

A “TRAVA BANCÁRIA” NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

THE “BANK LOCK” ON REORGANIZATION
BANKRUPTCY AND THE PRINCIPLE OF
PRESERVATION OF THE COMPANY.

LA “CLAVE DE BLOQUEO BANCARIA” EN LA
RECUPERACIÓN JUDICIAL (RECUPERAÇÃO
JUDICIAL) Y EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE
LA EMPRESA.

SUMÁRIO:

Introdução; 1.O alinhamento da Jurisprudência com a “trava bancária”; 2. A Recuperação Judicial; 3. Princípios como normas e eventual colisão; 4. Relativização da “trava bancaria”; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo identificar algumas dificuldades e contradições encontradas na Recuperação Judicial, introduzida no Brasil pela Lei 11.101/05 (Lei de Falências). Dentre elas, a chamada “trava bancária” parece estar em dissonância com o tratamento dado às demais classes de credores em uma Recuperação Judicial. O princípio da proteção à propriedade suplanta o princípio da preservação da empresa de forma absoluta. Créditos até mais “privilegiados” que os créditos garantidos por cláusulas de propriedade podem ser atingidos pela Recuperação Judicial que no entanto não suficiente para provocar a novação dos créditos normalmente efetivados por bancos, daí o sugestivo nome de “trava bancária”, que recentemente foi confirmada em julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Como citar este artigo:
PEIXOTO, Fabiano.
BONAT, Debora.
A “trava bancária”
na recuperação
judicial e o princípio
da preservação da
empresa. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 23, p. 357-378.

Autores convidados

1 Universidade de
Brasília (UnB)

2 Faculdade CESUSC

Através do método dedutivo buscar-se-á as definições úteis para a compreensão das contradições acima e uma forma de encaminhar o problema como colisão de princípios, mais adequada a uma visão pós-positivista do direito privado, fortemente baseado no princípio da sociabilidade. Assim, o presente trabalho partiu para a constatação da insuficiência de previsão legal na identificação do Direito, que seria definido a partir de dois princípios, eventualmente em algum caso concreto, em rota de colisão. Assim, pela teoria dos princípios, não se poderia – como o STJ estabeleceu – defender a solução das “travas bancárias” pela absolutização do princípio da proteção da propriedade privada.

ABSTRACT:

This article aims to identify some difficulties and contradictions found in the *reorganization bankruptcy*, introduced in Brazil by Law 11,101/05 (*Bankruptcy Law*). Among them, the “bank lock” seems to be at odds with the treatment of other classes of creditors in a *reorganization bankruptcy*. The principle of protection of property supplants the principle of preservation of the company (business) in an absolute form. Credits even more “privileged” than the credits related with property clauses can be achieved by the *reorganization bankruptcy* that however not sufficient to cause the novation of credits normally effected by banks, hence the suggestive name of “bank lock”, which was recently confirmed tried in the Superior Tribunal de Justiça (Civil Law Superior Court). Seeking to structure a reasoning by the deductive method, it will be sought for the useful definitions for understanding the contradictions above and a way of referring the problem as collision principles, more appropriate to a post-positivist view of private law, strongly based on the principle of sociability.

RESUMEN:

Este trabajo científico tiene como objetivo identificar algunas dificultades y contradicciones que se encuentran en la así denominada “Recuperación Judicial”, introducido en Brasil por la Ley 11.101/05. Entre ellos, una especie de “clave de bloqueo” para los bancos parece estar en contradicción con el trato dado a otras categorías de acreedores en una reorganización de la empresa. El principio de protección de la propiedad sustituye el principio de la preservación de la empresa. Créditos a los préstamos garantizados más “privilegiados” que para las cláusulas de propiedad se puede lograr mediante la recuperación judicial que sin embargo no es suficiente para desencadenar la novación de créditos normalmente efec-

tuadas por los bancos, por lo tanto, el sugestivo nombre de “clave de bloqueo bancaria”, que se acaba de confirmar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STJ). Tratando de estructurar un razonamiento por el método deductivo, se buscarán las definiciones útiles para la comprensión de las contradicciones más arriba mencionadas y una manera de solucionar el problema como principios en colisión, más apropiada para una visión post-positivista del derecho privado, fuertemente basado en el principio de la sociabilidad.

PALAVRAS-CHAVES:

Trava bancária – Recuperação Judicial – colisão de princípios

KEYWORDS:

Bank lock - reorganization bankruptcy - collision principles

PALABRAS CLAVE:

clave de bloqueo bancaria - Recuperación Judicial - principios en colisión

INTRODUÇÃO

O artigo trata de um assunto recorrente no direito empresarial, mais especificamente na Recuperação Judicial: a pertinência e compatibilidade sistêmica das chamadas “travas bancárias”. A Recuperação Judicial foi introduzida, no Brasil em 2005, a partir da Lei 11.101, que regula tanto a falência, quanto a recuperação judicial. Nos seus primeiros anos, a Recuperação Judicial não teve uma incidência como se imaginava na solução de crises na atividade empresarial. É possível associar o pequeno recurso à Recuperação Judicial a natureza dos créditos habitualmente envolvidos na atividade empresarial. Como, em grande parte, as obrigações das empresas em crise são contraídas com bancos, associadas a garantias como a chamada cláusula de propriedade, elas não podem ser incluídas no plano de recuperação e estão fora de qualquer novação que ocorra pela concessão da Recuperação Judicial. Nos últimos três anos, com o incremento na judicialização temática, está se verificando uma convergência maior da Recuperação Judicial com sua principal finalidade: formas de preservação da empresa. Nesse sentido, houve um aprimoramento no tratamen-

to dos débitos fiscais, que ao lado dos débitos trabalhistas (embora com tratamento diferente com relação a inclusão em Plano de Recuperação) permitem de alguma forma uma efetividade maior da Recuperação Judicial. Mas, contrariamente, isso não ocorreu com relação às obrigações que possuem mecanismos de “trava bancária”, que continuam excluídas da Recuperação Judicial e da novação especial.

Assim, chega-se a uma discrepância sistêmica. A Recuperação Judicial tem força (pelo fundamento de preservação da empresa) para afetar créditos de classes mais favorecidas/protegidas, até mesmo prioritárias (como é o caso da classe dos créditos trabalhistas); tem relevância para provocar um parcelamento especial de débitos fiscais (relativizando a supremacia do interesse público) mas, contraditoriamente, é absolutamente inócua com relação aos créditos garantidos por cláusulas de propriedade (trava bancária), sob o principal fundamento de proteção e reconhecimento à propriedade.

Assim, a Lei de Falências, que trata também da Recuperação Judicial exclui das possibilidades do Plano de Recuperação os créditos dos chamados credores proprietários (proprietário fiduciário, arrendador mercantil, promitente vendedor, reserva de domínio, etc), isto é, aqueles que tem a negociação de seu crédito garantidos por cessão fiduciária dos recebíveis da empresa ou transferência de propriedade de bens, frequentemente estabelecidos com Bancos.

Em caso de inadimplência, com ou sem ajuizamento de pedido de Recuperação Judicial, tais credores podem exercer seus direitos (sequela e retenção entre outros), impossibilitando aos empresários mecanismos de reorganização até a quitação final do débito (por exemplo, a fazer movimentações financeiras com seus recebíveis).

1. O ALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA COM A “TRAVA BANCÁRIA”

No final de 2015 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve em suma o seu entendimento sobre a pertinência da “trava bancária”. No Recurso Especial (REsp) 1207117/MG, em 10/11/2015, a 4ª Turma do STJ analisou o caso de uma Recuperação Judicial em que havia um crédito fiduciário, originado de uma operação de alienação fiduciária em garantia. Esse julgado é interessante, especialmente, por dois motivos. O primeiro

é o fato de ter sido julgado muito recentemente, inclusive depois da regulamentação do chamado parcelamento especial, que, de alguma forma, faz alguns ajustes em benefício da empresa em recuperação com relação aos débitos tributários (protegidos pelo princípio de proteção ao interesse público). Para tais débitos não havia a estruturação de um parcelamento especial para as empresas em recuperação e havia a exigência da certidão negativa (prevista na Lei 11.101/05) concessão da Recuperação Judicial. Essa combinação geralmente inviabilizava a concessão da recuperação e era alvo de inúmeras discussões judiciais, frequentemente contrárias ao Fisco. O segundo, é a exposição da argumentação ementária, que sintetiza uma expressão forte do paradigma positivista, indicando *a priori* a necessidade de proteção da propriedade, mesmo quando na realidade a discussão se refira a crédito garantido. Reticamente, inicia-se o acordo fazendo-se um reconhecimento ao “espírito” da lei de falências (11.101/05) que trata da recuperação judicial:

1. O art. 47 DA Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “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”.

2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtenção de certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

Identifica-se, portanto, que a Lei de Falências serve para viabilizar a superação da crise econômico-financeira, mantendo-se a fonte produtora, os empregos, a possibilidade de satisfação dos credores (fornecedores, fisco, consumidores, etc.).

Por outro lado, a referida decisão afirma a necessidade que as empre-

sas tem de obter crédito:

3. Em razão disso é que a norma de regência, apesar de estabelecer que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estejam sujeitos à recuperação judicial (LRE, art. 49, caput), também preconiza, nos §§ 3º e 4º do dispositivo, a denominada “trava bancária”, isto é, exceções que acabam por conferir tratamento diferenciado a determinados créditos, normalmente titulados pelos bancos, afastando-os dos efeitos da recuperação, justamente visando conferir maior segurança para concessão do crédito e diminuindo o spread bancário.

Assim, pela disposição dos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da Lei de Falências, convergentes com o fundamento da importância de conferir maior segurança aos credores (bancários em sua maioria), diminuindo o *spread* bancário. Seria, portanto, um benefício a atividade empresarial não poder incluir os créditos baseados nessa “trava bancária” em um plano de recuperação.

Aliás, ao analisar essa passagem da decisão do REsp, vem a lembrança de algo parecido. Antes de considerar a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, no Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP, por muito tempo o Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de prisão civil do depositário era um benefício, pois estimulava o crédito (ao dar mais segurança). Seria, portanto, a possibilidade de prisão civil uma espécie de bônus para o próprio depositário – ameaçado por ela.³⁴

Na extensão da ementa do Acórdão do REsp também há outra importante passagem no sentido de prioridade de proteção à propriedade:

4. O STJ possui entendimento de que “a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é sui generis, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas” (REsp 1272697/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015).

5. Na hipótese, o recorrido, credor fiduciário, apesar de não

se sujeitar ao plano de reorganização, acabou sendo nele incluído, tendo o magistrado efetivado sua homologação.

6. Apesar disso, ainda que o crédito continue a figurar no plano de recuperação judicial devidamente homologado, não se submeterá à novação efetivada nem perderá o direito de se valer da execução individual, nos termos da lei de regência, para efetivar a busca da posse dos bens de sua propriedade.

7. Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nítido intuito de conferir crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário de bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolúvel e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito.

8. Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada.

9. Não se poderia cogitar que o credor fiduciário, incluído no plano de recuperação, teria, por conduta omissiva, aderido tacitamente ao quadro. É que referido credor nem sequer pode votar na Assembleia geral, não podendo ser computado para fins de verificação de quorum de instalação e deliberação, nos termos do art. 39, § 1º da LF, sendo que, como sabido, uma das principais atribuições do referido colegiado é justamente o de aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor.

Percebe-se portanto que o Superior Tribunal de Justiça, na sua construção argumentativa não analisa a questão sob a ótica de uma relação creditícia, como estão estratificados, por exemplo, créditos trabalhistas, acidentários, tributários, privilegiados, quirografários, etc., mas sim com uma questão dominial pura. Pela análise do objetivo da atividade bancária percebe-se que é frágil essa argumentação sobre vários aspectos. Os ban-

cos trabalham com crédito e não com administrações diretas dominiais, assim o direito de seqüela não estaria sendo exercido contra um estranho que nunca teve a relação com o proprietário, mas contra alguém que estabeleceu – com o proprietário - uma relação legítima de crédito, que só tem razão de existir na medida que não elimine um dos sujeitos da relação (empresário ou sociedade empresária).

Mas, mesmo que se considere o problema sob a ótica de proteção da propriedade e sobre os direitos dos proprietários é possível fazer reflexões. Mais adiante, o trabalho se propõe a algumas delas de modo a perceber-se que a proteção normativa da propriedade não é absoluta.

1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A natureza jurídica da Recuperação Judicial ainda divide muito a doutrina, contudo é possível identificar na sua introdução normativa, em substituição à Concordata, que a Recuperação Judicial implica em uma atuação do Estado de modo a possibilitar que empresários individuais ou sociedades empresárias, desde que regulares e cumpridores de requisitos estabelecidos, consigam promover tanto uma reorganização de suas obrigações, quanto reestruturações de controle, de administração, econômica, societária. Tais reestruturações podem ser isoladas ou combinadas. A Recuperação Judicial é, portanto, um instrumento mais amplo que a antiga concordata e visa, sobretudo, possibilitar mecanismos de readequação e preservação da atividade empresarial.

Exige-se de início, ao contrário da falência, uma situação de regularidade de exercício de atividades e distanciamento da prática de crimes falimentares. Esses requisitos iniciais dão os contornos da Recuperação Judicial – destinada a ser uma concessão estatal, um “benesse” ao empresário individual ou à sociedade empresária para superar a crise. E só há justificativa para essa benesse normativa para a preservação da empresa, porque preservando a atividade se estaria preservando um ciclo e protegendo uma série de interesses coletivos: proteção do trabalho, proteção aos consumidores, proteção ao fisco, proteção a outras atividades empresárias orientadas ao fornecimento de produtos e/ou serviços para a empresa em crise.

O artigo 47 da Lei 11.101/05 expressa tais fundamentos:

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.

Dessa forma, a Recuperação Judicial se propôs a ampliar o sistema de proteção à atividade empresarial, porque na sua preservação estaria se protegendo todo um ciclo coletivo. Isso seria uma das puras manifestações do princípio da sociabilidade do direito privado.⁵

Assim, quando houver a concessão da Recuperação Judicial, haverá uma novação das obrigações englobadas pelo Plano de Recuperação Judicial. É uma novação diferenciada, pois, a princípio, eventual credor titular de uma posição em uma obrigação, mesmo contra a sua vontade, poderá ser forçado pela aprovação do Plano, a aceitar a novação de sua obrigação com o devedor (em recuperação). E há um fundamento nisso: o princípio da preservação da empresa, que convergente com o princípio da sociabilidade, permite submeter créditos individuais, até os considerados entre os mais essenciais (trabalhistas e acidentários), ao Plano de Recuperação Judicial.

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

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

Os créditos fiscais, excluídos do Plano de Recuperação, também receberam uma importante previsão: a necessidade de concessão de um parcelamento especial⁶, com vistas a permitir um reequilíbrio da empresa em crise. Além de créditos, a Recuperação Judicial tem um outro impor-

tante efeito: a suspensão pelo prazo de 180 dias das ações e execuções contra o titular da empresa.⁷

Percebe-se, por esses breves contornos que a inserção da Recuperação Judicial em 2005 buscou, muito mais que a concordata buscava, mecanismos efetivos de preservação da empresa. Com a Lei 13.043/14 e com as Portarias conjuntas da Receita Federal percebe-se (obviamente que ainda sob o prisma arrecadatário), movimentos do próprio Fisco no sentido de maior adequação à finalidade da Recuperação Judicial.

Nas previsões da Lei 11.101/05 existe expressamente a previsão de exclusão do créditos proprietários⁸. Contudo, a análise sistêmica normativa deve estar de acordo com a natureza das normas que eventualmente possam estar em colisão ou conflito. É possível problematizar que estariam, eventualmente, em colisão o princípio da proteção à propriedade privada e o da preservação da empresa.

2. PRINCÍPIOS COMO NORMAS E EVENTUAL COLISÃO

Se existe uma previsão específica na Lei é Direito? A “trava bancária” se protege nas previsões da Lei 11.101/05, especialmente no artigo 49, parágrafo 3º da referida lei. Tal passagem se justificaria também por ter fundamento no direito de propriedade. Assim, em resumo, a “trava bancária” excluiria o crédito e impediria a novação ocorrida no processamento da recuperação judicial. Contudo, tanto a proteção a propriedade, quanto a proteção a preservação da empresa têm natureza principiológica e necessitam uma análise de proporcionalidade. Disso já deriva uma primeira conclusão: não há uma prioridade absoluta de um sobre o outro.

Uma possível reconstrução neoconstitucionalista⁹ do ordenamento jurídico o estrutura segundo três níveis: regras, princípios e procedimento. O primeiro nível oferece a força vinculante típica das regras, o segundo a plenitude e o terceiro a racionalidade, de um sistema orientado pela noção de razão prática. (DUARTE, 2006, p. 82)

A introdução do segundo elemento que representa um elemento inovador de uma visão pós-positivista. A positivação dos princípios efetivamente é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios entendidos com instâncias morais positivadas reúnem os fios do discurso jurídico e do discurso mo-

ral transformando em um tipo de função interna a discussão crítica sobre a satisfação do ideal do direito, algo que no positivismo era uma crítica externa. A crítica ao direito positivo com base no argumento de justiça não é mais externa ao direito: a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito positivo. Segundo Sussana Pozzolo, essa configuração do sistema é acompanhada da adoção de uma noção de norma como razão para agir, como razão que justifica a ação. Tendo em vista que as razões que justificam são por definição razões morais, eis que o discurso jurídico é um caso peculiar do mais amplo discurso prático geral: se o direito encarna o ideal, a justiça, então obriga somente na medida em que está em posição de justificar a ação que impõe ou exige, isto é, se o direito é justo. (DUARTE, 2006, p. 82- 83)

A partir daí é flagrante a diferença do pensamento juspositivista, para quem o direito vale porque vale. Se vale, explicar por qual razão vale será tarefa dos sociólogos, filósofos, políticos, moralistas. Para os neoconstitucionalistas o direito vale se é justo, isto é, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que considera positivada constitucionalmente. (DUARTE, 2006, p. 84)

Em sua obra *Conceito e validade do Direito*, Alexy (2011) faz uma distinção sobre o problema conceitual do Direito em perspectiva entre a moral e o Direito: a tese da separação (fundamental para as teses positivistas), na qual a preocupação está na conformidade com o ordenamento e na eficácia social, e a tese da vinculação (fundamental para as teses não positivistas), na qual o conceito de Direito deve levar em conta elementos morais. A tese da vinculação não exclui as duas preocupações da tese da separação (conformidade com o ordenamento e eficácia), mas observa-os a partir de uma ótica de correção.

Essa ótica de correção é ilustrada por Alexy (2011, p. 6-7) com o exemplo do “injusto legal – não direito” da decisão sobre cidadania do Tribunal Constitucional Federal. Nessa decisão, o Tribunal considerou uma lei racista alemã, que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados, uma lei nula *ab initio*. Tal decisão foi estabelecida em uma demanda individual (havia elementos para demonstrar tanto a legalidade, quanto a eficácia social para outros indivíduos), mas o Tribunal optou por considerar a nulidade total e *ab initio* da lei, sob o fundamento de que: “O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. [...] o Tri-

bunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito.” Para o Tribunal “[...] uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça, de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

A dogmática, na visão pós-positivista de Alexy, não tem força definitiva¹⁰ Alexy (2007, p. 255) em sua teoria escreve sobre as funções da dogmática, destacadamente, frente à constatação de que os enunciados dogmáticos dependem para sua justificação, em última instância, de argumentos práticos do tipo geral (com conteúdo moral). Assim, surge a questão de qual seria o sentido da argumentação dogmática? Destaca seis funções da dogmática: de estabilização¹¹, de progresso¹², de descarga¹³, técnica¹⁴, de controle¹⁵ e heurística¹⁶, todas como uma passo para a tomada de decisão, mas nenhuma com caráter definitivo e inatacável.

Sobre seus objetivos com a teoria dos princípios, Alexy (1988) afirma que com a teoria dos princípios diferencia o campo normativo entre regras e princípios; esses porém, não estão em condições de sustentar a tese da única resposta correta e demandam uma teoria da argumentação jurídica orientada de acordo com o conceito de razão prática. A combinação dessas duas constitui sua base teórica do Direito.

A base da teoria dos princípios é a distinção entre os tipos normativos regras e princípios (ALEXY, 2014, p. 52). Diretamente, Alexy (2014, p. 52) define regra como “[...] *norms that require something definitively. They are definitive commands. Their form of application are fulfilled, it is definitively required that exactly what it demands be done.*” Princípios como mandamentos de otimização “[...] *each taken alone, always comprise a merely prima facie requirement. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of the other principles is brought about by balancing.*”

Para Alexy, o ponto central distintivo entre os dois modelos normativos é que “[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes.” Princípios são por ele qualificados como *mandamentos de otimização* e têm como característica a possibilidade de satisfação em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não

depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90)

A construção teórica para a ponderação observa que, com grande frequência, o caráter principiológico das normas, especialmente as de direitos fundamentais é manifestado, até mesmo de forma referencial, quando se fala em valores, objetivos ou regras sobre distribuição de algum ônus argumentativo (ALEXY, 2006 p. 86). Contudo, Alexy não nega – muito pelo contrário – a existência de regras, inclusive sob o ponto de vista da análise estrita de direitos fundamentais, em que há espaço inclusive para uma direta aplicação de um raciocínio dedutivo. Para a proposta de Alexy, tanto princípios quanto regras são normas e dizem o que deve ser. Ambas são expressões básicas do dever, da permissão e da proibição. (ALEXY, 2006 p. 87)

Na compreensão do tema, é importante frisar, além do aspecto normativo, princípios como mandamentos de otimização, isto é, normas que não atuam sob a lógica binária do tudo ou nada, mas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, observando-se as limitações e possibilidades fáticas e jurídicas existentes e vinculadas a condições de precedência.

Ao se aceitar o aspecto normativo dos princípios é possível compreender que dentro de um ordenamento estável e harmônico, em situações concretas, poderão haver colisões. Em uma colisão, uma das normas será relativizada para a realização de outra. Em outras situações concretas aquela norma afastada na primeira hipótese poderá ser a norma realizada. Isso dependerá da aplicação de uma máxima de proporcionalidade e na identificação justificável de condições de precedência e/ou de prioridades *prima facie*.

Na situação objeto do trabalho, a “trava bancária” vem lastreada pela proteção a propriedade e a estabilidade creditícia que a força da propriedade assegura. Mas, eventualmente, em situações concretas, a proteção da propriedade pode se chocar com o princípio da preservação da empresa, haja vista que, todos os créditos baseados em cláusulas de propriedade ficarão de fora de um plano para reestruturação da empresa, muitas vezes inviabilizando-o e contrariando o princípio da sociabilidade também.

Embora possa ser possível estabelecer uma prioridade *prima facie*

para a proteção a propriedade (não é objetivo do presente trabalho estabelecê-la ou não), isso não tem a força de absolutizar tal princípio nas relações creditícias das empresas em recuperação judicial¹⁷.

3. RELATIVIZAÇÃO DA “TRAVA BANCARIA”

Ao fazer a previsão legal do que deriva a trava bancaria, no artigo 49, parágrafo 3º, houve a aplicação da cláusula restritiva do artigo 6º, parágrafo 4º:

§ 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.

Assim, apenas a lei de falências adia a aplicação das prerrogativas do proprietário pelo prazo de 180 dias. Isso pode até parecer um grande benefício, mas na prática é praticamente inexistente. A complexidade do processo de recuperação normalmente torna esse período insuficiente, obrigando à judicialização, e não refletindo substancialmente a aplicação do princípio da preservação da empresa.

Dessa forma, materialmente, não se trata de uma cláusula de exceção, ou algo parecido, à absoluta proteção à propriedade privada feita pela lei de falência, de modo a permitir a afirmação de que se trata de uma efetiva relativização do proteção à propriedade.

Como no caso do REsp 1.193.480/SP o Poder Judiciário deferiu aumento do prazo, justamente pela exiguidade dos 180 dias, tratando-se muito habitualmente de processos complexos de elaboração do Plano de Recuperação. Fica frágil, portanto, qualquer sustentação que a concessão desse prazo seria uma forma da Lei de Falências relativizar a proteção de tenta absolutizar ao direito de propriedade pelas “travas bancárias”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia principal do artigo foi demonstrar algumas dificuldades

enfrentadas na definição dos alcances e limites da Recuperação Judicial, introduzida pela Lei 11.101/05. Dentre elas, parece que a chamada “trava bancária” está em dissonância com o tratamento dos demais créditos. Créditos mais “privilegiados” que os créditos objeto da “trava bancária” são muito mais substancialmente atingidos pela Recuperação Judicial, que é orientada pelo princípio da preservação da empresa, especialização do princípio da sociabilidade que orienta o direito privado.

Ao se fazer a análise de um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça percebeu-se também uma estrutura retórica ao se estabelecer a importância da defesa abstrata da propriedade como mecanismo de incentivo ao crédito, nos moldes da argumentação já desconstruída que fundamentava a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Percebeu-se também que a análise da proteção à propriedade não é feita sob a ótica de um instrumento de garantia creditícia, mas sim de maneira a absolutizá-la, em contrariedade aos paradigmas contemporâneos do próprio direito real.

Buscou-se também nos contornos da natureza jurídica da Recuperação Judicial extrair sua finalidade de buscar a preservação da empresa. Na análise de outras classes de crédito buscou-se verificar que até mesmo créditos mais “privilegiados” foram substancialmente atingidos pelas previsões da Recuperação, especialmente no efeito de novação que a concessão da Recuperação representa.

Por fim, fez-se uma abordagem principiológica e o possível encaminhamento de uma colisão entre a proteção a propriedade e a preservação da empresa, buscando-se sustentar teoricamente a impossibilidade de se sustentar a preponderância abstrata de um sobre e o outro. No mesmo sentido, observou-se que a única previsão para o exercício dos direitos inerentes a “trava bancária” (prazo de 180 dias) vem sendo considerado insuficiente e não tem a força de ser observado como uma cláusula de relativização da proteção aos créditos bancários conferida pela Lei de Falências, que nesse aspecto específico se mostra contrária ao Direito.

Notas

1 Autor. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (Conceito 6 Capes), Professor Adjunto de Direito Privado da Faculdade de Direito – UnB.

2 Autora. Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (Conceito 6 Capes), Coordenadora de Pesquisa e Professora de Direito do CESUSC.

3 Com origem no Estado de São Paulo, onde havia discussão que culminou em recurso de Apelação, numa ação de depósito com fundamento em alienação fiduciária em garantia, está o RE 466.343 SP. A discussão central dividia-se em dois planos: a con-

cessão ao credor fiduciário da ação de depósito, quando o bem não fosse encontrado na posse do devedor fiduciante, e o cabimento ou não da cominação de prisão civil ao devedor fiduciante pelo não cumprimento da obrigação de entregar o bem.

Esse conjunto de precedentes tinha suporte pela equiparação estabelecida nas regras contidas no artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, com redação introduzida pela Lei 6071/74. Pelo entendimento, havia uma equiparação legal à figura do depositário infiel ao do devedor fiduciante inadimplente.

4 Em 2008, no RE 349703/RS, o STF também definiu nova posição sobre a prisão civil do depositário infiel. Como no RE 466343/SP, predominou uma mudança de entendimento sobre a (im)possibilidade de prisão, mas aqui a decisão se deu por maioria, mantendo-se favorável à prisão dos Ministros Moreira Sales e Sydney Sanches. Nesse voto também há marcante exercício argumentativo e adesão a voto em que é apresentada uma ponderação. Há identificação de alteração da base argumentativa para a Relatoria para Acórdão, que ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes.

Inicialmente, na argumentação do Ministro Ilmar Galvão, ganha destaque o argumento pragmático, estabelecido pela convicção de que o pacto de alienação fiduciária em garantia, sem o contrato de depósito nele embutido, perderia por completo sua grande função de instrumento capaz de viabilizar a aquisição de certos bens móveis duráveis a grande número de pessoas, que precisariam do crédito, mas que possuiriam falta de lastro cadastral.

A argumentação de Ilmar Galvão também foi acompanhada pelo Ministro Moreira Alves, em voto emitido em 03/04/2003, portanto mais de 5 anos antes do julgamento final do recurso. Para o Ministro Moreira Alves, sem a prisão civil, a alienação fiduciária se enfraqueceria e perderia seu caráter social de possibilitar que o devedor use a coisa comprada antes de pagá-la integralmente. Aliás, em grande parte, o argumento dos precedentes históricos do STF se deram nessa mesma linha de raciocínio, isto é, que a manutenção da possibilidade de prisão na verdade seria um benefício ao devedor.

5 A Lei 11.101/05 apresenta várias possibilidades à disposição para o planejamento do Plano de Recuperação:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

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

III – alteração do controle societário;

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

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

VI – aumento de capital social;

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

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

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

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

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

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

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

6 Sobre o assunto tem-se o Enunciado 55 CJF que estabelece que o parcelamento de tributos é um direito do contribuinte (empresário individual ou sociedade empresária) em recuperação, não faculdade da Fazenda.

A Lei 13.043/14 disciplinou o parcelamento especial. As Portarias Conjuntas 1 e 2 da Receita Federal, em fevereiro de 2015 abordaram o assunto.

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

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6o desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1o, 2o e 7o do art. 6o desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3o e 4o do art. 49 desta Lei;

8 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 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.

9 É possível (e recomendável) fazer-se uma distinção entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Ao longo do texto, no entanto, utilizou-se os termos seguindo a utilização feita pelos autores referenciados. Os autores do presente trabalho filiam-se a diferenciação de neoconstitucionalismo e pós-positivismo proposta por Atienza: defende o termo pós positivismo, pois o mesmo sugere a idéia de um processo e de uma fase posterior à do positivismo. Contudo, ressalva Atienza, alguns teóricos têm concepções de Direito que não receberiam a melhor denominação de pós-positivistas. Destacando Dworkin, Alexy afirma, tendo em vista o papel fundamental atribuído a Constituição, a validade material das normas legislativas, a importância dos tribunais constitucionais e o papel central do controle de constitucionalidade em suas concepções de Direito, que o melhor enquadramento destas teorias seria o constitucionalismo ou neoconstitucionalismo. In: ROESLER, Cláudia R.. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo M.; ROESLER, Cláudia R. (Org.) Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 46-47.

10 Sobre a comprovação sistemática dos enunciados, ela se dá pela relação lógica entre o enunciado a comprovar e o resto dos demais enunciados dogmáticos ou com as for-

mulações das normas jurídicas pressupostas como vigentes (comprovação sistemática estrita). Tal comprovação pode se dar ainda pela relação dos enunciados normativos a fundamentar com a ajuda dos enunciados dogmáticos a comprovar, com os enunciados normativos singulares que devem justificar-se com a ajuda do resto dos enunciados dogmáticos ou das formulações das normas jurídicas (comprovação sistemática ampla). (ALEXY, 2007. p.251-252).

A função de estabilização se concretiza com o auxílio dos enunciados dogmáticos, que fixam determinadas soluções a questões práticas (ALEXY, 2007. p.255).

Relacionada estreitamente à estabilização, a função de progresso consiste na qualidade da dogmática de ampliar a discussão jurídica (retirá-la do aspecto pontual, casuístico) sob os aspectos temporal, do objeto e das pessoas (ALEXY, 2007. p.256).

Pela dogmática, é possível que enunciados sejam considerados, ao menos provisória e limitadamente, comprovados e aceitos, podendo-se renunciar a discussão repetida em cada caso soluções valorativamente convincentes (ALEXY, 2007. p.257)

A função técnica é desempenhada pela construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas. Tem um papel informativo, panorâmico e didático, de modo que a dogmática permite uma penetração analítica e conceitual sobre a matéria jurídica (ALEXY, 2007. p.258).

A função de controle da dogmática é observada pela possibilidade de se realizar uma comprovação sistemática dos enunciados, o que acaba por desencadear decisões não isoladas, mas que guardam uma compatibilidade lógica (ALEXY, 2007. p.259).

11 A função de estabilização se concretiza com o auxílio dos enunciados dogmáticos, que fixam determinadas soluções a questões práticas (ALEXY, 2007. p.255).

12 Relacionada estreitamente à estabilização, a função de progresso consiste na qualidade da dogmática de ampliar a discussão jurídica (retirá-la do aspecto pontual, casuístico) sob os aspectos temporal, do objeto e das pessoas (ALEXY, 2007. p.256).

13 Pela dogmática, é possível que enunciados sejam considerados, ao menos provisória e limitadamente, comprovados e aceitos, podendo-se renunciar a discussão repetida em cada caso soluções valorativamente convincentes (ALEXY, 2007. p.257)

14 A função técnica é desempenhada pela construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas. Tem um papel informativo, panorâmico e didático, de modo que a dogmática permite uma penetração analítica e conceitual sobre a matéria jurídica (ALEXY, 2007. p.258).

15 A função de controle da dogmática é observada pela possibilidade de se realizar uma comprovação sistemática dos enunciados, o que acaba por desencadear decisões não isoladas, mas que guardam uma compatibilidade lógica (ALEXY, 2007. p.259).

16 Como última função elencada por Alexy, a função heurística confere à dogmática a possibilidade de ser um ponto de partida para novas observações e relações, pois na medida que sintetiza um estado de compreensão alcançado, se converte em iniciador de novos conhecimentos que não haviam prevalecido ou que estavam isolados ou não sistematizados (ALEXY, 2007. p.260).

17 Importante para a problemática aqui trabalhada, especificamente quanto ao sistema de prioridades *prima facie*, é a reflexão feita por Bustamante (2008, p. 248-251). Ele apresenta uma ideia de obrigação *prima facie*, não como algo com aparência de obrigação, mas algo mais próximo à capacidade de expressar a característica de superabilidade, no sentido de deixar de ser aplicada em vista a exceções que possam surgir. Contudo, essa característica ainda diz respeito ao raciocínio de pressupostos e consequências, ou seja, no plano compatível com as normas hipotéticas de Kelsen ou das regras de Alexy.

REFERÊNCIAS:

AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In ATIENZA, Manuel. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008, p. 11-28.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. Revus [Online], 22 - 2014, Online since 25 June 2014, connection on 08 July 2014. Disponível em: <http://revus.revues.org/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783. Acesso em: 12/02/2015.

ALEXY, Robert. *Teoria de La argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã, 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 466343. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 25/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.207.117/MG. Recurso Especial

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

CRÉDITO FIDUCIÁRIO INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO QUE NÃO PERDE SUA CARACTERÍSTICA LEGAL.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE.

1. O art. 47 DA Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “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”.

2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva. 3. Em razão disso é que a norma de regência, apesar de estabelecer que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estejam sujeitos à recuperação judicial (LRE, art. 49, caput), também preconiza, nos §§ 3º e 4º do dispositivo, a denominada “trava bancária”, isto é, exceções que acabam por conferir tratamento diferenciado a determinados créditos, normalmente titulados pelos bancos, afastando-os dos efeitos da recuperação, justamente visando conferir maior segurança para concessão do crédito e diminuindo o spread bancário. 4. O STJ possui entendimento de que “a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é sui generis, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas” (REsp 1272697/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015). [...] 7. Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nítido intuito de conferir

crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário de bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolúvel e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito. 8. Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada.

9. Não se poderia cogitar que o credor fiduciário, incluído no plano de recuperação, teria, por conduta omissiva, aderido tacitamente ao quadro. É que referido credor nem sequer pode votar na assembleia geral, não podendo ser computado para fins de verificação de quorum de instalação e deliberação, nos termos do art. 39, § 1º da LF, sendo que, como sabido, uma das principais atribuições do referido colegiado é justamente o de aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor. 10. Recurso especial a que se nega provimento.

Julgamento: 10/11/2015. . Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1207117&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> 4ª Turma. Acesso em 03/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **REsp 1.193.480/SP** . Recurso Especial. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO.

AJUIZAMENTO. ANTERIOR. LEI 11.101/05. SUSPENSÃO. PRAZO. 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. PLANO. APROVAÇÃO. IMPROVIMENTO.

I. Salvo exceções legais, o deferimento do pedido de recuperação judicial suspende as execuções individuais, ainda que manejadas anteriormente ao advento da Lei 11.101/05. II. Em homenagem ao princípio da continuidade da sociedade empresarial, o simples decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias entre o deferimento e a aprovação do plano de recuperação judicial não enseja retomada das execuções individuais quando à pessoa jurídica, ou seus sócios e administradores, não se atribui a causa da demora. III. Recurso especial improvido. Relator: Ministro ALDIR PASSA-

RINHO JUNIOR Julgamento: 05/10/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1193480&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. 4ª Turma. Acesso em 03/02/2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015

DUARTE, Élcio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

FERRAJOLI, Luigi Miguel. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano.' In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

PIETRO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ROESLER, Cláudia R. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do Direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo Marcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). *Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.