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Glauco Alves. **O CRAM DOWN no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial**. Revista de Direito Empresarial, vol. 20/2016, p. 153 – 193, Nov de 2016, DTR\2016\24311. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a9eed057882a565f0&docguid=I381473d091c811e69a42010000000000&hitguid=I381473d091c811e69a42010000000000&spos=30&epos=30&td=2503&context=164&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21/05/2017.

MELO, Cirina. **O plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: a análise da existência, da validade e da eficácia**. Tese de Doutorado na Pontifícia Universidade Católica – PUC, 2016, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18758/2/Cinira%20Gomes%20Lima%20Melo.pdf>> Acesso em: 19/05/2017.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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.

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

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **As controvérsias relacionadas à trava bancária, no âmbito da recuperação judicial**. Revista de Direito Empresarial, n, p. 121, 2016. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a9eed057882a565f0&docguid=Ieebe6da0134411e6a612010000000000&hitguid=Ieebe6da0134411e6a612010000000000&spos=8&epos=8&td=2503&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>

Acesso em: 19/05/2017.

VILANOVA, Lourival. **Lógica, ciência do Direito e Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 9, n. 36, p. 335-356, out./dez. 1972. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180588>>

Acesso em: 20/06/2017.