

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

Essencialidade de Ativos e Expropriação de Bens durante o *Stay Period*

João Lucas Kfourir Vieira

São Paulo

2019

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar, à luz dos princípios de direito e diretrizes da Lei nº 11.101/2005, a pertinência ou não de expropriação de ativos dados em garantia fiduciária por empresas em recuperação judicial. Tal controvérsia esbarra, necessariamente, na discussão acerca da essencialidade de ativos e conceituação de bens de capital, bem como no princípio da preservação da empresa e sua função social. Nesse diapasão, é possível verificar que, em atenção aos princípios norteadores do procedimento de recuperação judicial, na maioria das vezes mostra-se mais prudente que o reconhecimento da essencialidade do ativo e a aplicação do conceito de bem de capital sejam feitos de forma ampliativa. Essa conclusão, no entanto, dá margem ao uso inadequado do reconhecimento da essencialidade de ativos por parte do devedor, sendo de rigor que os magistrados profiram decisões que versem sobre o tema de forma cautelosa, atentando-se às minúcias de cada caso.

Palavras-chave: Essencialidade de ativos. Expropriação de ativos. *Stay period*. Recuperação judicial. Blindagem de patrimônio.

SUMÁRIO

RESUMO.....	2
INTRODUÇÃO	4
1 A LEI 11.101/2005 E O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	4
2 O PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	8
3 O <i>STAY PERIOD</i>	9
4 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	12
4.1 Aspectos da Lei 11.101/2005	12
4.2 A função social da empresa.....	14
5 ESSENCIALIDADE DE ATIVOS NOS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	17
6 PROBLEMA NA PRÁTICA	20
6.1 Blindagem de patrimônio.....	20
6.2 Princípio da razoabilidade	22
7 CONCLUSÃO.....	25
BIBLIOGRAFIA	25

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é fazer a análise de uma situação que põe em conflito dois relevantes interesses tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que decorre, inevitavelmente, de determinação imposta pela própria Lei 11.101/2005.

O art. 6º, § 4º da Lei acima mencionada dispõe que, deferido o processamento da recuperação judicial, serão suspensas pelo prazo improrrogável de 180 dias todas as ações e execuções movidas por devedores em face dos devedores que pretendem ingressar no regime da recuperação judicial.

Nesse cenário, há um conflito de difícil superação quando credores, em especial aqueles titulares de garantias fiduciárias – os quais não se sujeitam, justamente em virtude da natureza da garantia, aos efeitos da recuperação judicial –, buscam a retomada desses bens. Ocorre, contudo, que frequentemente esses bens são indispensáveis para o desempenho da atividade da devedora, fato que pode inviabilizar a pretendida superação da situação de crise econômico-financeira da empresa.

Se por um lado se pretende possibilitar à empresa devedora que reestruture sua dívida e supere a crise que atravessa – permitindo, dessa forma, que a atividade empresarial desenvolvida produza todos os benefícios sociais dela decorrentes –, por outro, busca-se tutelar os interesses dos credores titulares das garantias.

Ao longo do estudo, será feita uma análise da relevância de ambos os interesses, esperando-se que, ao final, seja possível concluir qual deverá prevalecer sobre o outro.

1 A LEI 11.101/2005 E O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O instituto da recuperação judicial surgiu como um mecanismo jurídico adotado pelo sistema brasileiro objetivando soerguer empresas que, apesar de estarem em crise, são economicamente viáveis, preservando sua atividade empresarial e, assim, os empregos dos trabalhadores, a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, o recolhimento de tributos, bem como todos os demais benefícios econômicos e sociais que uma atividade empresarial saudável traz consigo.

Dessa maneira, quando se fala no instituto da recuperação judicial, deve-se ter em mente a crise da empresa, uma vez que é nesse contexto em que surge o ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

Antes do advento dos métodos de recuperação de empresas, o instituto existente para que sociedades em crise pudessem evitar um decreto de quebra era o da concordata, regido pelo já revogado Decreto-Lei 7.661/1945.

Com o passar dos anos, e em virtude de consideráveis mudanças no cenário político-econômico brasileiro, fez-se necessária a edição de uma lei que se mostrasse mais eficaz em todos os aspectos.

A ineficácia e o caráter ultrapassado do Decreto-Lei 7.661/1945 como justificativa para a elaboração de uma legislação mais condizente com a realidade da época podem ser verificados na própria exposição de motivos da Lei 11.101/2005:

2. O instituto da falência no Brasil, iniciado com o Código Comercial de 1850, e inteiramente inspirado na doutrina e legislação francesa, é atualmente regulado pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

3. Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna.¹

Após longo trâmite e diversas emendas, o Projeto de Lei 4.376/1993 ocasionou a edição da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, diploma responsável pela introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da recuperação judicial.

Diferentemente da concordata, que tinha como principal objetivo evitar o decreto de falência, em sua maioria, de comerciantes, a recuperação judicial vai além. Apesar de, na prática, o referido instituto garantir ao empresário a possibilidade de reestruturar o passivo de sua sociedade empresarial, o princípio basilar da recuperação judicial é a preservação da empresa, e não de seus sócios e/ou administradores.

Conforme brevemente exposto acima, a empresa em funcionamento desempenha importante função social, seja garantindo empregos a diversos trabalhadores ou, ainda, fomentando a economia nacional e possibilitando a cobrança de tributos.

Em outras palavras, uma empresa sadia economicamente e em pleno funcionamento beneficia diversos segmentos da sociedade: os operários nela empregados, seus fornecedores, consumidores, sócios e, inclusive, a própria União.

Nesse sentido, confira-se trecho do parecer elaborado pelo então senador Ramez Tebet acerca da legislação a entrar em vigor:

¹ BRASIL. Exposição de motivos da Lei 11.101/2005. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1994. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2019.

É nessa perspectiva que o Projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se pretende é dar condição às empresas viáveis de se manterem ativas. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas.²

Nesse cenário, ao submeter o projeto de lei à análise do Presidente da República, o então Ministro da Justiça consignou o seguinte:

Adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional e o dos trabalhadores na manutenção de seus empregos.³

É importante destacar, também, que a Lei 11.101/2005 foi fundada nas mesmas premissas e peculiaridades do Código de Falências dos Estados Unidos da América.

Quando se faz uma análise dos modelos de insolvência de empresas ao redor do mundo, pode-se observar que até o fim do século passado existiam basicamente dois modelos: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã.

No primeiro, o sistema era mais destinado a tutelar os direitos e interesses do devedor. O modelo de inspiração, anglo-saxã, por sua vez, possuía características que privilegiavam os interesses dos credores.

Ocorre que o Código de Falências dos Estados Unidos da América, no final do século XX, sofreu uma ampla reforma, desenvolvendo um novo modelo de insolvência que não privilegiava a tutela do interesse dos credores nem dos devedores, propondo uma divisão de ônus entre as partes como fator preponderante para que se pudesse alcançar o soerguimento da empresa e os benefícios sociais e econômicos dela decorrentes. Dessa forma, haveria a possibilidade de benefícios para os credores e para o próprio devedor no médio e longo prazo.

Com as mesmas premissas e diretrizes do novo modelo norte-americano, a Lei 11.101/2005 propõe um modelo de recuperação judicial baseado na divisão equilibrada de ônus

² BRASIL. Parecer Projeto de Lei Complementar nº 71, de 2003. Brasília, DF: Senado Federal, [2003]. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

³ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.376, de 1993. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 22 fev. 1994. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22FEV1994.pdf#page=44>. Acesso em: 02 out. 2019.

entre devedor e credores a fim de que se possa obter os proventos econômicos e sociais da recuperação da empresa.

Conforme leciona o professor Daniel Carnio Costa, o instituto da recuperação judicial na Lei 11.101/2005 deve ser interpretado com observância ao “princípio da distribuição equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa”⁴ de modo que não haja uma exclusiva tutela dos direitos dos devedores e credores, mas uma divisão do ônus em prol dos benefícios sociais e econômicos mantidos pela atividade empresária:

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para o pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com a sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperação continuará a negociar com os seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social⁵.

Neste sentido, levando em consideração que a empresa é essencial para a economia de mercado e muito importante para o desempenho de sua função social⁶, pode-se perceber que o princípio basilar da Lei 11.101/2005 de recuperação judicial vai muito além da preservação da empresa em crise em si, uma vez que esse instituto busca a preservação da empresa a fim de evitar as consequências sociais e econômicas decorrentes de sua crise.

Ainda, é importante ressaltar que o instituto da recuperação judicial não deve ser utilizado para empresas que não sejam economicamente viáveis, uma vez que a manutenção de uma atividade empresarial que não esteja mais cumprindo a sua função social pode gerar grandes prejuízos econômicos e sociais, colocando em risco o bom funcionamento do mercado.

Se a uma empresa economicamente inviável são concedidos os benefícios do procedimento recuperacional, isto poderá ocasionar o encerramento da atividade empresarial de outras empresas que, embora viáveis, não conseguem competir com a empresa inviável que tem seu funcionamento subsidiado pela atuação judicial.

Ou seja, o instituto da recuperação judicial busca preservar os benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial através da ajuda que se dá à empresa em crise,

⁴ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falência**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 23.

⁵ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falência**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 23.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996 e COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 25, set. 1986.

permitindo que esta supere o momento de dificuldade e permaneça em atividade, reestruturando sua dívida numa negociação equilibrada e transparente entre a devedora e todos os seus credores.

2 O PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de abordarmos o tema da suspensão das ações e execuções quando deferido o processamento da recuperação judicial, é necessário fazer algumas considerações acerca do procedimento do instituto.

A Lei 11.101/2005 trouxe a possibilidade de soerguimento do devedor, de modo que este poderá requerer sua recuperação judicial perante o juízo competente, desde que preencha os requisitos elencados no art. 51 da Lei, bem como cumpra com todas as exigências do artigo 48 em sua petição inicial.

De acordo com o art. 51 da Lei, deverá constar da petição inicial do pedido de recuperação judicial a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, bem como as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável.

O art. 48, por sua vez, impõe requisitos de legitimidade para que o devedor possa pleitear perante o judiciário os benefícios da recuperação judicial. Dentre eles, vale destacar a necessidade de que o devedor, no momento do pedido, exerça suas atividades empresariais por pelo menos dois anos. Além disso, não pode o devedor, nos cinco anos anteriores ao pedido, ter obtido a concessão dos benefícios conferidos pelo instituto.

Assim, uma vez apresentado pedido de recuperação judicial e feita sua verificação prévia, com a apresentação de uma petição inicial adequada e de toda documentação exigida pelo art. 51 da Lei n. 11.101/2005, o juiz deverá deferir o processamento da recuperação, nos termos do art. 52⁷.

No momento em que o juiz defere o processamento da recuperação judicial, o procedimento se desdobra em duas linhas simultâneas e paralelas de trabalho: na primeira

⁷Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

(...)

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

ocorrerá a definição de credores, que resultará na formação do quadro geral de credores; na segunda, haverá a apresentação do plano de recuperação judicial, votação deste em Assembleia Geral de Credores e fiscalização de seu cumprimento, o que culminará (caso cumprido) no encerramento do processo de recuperação judicial ou na convalidação em falência, caso não aprovado o plano ou descumprido durante o período de fiscalização judicial.⁸

A petição inicial apresentada pela devedora deverá ser instruída com a relação de credores por ela elaborados. A linha de trabalho da formação das listas de credores tem início com a publicação da lista de credores apresentada pela devedora junto com a petição inicial através do edital do art. 52, § 1º, da Lei 11.101/2005.

Nesse momento, os credores poderão apresentar divergências administrativas ou habilitações administrativas diretamente ao administrador judicial, no prazo de 15 dias, caso discordem do valor ou classificação em que foram listados ou, ainda, não conste da relação.

Na outra alínea do processo, apresentado o plano de recuperação judicial pelas devedoras, este será homologado pelo juízo da recuperação após sua aprovação em Assembleia Geral de Credores – caso apresentada alguma objeção ao plano.

Ao homologar o plano, o juiz concederá a recuperação judicial à empresa devedora, ficando a recuperanda sob fiscalização judicial durante o prazo de dois anos.⁹

Na hipótese de descumprimento de quaisquer obrigações previstas no plano, o juiz deverá, obedecendo ao quanto disposto no art. 62 da Lei 11.101/2005, convocar a recuperação judicial em falência.

O aspecto mais importante do procedimento da recuperação judicial para o presente estudo, no entanto, é a suspensão das ações e execuções movidas em face das recuperandas pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da decisão de deferimento do processamento do feito.

No tópico seguinte, exploraremos com maior profundidade a suspensão mencionada acima, à qual se deu o nome de *stay period*.

3 O STAY PERIOD

⁸ COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial – procedimento**. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP: tomo Direito Comercial. São Paulo: PUCSP, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁹ O art. 61 da Lei 11.101/2005 prevê que o que o prazo de supervisão judicial é de dois anos: “Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”.

Conforme antecipado acima, ao deferir o processamento do pedido de recuperação judicial ajuizado pelo devedor, o juiz determinará que sejam suspensas todas as ações e execuções movidas em face das pretensas recuperandas, o que fará com base no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005.

O art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005 prevê o seguinte:

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

(...)

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

A intenção do legislador ao determinar a momentânea suspensão de todas as ações e execuções movidas em face do devedor é possibilitar que este negocie seu plano de recuperação judicial com todos seus credores, sem que esteja extremamente exposto a ordens de penhora, apreensão de bens e demais atos constritivos.

A referida suspensão consiste, dessa forma, em um período estabelecido para que o devedor possa “tomar fôlego”, permitindo a criação de um ambiente viável para uma negociação paritária entre devedor e credores e impedindo que seja ajuizada eventual ação individual de algum dos credores que possa inviabilizar a manutenção das atividades empresariais que a norma visa a assegurar.

A respeito do tema, vale conferir trecho do voto proferido pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andriighi nos autos do Conflito de Competência nº 110.250/DF:

(...) O termo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, guarda consonância com diversos outros prazos e procedimentos, tais como os dos arts. 53 e 56, §§ 1º e 4º, segundo os quais: (i) o plano de recuperação deverá ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial; (ii) a realização da assembleia-geral de credores não excederá 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial; e (iii) rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Constata-se, portanto, ter o legislador concatenado o período de suspensão de 180 dias com o trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora.

Em outras palavras, fixou-se um termo de suspensão de 180 dias porque, pela sistemática da Lei nº 11.101/05, esse prazo seria mais do que suficiente para que o devedor apresente seu plano de recuperação, credores manifestem eventuais objeções, bem como seja realizada assembleia-geral para sua aprovação.

Em que pese a boa intenção do legislador ao estabelecer o prazo de 180 (cento e oitenta) dias – o qual, em tese, seria suficiente para que se pudesse concluir todas as negociações e aprovar o plano de recuperação em Assembleia Geral de Credores –, este, na prática, mostra-se bastante curto para atingir o objetivo para o qual fora estabelecido.

Dessa forma, muito embora a LRF (Lei 11.101/2005) seja expressa no sentido de que o prazo previsto no art. 6º, § 4º seja de 180 (cento e oitenta) dias improrrogáveis, é possível verificar que os juízos recuperacionais vêm, cada vez mais, flexibilizando essa restrição e prorrogando o prazo repetidas vezes ou, ainda, determinando que o *stay period* perdurará até a homologação do plano de recuperação judicial, momento em que todos os créditos por ele abrangidos serão novados e, conseqüentemente, perderão os credores concursais o interesse processual para perseguir seu crédito de maneira diferente da prevista no acordo novativo.

Antevendo a possibilidade de que eventuais ações e execuções movidas por credores extraconcursais – ou seja, cujos créditos não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial – poderiam frustrar o quanto pretendido pelo art. 6º da LRF, teve o legislador o cuidado de vedar a possibilidade de retirada desses referidos bens essenciais do estabelecimento da devedora durante o *stay period*.

Tal vedação encontra amparo na parte final do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005. Confira-se:

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

(...)

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

Conforme exposto no início do estudo, o objetivo que se pretende alcançar aqui é avaliar a relevância dos interesses dos credores extraconcursais e a possibilidade e a pertinência de que, em se tratando de bens essenciais ao desenvolvimento das atividades da empresa em recuperação judicial, sejam estes dela expropriados.

É importante salientar que, com certa frequência, os estabelecimentos que se pretende retomar consistem em ativos essenciais para que as empresas em recuperação possam desenvolver, de forma plena, sua atividade, sendo que a retomada dos imóveis, na prática, pode prejudicar sobremaneira seu soerguimento, bem como os interesses da coletividade de credores envolvida.

Dessa forma, há um confronto entre os interesses dos credores detentores de garantias fiduciárias e o princípio basilar da recuperação judicial, qual seja, a preservação da empresa e dos benefícios sociais e econômicos decorrentes de sua atividade.

Impossível fazer essa análise, no entanto, sem que antes se exponham os mais relevantes aspectos da função social da empresa e da essencialidade de bens no âmbito da recuperação judicial.

4 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

4.1 Aspectos da Lei 11.101/2005

A seguir, faremos uma análise do princípio da preservação da empresa, bem como de sua função social.

Diante de um cenário de crise econômico-financeira de determinada sociedade, a LRF buscou criar mecanismos para que todos os interesses envolvidos no processo de recuperação judicial – diga-se, dos devedores, credores, fornecedores, consumidores e, ainda, a própria nação – se compusessem para atingir a melhor saída para todos.

Para que fosse possível alcançar a superação da crise de forma coletiva, como pretendeu a Lei 11.101/2005, foi necessário restringir os direitos das partes envolvidas no processo de recuperação judicial, a fim de que estes fossem incentivados a negociar uma solução.

Dessa forma, a partir do momento em que se distribui o pedido de recuperação judicial, a pretensa recuperanda abre mão de sua autonomia processual.

A título exemplificativo, pode-se mencionar, como uma das hipóteses de limitação dos direitos – conforme dito acima –, a previsão contida no art. 66 da Lei 11.101/2005. De acordo com o dispositivo, após a distribuição do pedido de recuperação judicial, não poderá o devedor,

a seu bel-prazer, onerar ou alienar bens que façam parte de seu ativo permanente, salvo se previamente autorizado pelo juízo recuperacional.

Outra importante restrição imposta ao devedor pela LRF é a contida no art. 172 do diploma legal, por meio da qual se proíbe o pagamento apenas de parte dos credores. Tal vedação tem fundamento no princípio da paridade entre os credores, segundo o qual não se pode, diante de um concurso de credores, privilegiar alguns em detrimento de outros.

Da perspectiva dos credores, por sua vez, também houve diversas restrições de direitos.

O mais expressivo deles seria a proibição da legítima perseguição de seus créditos durante o curso do *stay period*, conforme já tratado acima.

Além deste, podemos mencionar a satisfação dos créditos nos termos previstos no plano de recuperação judicial, que quase sempre prevê o pagamento desses valores em prazo extremamente alongado, com estipulação de períodos de carência e, ainda, incidência de deságio sobre o valor original do crédito.

Como se vê, obstaram-se os comportamentos oportunistas dos credores que, à evidência da crise econômica da devedora, pretendessem buscar a satisfação de seus créditos individuais, ainda que pudessem comprometer a satisfação dos demais credores.

Essa postura colaborativa entre a coletividade de credores é incentivada, justamente, por meio da suspensão das ações e execuções movidas em face da devedora, que impede a busca, por parte de cada um deles, pela satisfação de seus créditos.

Para o magistrado Marcelo Barbosa Sacramone, autor da obra *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, o *stay period* possibilita que os credores, por maioria, busquem uma solução comum para a satisfação de todos os créditos detidos em face da devedora, seja pela novação de suas obrigações na recuperação judicial das empresas viáveis, seja por meio da liquidação de ativos da empresa inviável.

A fim de reestruturar, efetivamente, a atividade do devedor – e, dessa forma, permitir que se atinja a superação da crise da empresa e seja cumprida sua função social –, a Lei 11.101/2005 ampliou os meios de recuperação, permitindo que o devedor os elenque de forma arbitrária em seu plano de recuperação judicial.

Isso porque, caso os meios de recuperação sejam inviáveis e não tenham o condão de convencer os credores a respeito de sua exequibilidade, poderão estes deixar de aprovar o plano de recuperação judicial quando de sua votação em sede de assembleia geral de credores, o que ocasionará a decretação da falência da devedora.

Dessa forma, se, por um lado, a lei confere essa prerrogativa ao devedor, por outro, o força a encará-la com seriedade, pois, caso não o faça, testemunhará a quebra de sua empresa.

Ainda no que tange às mudanças trazidas pela Lei 11.101/2005 para viabilizar a reestruturação da dívida da recuperanda, outro importante aspecto: diferentemente do que ocorria na vigência da legislação anterior, no procedimento de recuperação judicial regido pela LRF, todos os créditos se sujeitam às disposições do acordo novativo – ressalvadas as exceções do § 3º, art. 49 da Lei em questão –, e não apenas os quirografários.

A esse respeito, ainda, são de grande valia os ensinamentos do professor Sacramone, retirados da mesma obra mencionada acima. Vejamos:

A recuperação judicial pode ser definida, assim, justamente com base nessa finalidade de propiciar o comportamento colaborativo de todos os credores em prol da superação da crise empresarial. É instituto jurídico criado para permitir ao devedor rediscutir com seus credores, num ambiente institucional, a viabilidade econômica da empresa e de sua condução pelo empresário para a satisfação das obrigações sociais, conforme plano de recuperação judicial e que, se aprovado pelos credores em Assembleia Geral, implicará a novação de suas obrigações.

4.2 A função social da empresa

A preservação da empresa, nos moldes em que pretendida pela Lei 11.101/2005, visa a coadunar todos os mais diversos interesses afetados pelo seu desenvolvimento.

O objetivo basilar da recuperação judicial, qual seja, a preservação da empresa, encontra amparo no art. 47¹⁰ da LRF, dispositivo que prevê, também, as consequências almejadas com o sucesso da reestruturação.

A função social da empresa é, pois, justamente se desenvolver e promover a circulação de riquezas.

Com isso em prática, permitir-se-á, como via de consequência, por exemplo, que os sócios da empresa obtenham lucro com suas atividades, que haja oferta e disponibilidade de bens e serviços aos mais diversos consumidores, o aumento da concorrência entre os agentes econômicos.

Outra importante função social da empresa, em especial sob a luz do procedimento recuperacional, é a manutenção de inúmeros postos de trabalho.

Se utilizarmos como exemplos as grandes recuperações judiciais no Brasil, que com frequência possuem, na qualidade de recuperandas, gigantescos grupos econômicos – compostos por diversas empresas de grande porte –, há de se concluir que a não manutenção

¹⁰ 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.

daquele determinado grupo econômico em atividade implicaria um número enorme de demissões de funcionários.

Através de uma recuperação judicial viável, torna-se possível manter em seus postos de trabalho inúmeros trabalhadores, os quais, com seus salários, além que garantirem seu próprio sustento e de sua família, contribuirão para a circulação de riquezas.

Pode-se perceber, dessa forma, que, muito embora haja diversos reflexos positivos e pontuais decorrentes da manutenção da atividade empresarial, todos eles convergem para o mais importante deles: o fomento à economia nacional.

Enquanto o estímulo à economia, por ocasião da preservação da empresa, gera todos esses benefícios listados acima, a recíproca também é verdadeira: manutenção de empregos, oferta de bens e serviços, obtenção de lucro mediante exploração de atividade econômica, dentre outros, estimulam e fomentam a economia.

E esse panorama construído a partir do objetivo da recuperação judicial, com foco na função social da empresa, é justamente o “norte” para a solução de questões complexas ou acerca das quais a legislação seja omissa.

A título exemplificativo dessas lacunas legislativas solucionadas a partir do ideal de preservação da empresa e de sua função social, podemos mencionar o estabelecimento do juízo universal na recuperação judicial e a prerrogativa do devedor de, na iminência de ver descumprido o plano de recuperação judicial em vigor, apresentar um aditamento ao documento.

Com relação ao juízo universal, estabelecido no procedimento recuperacional por analogia ao quanto ocorre nos processos falimentares¹¹, convém esclarecer que este consiste na concentração da competência nas mãos do juiz do processo de recuperação judicial para decidir todos os atos que impliquem constrição sobre o patrimônio das recuperandas, impedindo que juízos executórios diversos pratiquem, isoladamente, esses referidos atos constritivos para a satisfação de créditos individuais.

E a razão de se ter estabelecido o mencionado juízo universal é simples: o juízo da recuperação judicial está, necessariamente, muito mais próximo da realidade financeira da empresa, sendo o único apto a avaliar, com propriedade, os eventuais impactos que determinado ato construtivo terá no cumprimento do plano de recuperação judicial.

¹¹ Art. 76 da Lei 11.101/2005: “O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”

Da mesma forma, no que diz respeito à possibilidade de apresentação de aditamento ao plano de recuperação judicial, em que pese a previsão contida no art. 61 da Lei no sentido de que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no acordo novativo será causa de convalidação da recuperação em falência, faculta-se ao devedor, louvando o princípio da preservação da empresa, que este apresente aditamento ao plano e o ponha em votação perante a coletividade de credores em sede de assembleia geral.

Mais à frente, quando falarmos efetivamente sobre a essencialidade e possibilidade de expropriação de bens das devedoras, abordaremos teoria do dualismo pendular desenvolvida pelo magistrado Daniel Carnio Costa, a qual guarda íntima relação com o princípio da preservação da empresa e sua função social.

Muito embora a Lei de Falências e Recuperação de Empresas preveja mecanismos para que a sociedade empresária possa continuar desenvolvendo suas atividades, é imprescindível manter em mente que o instituto da recuperação judicial não deverá, como já mencionado no início do estudo, ser aplicado a empresas que enfrentam uma crise financeira insuperável.

Isso porque, caso aplicado, estar-se-á possibilitando que uma empresa inviável economicamente, que não desempenha sua função social de forma adequada, permaneça em atividade em virtude dos subsídios que lhe foram dados. Nesse cenário, aquelas empresas que são, de fato, viáveis terão suas atividades comprometidas por não possuírem condições de competir com a empresa subsidiada pela atuação judicial.

Ainda nesse aspecto, convém ressaltar o fato de que a análise da viabilidade econômica da empresa é feita exclusivamente pelos credores, em sua maioria leigos e inaptos a tomar a referida decisão de forma prudente. Some-se a isso o fato de que a alternativa à recuperação judicial da empresa – ou seja, na hipótese de os credores não aprovarem o plano de recuperação judicial em assembleia geral – é a decretação da falência, cenário frequentemente menos vantajoso para os credores, em especial os quirografários.

Em que pese terem os magistrados a prerrogativa de realizar o controle judicial sobre o plano de recuperação, no momento de sua homologação – após a devida aprovação em assembleia geral de credores –, a jurisprudência é pacífica no sentido de que este controle deve recair apenas sobre os aspectos formais do plano e o procedimento assemblear, não sendo permitido ao magistrado adentrar os aspectos econômicos do plano – cuja deliberação cabe apenas à soberana assembleia geral.

É perfeitamente aceita, por exemplo, a homologação de um plano de recuperação judicial que preveja deságio de 70 ou 80% do valor do crédito, caso essa seja a vontade expressada pela coletividade dos credores em sede de assembleia geral.

Há, portanto, situações em que, embora sejam inviáveis economicamente as empresas, seus credores optam por conceder-lhes os benefícios da recuperação judicial, uma vez que a alternativa que possuem lhes seria ainda mais prejudicial.

A função social da empresa e sua viabilidade econômica caminham lado a lado, sendo certo que a empresa apenas implementará sua função social se for economicamente eficiente. Apenas a atividade viável e que garanta o adimplemento de suas obrigações sociais, com entrega de produto aos consumidores, com o recolhimento dos seus impostos, pagamento de seus trabalhadores, tornará efetiva sua função social¹².

O princípio da preservação da empresa não norteia somente o instituto da recuperação judicial, mas também o da falência. O art. 75 da Lei 11.101/2005 prevê que a falência tem o objetivo de preservar e maximizar a utilização produtiva dos bens e recursos produtivos.

Para tanto, além da continuidade provisória das atividades da empresa falida, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência prevê a alienação dos bens da massa falida em bloco, medida que possibilita que a atividade por ela desenvolvida continue a ser desempenhada, dessa vez em condições mais eficientes, eis que o adquirente poderá arcar com as despesas necessárias para que seu funcionamento seja pleno e, dessa forma, seja cumprida sua função social.

Temos, portanto, que a recuperação judicial se destina às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, porém que tenham possibilidade de se reestruturar. Aquelas em mau estado que estejam em crise de natureza insuperável deverão ter sua falência decretada, até para não se tornarem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado¹³.

Dessa forma, por meio da recuperação judicial de empresas, com sua preservação e manutenção de sua função social, evita-se o caos e a instabilidade financeira nacional, que certamente ocorreriam caso todas as empresas endividadas tivessem sua falência decretada.

5 ESSENCIALIDADE DE ATIVOS NOS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

¹² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 190.

¹³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

Conforme visto acima, o procedimento da recuperação judicial deve sempre ter como objetivo a efetivação da função social da empresa, o que ocorre por meio da manutenção de suas atividades.

Nesse contexto, merece atenção a questão referente à essencialidade de ativos na recuperação judicial.

Relembrando o quanto abordado no início do trabalho, ao falarmos sobre a forte influência do modelo norte-americano de insolvência na Lei 11.101/2005, vimos que uma de suas características é que não se deve privilegiar a tutela dos interesses dos credores nem dos devedores, e sim haver uma divisão de ônus entre as partes como fator preponderante para que se possa alcançar o soerguimento da empresa e os benefícios sociais e econômicos dela decorrentes.

Para tanto, o sistema americano busca criar um ambiente de negociação global capaz de conduzir à reestruturação efetiva da empresa, não havendo espaço para seletos credores buscarem a satisfação de seus créditos por fora da recuperação em curso¹⁴.

De modo diverso, no entanto, a LRF prevê, no § 3º do art. 49, quais créditos não se sujeitarão aos efeitos da reestruturação, permitindo ocorrer aquilo que tentou evitar o sistema americano. Dessa forma, é complicado se falar em ambiente de negociação global e reestruturação efetiva, porquanto expressiva parcela da dívida existente não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial.

E foi justamente com o intuito de equilibrar essa impactante previsão que, conforme visto acima, a parte final do dispositivo estabelece que, durante o *stay period*, não será permitida a retirada do estabelecimento do devedor de ativos que forem essenciais ao desempenho de suas atividades.

Tal previsão impõe, portanto, que a discussão acerca da posse do bem objeto da garantia fiduciária gire em torno de sua essencialidade.

Para que determinado bem seja considerado essencial, é necessário que a sua retirada da posse direta da empresa recuperanda inviabilize sua produção ou sua atividade. São os chamados bens de capital.

Para a Ministra Maria Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça, “*por bem de capital, deve-se compreender aqueles imóveis, máquinas e utensílios necessários à produção*”.¹⁵

¹⁴ JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Pennsylvania: BeardBooks, 2001. chapter 1.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção) **Conflito de Competência nº 153.473/PR**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de junho de 2018.

Alberto Camiña, por sua vez, afirma que, para a solução dos problemas práticos, é importante observar que o bem dado em garantia, para ser considerado bem de capital, deve ser utilizado em mais de um ciclo operacional, e, ao final deste, deve permanecer com o possuidor e estar apto a ingressar em um novo ciclo. O bem de capital não compõe o produto final, caso contrário não poderia ser devolvido na hipótese de inadimplemento da obrigação.¹⁶

Ao analisar o conceito de bem de capital, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, conferiu interpretação bastante restritiva. No julgamento do Recurso Especial nº 1.758.746, consignou que, para ser caracterizado como bem de capital, o referido bem precisa ser corpóreo (móvel ou imóvel), deve ser utilizado no processo de produção e se encontrar na posse da empresa.¹⁷

Há quem diga que o conceito de bens de capital deva ser mais amplo, aplicando-se de forma mais extensiva a ressalva feita ao final do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005.

De acordo com Daniel Carnio Costa, deve-se aplicar ao sistema recuperacional a interpretação dos dispositivos legais em conformidade com as teorias da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada de ônus.¹⁸

Segundo a teoria da superação do dualismo pendular, *“a melhor interpretação da lei não será aquela que prestigiar o interesse de credores ou da devedora, mas sim aquela que viabilizar de maneira mais intensa o atingimento dos objetivos maiores do sistema, revelados pela preservação da função social da empresa”*.¹⁹

Dessa forma, a interpretação correta será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que ela propicia. Deve-se buscar sempre a manutenção do emprego, do recolhimento de tributos, do estímulo à atividade econômica, da renda, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isso se dê em prejuízo imediato dos interesses dos credores ou do devedor.²⁰

¹⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. Bem de capital na recuperação judicial. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI292285,101048-Bem+de+capital+na+recuperacao+judicial>. Acesso em: 02 out. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.758.746/GO**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 01 de outubro de 2018.

¹⁸ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org). **Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas**. Belo Horizonte. D'Plácido, 2016. v. 1, p. 71 e 101.

¹⁹ COSTA, Daniel Carnio. Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI293014,31047-Teoria+da+essencialidade+de+bens+e+as+travas+bancarias+na+recuperacao>. Acesso em: 02 out. 2019.

²⁰ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org). **Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas**. Belo Horizonte. D'Plácido, 2016. v. 1, p. 71 e 101.

De igual maneira, deve-se aplicar a teoria da divisão equilibrada de ônus, de acordo com a qual credores e devedores devem suportar ônus no processo recuperacional de modo que prevaleça o interesse social ao interesse particular das partes. Compete ao juiz fazer o controle da posição processual das partes a fim de garantir que o processo atinja a sua finalidade social, prevenindo-se condutas individualistas de credores que podem transformar seus interesses em em verdadeiras barreiras intransponíveis ao atingimento do objetivo social do sistema.²¹

A aplicação da parte final do §3º do art. 49 da LRF, portanto, deve ser sempre feita em observância às finalidades da recuperação judicial, não sendo adequado que o juiz permita ao credor fruir da garantia em detrimento dos objetivos maiores do processo recuperacional.

Dito isso, defende o magistrado Daniel Carnio Costa que “*qualquer ativo que seja essencial à reestruturação da empresa viável (...) deverá ser preservado durante o período em que a devedora negocia um plano de superação da crise com seus credores*”.²²

6 PROBLEMA NA PRÁTICA

6.1 Blindagem de patrimônio

Como visto acima, caso um bem essencial ao desenvolvimento das atividades da devedora tenha sido dado em garantia fiduciária, não poderá este ser retirado de sua posse enquanto dure o prazo de suspensão das ações e execuções previsto no art. 6º, § 4º, da LRF.

Tal circunstância, na prática, incentiva situações em que o devedor, de forma indevida, requeira o reconhecimento da essencialidade de bens que, na verdade, não o são.

Essa prática foi objeto de análise por parte do juízo da 2ª Vara Cível do Foro de Paulínia/SP. Nos autos da Recuperação Judicial do Grupo Petrosul, processo nº 1001059-22.2019.8.26.0428, vejamos as considerações da magistrada ao indeferir o pedido de reconhecimento de essencialidade de determinado imóvel formulado pelas recuperandas:

Inicialmente, não há falar em preclusão da matéria. Conforme relatado pela Administradora Judicial, a volatilidade da essencialidade do bem justifica sua

²¹ COSTA, Daniel Carnio. Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI293014,31047-Teoria+da+essencialidade+de+bens+e+as+travas+bancarias+na+recuperacao>. Acesso em: 02 out. 2019.

²² COSTA, Daniel Carnio. Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI293014,31047-Teoria+da+essencialidade+de+bens+e+as+travas+bancarias+na+recuperacao>. Acesso em: 02 out. 2019.

rediscussão no processo sempre que houver fato novo. Em prosseguimento, conforme determina a Lei de Recuperação e Falência, cabe ao Administrador Judicial fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial. No presente caso, a administradora judicial nomeada exerceu de forma precisa seu mister, fiscalizando e informando ao Juízo quanto à essencialidade do bem imóvel em relação ao plano de recuperação judicial apresentado. E, neste aspecto, a administradora é enfática ao concluir pela ausência de essencialidade do bem, ao menos por ora. O estado de abandono do imóvel em questão já fora analisado anteriormente, na primeira oportunidade em que as recuperandas pugnaram pelo reconhecimento de sua essencialidade. Naquele momento, através de laudo de avaliação, a credora FIDC Brasil Plural comprovou que o referido bem encontrava-se em situação de abandono há muitos anos, já em estado de deterioração, onde não se desenvolve qualquer atividade. Nesta linha, concluiu-se então que o imóvel de Sorocaba não era essencial às atividades empresariais das Recuperandas. Desde aquela decisão, proferida em abril/2019, conforme bem relatado pela Administradora, passados 7 meses de processamento dos autos, não se noticiou qualquer movimentação no sentido de dar concretude às intenções das recuperandas e, somado a isso, apesar de constar do Plano de Recuperação Judicial a intenção de trabalho, ela não será uma obrigação a ser observada, sob pena de falência. Assim, não havendo qualquer notícia de que as condições do imóvel se alteraram desde o posicionamento anterior deste Juízo, de rigor a impossibilidade de ser reconhecida a essencialidade do bem, sob pena de servir tal intenção das devedoras como estratégia para blindar seu patrimônio, em prejuízo de seus credores. Portanto, indefiro o pedido de fls. 2973/2978, todavia sem condenação em litigância de má-fé das autoras, vez que não vislumbro a presença de seus requisitos.

Como se vê, a pretexto de estarem buscando a efetivação dos benefícios decorrentes da atividade empresarial e sua função social, devedoras argumentam que, sem determinado ativo, suas atividades e a esperada superação da situação de crise serão gravemente comprometidas, contexto que indica à flexibilização da garantia inicialmente outorgada.

É verdade que quando se decide de forma a aplicar o conceito mais ampliativo de bens de capital – à luz dos objetivos e consequências da recuperação judicial –, muitas vezes se está privilegiando o interesse do credor, no sentido de garantir-lhe a posse e uso de ativos que dera em garantia.

Insta salientar, ainda, que a constatação do *status* de essencial de determinado ativo é de difícil verificação. Levando isso em consideração, além do quanto já exposto no estudo, há de se convir que, havendo dúvidas acerca da real essencialidade de um bem e dos impactos negativos que sua expropriação teria sobre a recuperação judicial, deve-se aplicar a ressalva feita no § 3º do art. 49 da LRF de forma ampla, garantindo sua posse direta à devedora, em observância ao princípio da preservação da empresa e sua função social.

Outro ponto que merece destaque, além de corroborar ainda mais o quanto exposto com relação à correta aplicação da disposição que veda a retirada de bens essenciais do

estabelecimento do devedor durante o prazo do *stay period*, é a fragilidade da reestruturação da dívida.

A expropriação de um bem que, de fato, seja essencial ao desenvolvimento das atividades da recuperanda, poderá frustrar por completo o procedimento da recuperação judicial, impossibilitando que se atinja todos os objetivos almejados pelo legislador com o instituto.

Nesse cenário, imaginem-se duas hipóteses: enquanto, na primeira, há uma indevida determinação de manutenção da posse direta do ativo pelo devedor, na segunda, há uma indevida determinação de retirada de um bem que realmente seja essencial.

Na primeira, tal equívoco implicaria injustificada limitação do direito do credor, porém este, mais cedo ou mais tarde, satisfaria seu crédito. Já na segunda, a equivocada determinação de expropriação do bem ocasionaria, em razão da inviabilização do procedimento recuperacional, prejuízo ao devedor e à coletividade de credores, além de não se verificar nenhum daqueles benefícios decorrentes da efetivação da função social da empresa.

Nessa específica controvérsia, portanto, temos que o devedor, em determinadas situações, beneficiado pela aplicação supostamente razoável do dispositivo, busca o reconhecimento da essencialidade de ativos como mero instrumento de blindagem de seu patrimônio, e não em atenção aos objetivos maiores da Lei, o que não se pode permitir.

6.2 Princípio da razoabilidade

Além da questão referente à indevida pretensão de reconhecimento da essencialidade de ativos, há de se destacar também a necessidade de utilização dos princípios da razoabilidade para a resolução de controvérsias dessa natureza.

A utilização desse princípio viabiliza-se justamente em razão das teorias tratadas acima, quais sejam, a da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada do ônus.

Como já mencionado acima, tratou o legislador de vedar, na parte final do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, a possibilidade de retirada do estabelecimento do devedor, durante o *stay period*, de bens que sejam essenciais ao desempenho de suas atividades empresariais.

Contrario sensu, é entendimento pacífico na jurisprudência que, escoado o prazo de suspensão das ações e execuções, não há que se falar em impossibilidade de retomada do bem gravado por garantia fiduciária, ainda que este tenha tido sua essencialidade reconhecida.

E foi exatamente nesse sentido o acórdão de relatoria do Desembargador Maurício Pessoa, integrante da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejamos:

Agravado de instrumento – Recuperação judicial – Decisão recorrida que manteve a recuperanda na posse de bem móvel (“Vibro Acabadora de asfalto AF 5000 PLUS E EQUIPADA COM MOTOR DIESEL E MESA COMPACTADORA MARCA CIBER SÉRIE CP510237 ANO/MOD 2013/2013”) alienado fiduciariamente ao credor – Competência do juízo recuperacional para decidir sobre a essencialidade do bem – Possibilidade de retomada do bem, ainda que essencial, após o transcurso do “stay period” – Precedentes jurisprudenciais – Decisão reformada para autorizar a retirada do bem – Recurso provido.²³

Diante do precedente colacionado acima, façamos a seguinte reflexão: caso as atividades do devedor sejam realizadas em um único imóvel ou dependam de um único equipamento, é adequado que, encerrado o *stay period*, perca a recuperanda a posse direta desse ativo?

Em que pese a jurisprudência ser pacífica nesse ponto e a LRF bastante clara a respeito dos limites da vedação contida na parte final do dispositivo, não parece razoável nem adequado que se permita a retirada do bem para satisfação de um único credor em detrimento da recuperação judicial como um todo.

Se um bem é, hoje, considerado essencial para o desempenho das atividades do devedor, não se pode crer que, amanhã, deixará de sê-lo em razão do término do *stay period*. Isso porque a condição de essencial de determinado ativo guarda relação com a atividade desenvolvida pela companhia, e não com o transcurso do tempo.

Permitir, indistintamente, que, após o *stay period*, sejam retirados do estabelecimento da devedora bens que são essenciais às suas atividades parece ir de encontro com o intuito da Lei, uma vez que, dependendo da relevância do bem objeto da expropriação, não haverá sequer se falar em recuperação da empresa.

Em consonância com o princípio da divisão equilibrada do ônus na recuperação judicial, parece razoável que um credor suporte o ônus de não poder executar sua garantia em benefício de toda a coletividade de credores e, inclusive, do próprio devedor.

Como se vê, o indevido requerimento de reconhecimento da essencialidade de determinado ativo por parte do devedor, bem como a equivocada determinação de expropriação

²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravado de Instrumento nº 2130770-86.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Maurício Pessoa, 1º de agosto de 2019. Disponível em: encurtador.com.br/lmNQ6. Acesso em: 15 out. 2019.

de um ativo realmente essencial, durante o curso do *stay period* ou não, são igualmente prejudiciais à recuperação judicial e inevitavelmente fazem com que as partes envolvidas suportem injustiças.

Uma solução alternativa para problemas como estes seria a estipulação de uma indenização ou contrapartida de qualquer outra natureza. Dessa forma, embora tenha seu direito de retomar o bem que recebeu em garantia mitigado, o credor teria algum proveito econômico, sendo certo que, ao final, poderia exercer seu direito de retomada do ativo.

De maneira contrária, no entanto, o Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Empresarial do TJSP dispõe que *“escoado o prazo de suspensão de que trata o § 4º, do artigo 6º da Lei 11.101/05 (stay period), as medidas de expropriação pelo credor titular de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor, poderão ser retomadas, ainda que os bens a serem executados sejam essenciais à atividade empresarial”*.

Da mesma forma que ocorre com o reconhecimento da essencialidade, as determinações de retirada desses bens dados em garantia fiduciária devem ser feitas de maneira bastante cuidadosa, e não de forma indiscriminada. A depender da situação concreta, uma mesma medida pode ser a única possível ou a mais equivocada.

Retomando o exemplo dado acima, em que um só credor deveria suportar o ônus de não executar sua garantia em benefício de toda a coletividade de credores, imaginemos que esse credor seja uma importante instituição financeira, com patrimônio exorbitante. Nessa hipótese, em atenção ao princípio da razoabilidade, parece bastante prudente que o ônus seja imposto ao credor. Da perspectiva do banco, a retomada de um bem que recebera em garantia pode, no fim do dia, não fazer grande diferença em sua situação patrimonial, de forma que suportar o mencionado ônus não lhe implicaria grandes prejuízos. Sua retomada, por outro lado, inviabilizaria por completo a recuperação.

Imaginemos agora uma situação em que o credor fiduciário seja um pequeno empresário, e a empresa recuperanda seja uma companhia de grande porte, que detém diversos bens como o que dera em garantia a este pequeno credor. A retirada desse bem do estabelecimento da recuperanda, ainda que seja um bem de capital, pode prejudicar de forma branda as atividades desenvolvidas, sem que haja uma inviabilização da recuperação como no exemplo anterior. Nesse segundo exemplo, além disso, poderíamos imaginar que a não retomada desse bem por parte do pequeno empresário que o recebera em garantia pode causar um enorme impacto negativo em seu caixa, sendo razoável, dessa forma, que se determine a retomada do bem.

As discussões envolvendo essas matérias possuem grande cunho subjetivo, não sendo prudente que as decisões sejam tomadas de forma tão “preto no branco”, indistintamente.

É necessário que sejam analisados os detalhes do caso e as características das partes envolvidas na controvérsia, sem o que não será possível fazer a distribuição adequada dos ônus a serem suportados.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo do estudo, resta claro que a discussão acerca da essencialidade de ativos e possibilidade de expropriação destes durante o curso do *stay period* é bastante delicada e impactante, não sendo exagero dizer que a interpretação e aplicação dos dispositivos que versam sobre ela podem determinar o rumo e o sucesso da reestruturação da dívida da sociedade em crise.

Não se pode permitir que o reconhecimento da essencialidade se torne um mecanismo de blindagem do patrimônio do devedor.

Embora seja, de fato, mais compatível com as diretrizes da Lei 11.101/2005 que o reconhecimento da essencialidade do ativo e a aplicação do conceito de bem de capital sejam feitos de forma ampliativa, tais medidas (decisões judiciais) devem ser tomadas com cautela, sempre atentando-se às minúcias do caso concreto, ao objetivo precípua da recuperação judicial e ao princípio da razoabilidade.

Caso contrário, aquilo que se tentou evitar num primeiro momento – diga-se, o desequilíbrio dos ônus suportados pelas partes – tornar-se-á realidade, ainda que por caminho diverso.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Exposição de motivos da Lei 11.101/2005. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1994. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Parecer Projeto de Lei Complementar nº 71, de 2003. Brasília, DF: Senado Federal, [2003]. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.376, de 1993. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 22 fev. 1994. Disponível

em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22FEV1994.pdf#page=44>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção) **Conflito de Competência nº 153.473/PR**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.758.746/GO**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 01 de outubro de 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**: lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 25, set. 1986.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falência**. Curitiba: Juruá, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *In*: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas**. Belo Horizonte. D'Plácido, 2016. v. 1.

COSTA, Daniel Carnio. Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI293014,31047-Teoria+da+essencialidade+de+bens+e+as+travas+bancarias+na+recuperacao>. Acesso em: 02 out. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial – procedimento**. *In*: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP: tomo Direito Comercial. São Paulo: PUCSP, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em: 02 out. 2019.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Washington, DC: BeardBooks, 2001. chapter 1.

MOREIRA, Alberto Camiña. Bem de capital na recuperação judicial. **Migalhas**, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI292285,101048-Bem+de+capital+na+recuperacao+judicial>. Acesso em: 02 out. 2019.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2130770-86.2019.8.26.0000.**
Relator: Des. Maurício Pessoa, 1º de agosto de 2019. Disponível em:
encurtador.com.br/lmNQ6. Acesso em: 15 out. 2019.