

1.

**COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ DE DIREITO TITULAR NOS PROCESSOS DE
INSOLVÊNCIA – CRÍTICAS AO DESCUMPRIMENTO DO ART. 92, INCISO I, DO CPC,
POR PARTE DAS CORREGEDORIAS DE JUSTIÇA E A ATUAÇÃO PASSIVA
DOS MAGISTRADOS DAS VARAS DE RECUPERAÇÕES E DE FALÊNCIAS**

Prof. Luiz Antonio Guerra¹

Há muito defendemos, embora sem eco nas doutrinas concursal e processual, que os arts. 91 e 92, I, do Código de Processo Civil - que cuidam da Competência Interna, na Seção I, da Competência em Razão do Valor e da Matéria – deveriam, devem e deverão ser fielmente cumpridos e aplicados nos processos de insolvência em curso nos Juízos de Recuperações e de Falências. Os referidos preceitos rezam: *Art. 91. Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código. Art. 92, I: Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: I – o processo de insolvência.*

Somente o Juiz Titular, na antiga denominação de Juiz de Direito, pode e poderá atuar nas demandas de insolvência, compreendendo-se aqui a insolvência civil e mercantil. Com todo o respeito às autoridades judiciárias deste País, de norte a sul, de leste a oeste do território continental brasileiro, somos obrigados a dizer, ou melhor, chamar a refletir, na qualidade de estudioso da ciência processual-comercial, para a ausência de lucidez das Corregedorias de Justiça dos Tribunais Estaduais, quando designam juízes substitutos para os Juízos Especializados de Recuperações e de Falências.

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito Comercial. Doutor em Direito Processual Civil. Mestre em Negociação Internacional e Integração. Especialista em Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Metodologia do Ensino Jurídico. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito Processual Civil e Direito Regulatório do Petróleo e Gás de Cursos de Pós-Graduação. Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Membro da Federação Interamericana de Advogados. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo.. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral. Consultor Jurídico de Companhias Nacionais e Internacionais. Parecerista. Palestrante. Articulista, com artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. Autor de livros jurídicos. Sócio do escritório GUERRA ADVOGADOS - ADVOCACIA EMPRESARIAL.

Sem demérito ou desprestígio aos julgadores iniciantes na bela carreira da magistratura, todavia, forçoso é apontar que no Juízo Especializado do Direito Concursal o que conta para a celeridade e a qualidade na/da prestação jurisdicional, além do conhecimento técnico que é condição *sine qua non*, é a experiência de vida do magistrado e o efetivo exercício profissional no cargo. A diferença entre o Juiz de Direito Titular e o Juiz de Direito Substituto não é necessariamente o conhecimento jurídico, mas a maturidade, a visão de vida e do mundo e a experiência no exercício do cargo.

Infelizmente, por distorções no concurso público de acesso à carreira, atualmente, jovens, com idade de 24/26 anos transformam-se da noite para o dia de estudantes ou acadêmicos em juízes. Pior: tomam posse como juízes e assumem como Deuses! Enchem o peito de poder e autoridade. Eles acreditam que são os donos da verdade e do mundo"! Esses jovens, quase meninos, são selecionados no arcaico sistema de "*decoreção de textos legais e modelitos de decisões*", que lhes são repassados por "*cursinhos preparatórios*" para a carreira judicante, os quais se proliferam em progressão geométrica pelas quadras e esquinas das ruas de nossos bairros e cidades, com apelos publicitários em todos os meios de mídia e propaganda de alta qualidade, vangloriando-se do número de aprovações nos concursos públicos. Prova da ausência de capacidade de raciocínio dos candidatos para o enfrentamento de questões processuais foi a experiência por nós obtida, na qualidade de examinador de Concurso de Juiz Substituto, representando o Conselho Seccional da OAB.

Vários cursinhos repassam aos candidatos a grave desinformação, como "*técnica de decidir*", que toda questão preliminar enfrentada no exame, na prova subjetiva, de elaboração de sentença, nos processos civil e comercial, deve ou deverá ser rejeitada, para que o candidato possa enfrentar a causa de pedir e decidir o mérito (fórmula mágica na prestação jurisdicional!). Pois bem: elaboramos a prova e inserimos preliminar prejudicial ao processamento da demanda, questão que fulminou o processo no nascedouro. Conclusão: 97% dos candidatos foram reprovados porque seguiram a orientação dos cursinhos! São esses jovens, absolutamente despreparados na/para a vida, quem, atualmente, decidem a liberdade, a vida e o patrimônio dos jurisdicionados, embora não tenham o mínimo de preparo emocional e de maturidade sobre os fatos da vida. Essa realidade, lamentavelmente, continua ocorrendo e a qualidade da prestação jurisdicional permanece sofrível, obrigando os jurisdicionados, invariavelmente, a interpor recursos, sendo comum, no fórum, a oposição de embargos declaratórios contra decisão que decide embargos declaratórios, em embargos declaratórios contra sentença ininteligível, embora se afirme doutrinariamente que a sentença é ato de inteligência.

Esperamos, com urgência, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reveja o assunto e modifique a forma de acesso ao cargo de Juiz de Direito Substituto, recrutando-se candidatos vocacionados e preparados, na inteireza do termo, como se deve exigir para o cargo de magistrado – agente pensador, intérprete e transformador! Em sala de aula ou em palestras não cansamos e não cansaremos de afirmar aos quatro cantos deste País que o Juiz da Vara de Recuperações e de Falências deve ser diferenciado!

Não pode ser o juiz comum! Não pode ser o juiz que processa ação de execução ou decide ação de despejo. Conhecemos a realidade do Poder Judiciário nacional: esse juiz trabalha com volume e estatística: a Corregedoria afere à sua suposta capacidade técnica, não pela qualidade na prestação jurisdicional, mas através do volume de trabalho e respectiva produtividade: o que prevalece é o número de decisões prolatadas e os processos extintos mensalmente! Já no Juízo da Recuperação e da Falência o juiz é co-partícipe nos processos.

Obrigatoriamente deve e deverá ter visão diferenciada: visão empresarial; visão econômica; visão de mundo. Deve ter consciência de que a atividade econômica exerce função social e é produtora de riquezas, de empregos e tributos e que as decisões proferidas, sem exceção, têm reflexos diretos e/ou indiretos em todos os agentes econômicos que atuam no mercado de influência do empresário ou da sociedade empresária em recuperação ou do réu no pedido de quebra, ou, ainda, do falido. Os exemplos de equívocos, com decisões judiciais discrepantes proferidas ainda nos autos das revogadas concordatas, de recuperações e de falências são variados e reveladores do desconhecimento do Direito Comercial, Empresarial, Recuperatório e Falimentar, além da ausência de visão sistemática do Direito Concursal.

Ademais, diante dos equívocos contidos na LRF, espera-se que o Juiz de Direito do Juízo da Recuperação e da Falência, no atual cenário, pense diferente e tenha postura ativa na condução das demandas concursais, quer no deferimento do processamento e na concessão da recuperação, quer na sua desistência, quer na prorrogação do prazo de suspensão de ações e execuções, quer na prorrogação do prazo para a apresentação do plano, quer na sua aprovação e homologação, quer na inexigibilidade de certidões negativas de débitos tributários e previdenciários etc.

Enfim, deve e deverá o Juiz de Direito desse Juízo Especializado, valendo-se de sua experiência e maturidade, na condução dos processos, orientar-se pela bússola, isto é, pelos princípios postos no art. 47 da LRF, sob pena de inibir e frustrar os objetivos da nova lei concursal brasileira, daí por que chamamos a atenção das Corregedorias, implorando-as para o fiel cumprimento dos arts. 91 e 92, I, do CPC, devendo atuar, obrigatoriamente, nas Varas de

Recuperação e Falência somente os Juízes Titulares, sob pena de nulidade das decisões, sem contar o potencial prejuízo que poderão causar aos jurisdicionados.

**CORRESPONDENTES BANCÁRIOS
EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ASSEMELHADA AOS DOS BANCOS
SUJEIÇÃO DO CORRESPONDENTE À LEI DE RECUPERAÇÃO E DE FALÊNCIA**

Prof. Luiz Antonio Guerra²

Prof. Luiz Felizardo Barroso³

1. Introdução

² Advogado. Pós-Doutor em Direito Comercial. Doutor em Direito Processual Civil. Mestre em Negociação Internacional e Integração. Especialista em Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Metodologia do Ensino Jurídico. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito Processual Civil e Direito Regulatório do Petróleo e Gás de Cursos de Pós-Graduação. Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Membro da Federação Interamericana de Advogados. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral. Consultor Jurídico de Companhias Nacionais e Internacionais. Parecerista. Palestrante. Articulista, com artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. Autor de livros jurídicos. Sócio do escritório GUERRA ADVOGADOS – ADVOCACIA EMPRESARIAL.

³ Advogado. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Especialista em Franquia Empresarial. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Membro da Federação Interamericana de Advogados. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Associação Brasileira de Franquias. Consultor Jurídico da Petrobrás Distribuidora no segmento de Franquia Empresarial. Parecerista. Palestrante. Articulista, com artigos jurídicos publicados em revistas especializadas. Autor de livros jurídicos sobre *Franchising & Conveniência*. Sócio do escritório ADVOCACIA FELIZARDO BARROSO.

O tema do presente artigo – **Correspondente Bancário – Prestador de serviços financeiros e bancários e a relação jurídica entre Bancos e Agentes Bancários – Não Incidência do Art. 2º, Inciso II, da LRF e a Sujeição do Correspondente aos Efeitos da Lei de Recuperações e de Falências** - localiza-se no Direito de Empresa⁴, especificamente no instituto dos agentes auxiliares do comércio e na atividade empresarial típica de banco, com conexão direta no Direito Concursal, no regime jurídico da recuperação judicial e da falência.⁵

O tema e sua abordagem são inéditos. Inexiste doutrina sobre o assunto, razão por que o presente ensaio trata da temática à luz das Resoluções do Banco Central⁶ e da Lei de Recuperações e de Quebras.⁷

Este ensaio aprecia a atividade desenvolvida pelo Correspondente Bancário e a relação jurídica entre os Bancos e os referidos agentes econômicos, concluindo pela viabilidade jurídica de pedido de recuperação judicial ou de falência dos Correspondentes Bancários, conforme a necessidade econômica de suas atividades.

Vamos analisar as atividades empresariais dos Correspondentes Bancários, realizando-se a necessária comparação dos atos de empresa realizados por aqueles agentes e os prestados pelos Bancos de Varejo, concluindo-se, ao final, embora assemelhadas as atividades, pela não incidência do art. 2º, inciso II, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 ao empresário ou a sociedade empresária que desenvolvam empresa

⁴ Código Civil Brasileiro, Parte Especial, Livro II, Títulos I e II – Direito de Empresa.

⁵ Lei Brasileira sobre Recuperações e Falências - Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Regula os institutos da recuperação judicial e extrajudicial e a falência requerida pelo credor, autofalência e falência continuada do empresário e da sociedade empresária.

⁶ Resoluções ns. 3.110, de 31.7.2003 e 3.156, de 17.12.2003, do Banco Central do Brasil – BACEN.

⁷ Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Dispõe sobre a Recuperações Judicial e Extrajudicial e das Falências Requeridas pelo Credore e Autofalência do Empresário e da Sociedade Empresária.

típica de Correspondente Bancário, por simples opção do Banco Central e, por sua vez, do legislador.

2. Visão Panorâmica da Recuperação Judicial e da Falência

O instituto da recuperação judicial foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da atual Lei de Recuperações e de Falências – Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005⁸.

Em realidade, dado o fracasso da revogada concordata preventiva, que não mais atendia aos seus objetivos, o legislador brasileiro, a exemplo dos países de economia de primeiro mundo, buscou criar sistemas diferenciados dentro do Direito Concursal. Assim, criou o tratamento jurídico próprio para a recuperação econômica da empresa, através de plano de soerguimento da atividade econômica e manteve o instituto da quebra, da falência, com o encerramento da atividade quando não for possível a recuperação judicial ou extrajudicial.⁹

Nessa trilha é que passamos a conviver, no Direito Concursal Brasileiro, com duas dimensões distintas, a saber: a primeira - a recuperação judicial e extrajudicial; a segunda - da falência, sob múltiplos fundamentos: a) a falência decretada por conta da convolação da recuperação judicial em quebra, por descumprimento de obrigações previstas no plano de recuperação; b) a falência requerida pelo credor, com fundamento: b.1) na impontualidade; b.2) nos atos de falência; c) a falência requerida pelo próprio devedor (autofalência); d) a falência continuada ou continuidade provisória.

⁸ GUERRA, Luiz Antonio. *Falências & Recuperações de Empresas – Comentários à Lei de Recuperações e Falências do Empresário e da Sociedade Empresária*. Brasília: Guerra Editora, 2009, p. 25.

⁹ GUERRA, Luiz Antonio. *Temas de Direito Empresarial – Lei de Recuperações e de Falências – A Recuperação é a Solução para a Empresa em Crise – Inovações, Avanços e Retrocessos na Nova Lei – Abordagem Crítica*. Brasília: LGE Editora, 2007, p. 161.

A recuperação judicial poderá ser requerida pelo devedor, em princípio, que preencha os requisitos legais, sendo certo, no entanto, que somente poderá ser deferido o seu processamento se o devedor for empresário ou sociedade empresária com atos constitutivos regularmente arquivados na Junta Comercial, com mais de 2 anos de atividade econômica.

Os demais requisitos legais, a exemplo, de comprovar o exercício de atividade econômica por mais de 02 (dois) anos, ou mesmo negar legitimidade ao credor na formulação de pedido de recuperação judicial em favor do devedor, em substituição processual, ou, ainda, exigir que o devedor efetue o pagamento do crédito tributário e previdenciário para obter a concessão da recuperação, são questionáveis e, certamente, a jurisprudência, no futuro próximo, consagrará as questões aqui argüidas diante do manifesto equívoco do legislador.

Podemos afirmar, sem receio de qualquer equívoco, que a recuperação judicial é típico processo de conhecimento, cujo pedido é processado por rito especial. O pedido é instaurado através de petição inicial elaborada em atendimento aos requisitos indicados no art. 282 do CPC, além dos especiais previstos na LRF (art. 51). A utilização do art. 282 do Código de Processo Civil há que se mitigada, eis que inexitem, no processo da recuperação judicial, por exemplo, a figura do réu, tampouco a sua citação, além de que o valor da causa indicado tem mera referência para os efeitos próprios de recolhimento de taxa judiciária.

O devedor, autor da recuperação, formulará pedido certo e determinado de concessão da recuperação judicial (art. 286 CPC), devendo, receber, no futuro, se for o caso, a devida prestação jurisdicional.

Recebida a petição inicial da recuperação, o juiz deferirá ou não o processamento. Se negado, o autor poderá renová-lo. Deferido o processamento, tem-se a aplicação imediata de todos os efeitos decorrentes do deferimento, dentre outros: a) as ações e execuções se suspendem pelo

prazo de 180 (cento e oitenta) dias, salvo as exceções previstas na LRF; b) suspende-se o curso da prescrição das obrigações do devedor; c) nenhuma ação, em princípio, merecerá processamento; d) ocorrerá a nomeação de administrador judicial; e) constituição de Comitê de Credores, se for o caso; f) apresentação de plano de recuperação, com os meios indicados para o soerguimento da empresa.

Apresentado o plano, o juiz abrirá vista aos credores, que poderão: a) oferecer objeção; b) silenciar-se. No silêncio, o plano restará aprovado. Em havendo objeção - que equivale a impugnação, através de petição simples, sem formalidades, qualquer credor poderá impugnar o plano. Se houver objeção ao plano, o juiz imediatamente convocará assembléia geral de credores.

A assembléia geral, cuja decisão é soberana, é formada por credores de todas as três classes, a saber: a) credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho e acidente do trabalho; b) credores titulares de créditos com garantias reais e privilégios especiais; c) credores titulares de créditos quirografários e privilégios gerais. A assembléia instalar-se-á em dia, local e horário previamente definidos para deliberar sobre: a) aprovação do plano; b) modificação do plano; c) rejeição do plano.

A rejeição do plano implica convolação da recuperação em falência, devendo, nesse caso, o juiz da recuperação prolatar decisão de decretação de quebra, com a imediata incidência dos efeitos decorrentes da falência, dentre eles: a) o encerramento da atividade econômica; b) a nomeação do administrador judicial, podendo ser o mesmo já nomeado no processo da recuperação; c) o afastamento dos administradores e sócios da sociedade falida; d) a arrecadação de bens do falido e dos sócios com responsabilidade ilimitada; e) a formação das massas falidas da sociedade e dos sócios com responsabilidade ilimitada; f) a intimação do Ministério Público para as providências próprias, podendo ser instaurado inquérito policial, ou, oferecida, de logo, a denúncia por prática de crime definido na LRF, se houver elementos suficientes de autoria e materialidade; g)

suspensão das ações e execuções, salvo as exceções contempladas na lei; h) suspensão do curso da prescrição das obrigações do falido até o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Diferentemente, se não houver objeção ao plano, ou, ainda, se aprovado por credores, em assembléia geral, o juiz determinará ao devedor que apresente as certidões negativas de quitação de débitos tributários e previdenciários ou a comprovação do seu parcelamento, na forma da LRF.¹⁰ Apresentadas as certidões ou a comprovação do parcelamento, o juiz concederá a recuperação judicial.¹¹

A decisão concessiva da recuperação é título executivo judicial. O legislador indicou o recurso de agravo¹² como sendo o recurso

¹⁰ A Lei de Recuperação e de Falência, no art. 57, exige a apresentação de certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205 e 206, do Código Tributário Nacional. Deverá o devedor comprovar a quitação dos débitos tributários e previdenciários ou comprovação do parcelamento. Sucede que o parcelamento indicado na LRF deverá ocorrer nos termos da legislação específica que ainda será votada e aprovada no Congresso Nacional (art. 68). Por essa razão, defendemos o direito do devedor de não apresentar certidão negativa de quitação, salvo se entender que deva pagar, em primeiro lugar, o credor fazendário, e, ainda, de não realizar o parcelamento do débito com base na atual legislação que lhe é desfavorável. Portanto, ao nosso juízo, independentemente de pagamento, o devedor deverá obter a decisão judicial de concessão da recuperação, sob pena de inversão dos valores, com violação direta ao art. 47 da LRF.

¹¹ Defendemos a concessão da recuperação judicial, em qualquer hipótese, tenha ou não o devedor apresentado certidão negativa de débitos tributários e previdenciários, tenha ou não realizado o pagamento mediante parcelamento. Reside na LRF manifesta antinomia entre os arts. 47 (reconhecimento da função social da empresa, com a manutenção de empregos, recolhimento de tributos, geração de renda e riquezas) com a obrigatoriedade indevida prevista no art. 57, 58 e 68 da lei. Ademais, o legislador tributário, de forma vergonhosa, aproveitando-se para adaptar o Código Tributário Nacional à nova realidade do Direito Concursal, acabou inserindo dispositivo que obriga o prévio pagamento do crédito tributário, sob pena de não concessão da recuperação. **Trata-se de verdadeira heresia jurídica que merece pronto afastamento por parte do Poder Judiciário**, como já vem, felizmente, ocorrendo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O credor fazendário continua com triplo privilégio: a) seu crédito não se submete aos efeitos da recuperação; b) exige prévio pagamento do débito ou o seu parcelamento para a concessão da recuperação; c) seu crédito pode ser cobrado, via execução fiscal, nos termos da Lei n. 6.830/1980, sem que haja suspensão da demanda enquanto processada a recuperação. **BASTA DE PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS EM FAVOR DA FAZENDA!** Posicionamo-nos absolutamente a favor da concessão da recuperação independentemente da quitação do débito tributário e previdenciário ou mesmo do seu parcelamento até que venha legislação específica cuidar da matéria. **E mais: é bom que se diga que inexistente previsão legal, no art. 73 da LRF, contemplando a hipótese de convalidação da recuperação em falência, no caso de não apresentação de certidão negativa de débitos, tampouco por não parcelamento, com base na lei atual, não específica para os débitos em processos de recuperação e falência.**

¹² Dentre as várias aberrações contidas na LRF, o art. 59, § 2º, chama a atenção do leitor, porquanto de duas uma: a) ou o legislador equivocou-se quanto à natureza jurídica da decisão concessiva da recuperação judicial; b) ou equivocou-se na indicação do recurso cabível. Embora a LRF, no art. 59, § 2º, indique que o recurso cabível contra a decisão concessiva da recuperação judicial é o agravo, o § 1º afirma que tal decisão constitui título executivo judicial, nos termos do art. 584, III, do CPC. Com a reforma do Livro II, do CPC, Processo de Execução, levada a efeito pela Lei n. 11.232/2005, o mencionado art.

próprio para ser manejado contra tal decisão, podendo recorrer da decisão qualquer credor e o Ministério Público.

Há que se distinguir as decisões judiciais no processo da recuperação judicial. A primeira decisão é aquela que defere ou indefere o processamento da recuperação; esta decisão determina o processamento do pedido. Já a segunda, ela concede ou não a recuperação. Não se confunde o processamento com a concessão! Os efeitos são diversos! E, finalmente, a terceira, ela encerra a recuperação judicial, por sentença, quando cumpridas todas as obrigações previstas no plano e vencidas durante o prazo de 2 anos após concedida a recuperação.

584 restou revogado, estando, hoje, o elenco de títulos executivos judiciais no novo art. 475-N. Do rol de títulos executivos, destacamos os incisos I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer; não fazer; entregar coisa ou pagar quantia; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo, eis que são as duas únicas hipóteses que dão sustentação à concessão da recuperação. De qualquer forma, seja pelo teor do § 1º, seja pelo manifesto equívoco contido no § 2º, do art. 59, discordamos do legislador. A natureza jurídica da decisão concessiva da recuperação judicial – que constitui título executivo judicial (art. 59, § 1º) é sentença e prova disso é que o legislador indicou o então art. 584, III, do CPC – título executivo judicial. Porém, o § 1º, do art. 59, afirma que o recurso é o agravo. Sabe-se que o recurso de agravo é próprio para a decisão que aprecia questão incidental. Diante dessa flagrante anomalia, resta dizer que jamais poderá ser considerada interlocutória a decisão concessiva da recuperação judicial, porquanto esta não decide incidente processual, mas sim homologa transação – o plano aprovado importa novação das obrigações, na forma nele prevista e, ainda, reconhece obrigação de fazer ou de pagar quantia. A concessão é, verdadeiramente, a apreciação do pedido de recuperação, aliás o único e exclusivo que pode ser feito pelo devedor, na petição inicial. Não se constitui título executivo judicial através de decisão interlocutória. As reformas pontuais no CPC vêm causando verdadeira bagunça na ciência processual civil. Os doutos, embora ainda em minoria, graças ao Altíssimo, vêm entendendo que é possível constituir título executivo judicial através de decisão interlocutória. Os doutos procuram confundir o operador do Direito, não por desconhecimento, mas por falta de lealdade à ciência processual, o que é grave! Esse movimento surdo, porém perigoso, começou a partir da inclusão no ordenamento processual civil brasileiro do instituto da tutela antecipada. Na concessão de tutela antecipada, no processo de conhecimento (art. 273), o juiz diante de prova inequívoca, que indica verossimilhança (juízo de quase certeza), poderá conceder, total ou parcialmente, de forma antecipada, os efeitos da futura decisão de mérito. A decisão concessiva da tutela antecipada, que se caracteriza como interlocutória, apresenta, no entanto, perspectiva diferente, se comparada com outras decisões interlocutórias proferidas em processos diversos, na apreciação de incidentes processuais. O juiz, na concessão da tutela, antecipa os efeitos da futura sentença de mérito. Portanto, a constituição de eventual direito através de decisão interlocutória, na tutela antecipada, deverá, obrigatoriamente, ser confirmada, no futuro, por sentença de mérito. É por isso que afirmamos inexistir constituição de título executivo judicial, sem decisão de mérito. Resta, pois, claro que decisões interlocutórias não constituem títulos executivos judiciais, salvo na estreita e específica hipótese de tutela antecipada, confirmada por sentença, de mérito. Equivocada a redação do art. 59, § 2º, da LRF. Assim, é certo que jamais a decisão concessiva de recuperação poderá ser considerada decisão interlocutória, mas sim sentença porque decide o próprio mérito do pedido – a concessão da recuperação -, aliás, o único pedido juridicamente possível que poderá ser feito pelo devedor. Logo, na técnica processual, a decisão concessiva da recuperação é sentença e desafia recurso de apelação, cujo manejo deverá ser feito no prazo de 15 dias. A pergunta que não quer calar é: então qual o recurso deverá ser aviado pelo credor ou pelo MP, na hipótese de concessão da recuperação judicial? O recurso próprio será o de apelação. Contudo, para evitar suposta declaração de erro grosseiro, no Tribunal, recomendamos a interposição do recurso de apelação, no prazo do agravo 10 dias, porém nas razões recursais deverá o apelante argüir o equívoco do legislador.

Concedida recuperação, o devedor ficará em recuperação até o prazo de dois anos, contado da decisão concessiva. Ao final, verificado o pagamento das obrigações previstas no plano e vencidas durante o prazo aqui assinalado, o juiz proferirá sentença de encerramento.

O descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, com prazo de vencimento durante o prazo de 2 anos, o juiz convocará a recuperação em falência, embora defendamos que não se trata de convação direta, devendo oportunizar ao devedor a purga da mora, evitando-se, assim, sempre que possível, a decretação da falência – que nada resolverá.

No entanto, se a obrigação prevista no plano for inadimplida depois de decorrido o mencionado prazo, o credor poderá promover a execução do seu crédito perante o juízo comum ou pedir a falência do devedor, em pedido autônomo, com fundamento em atos de falência (art. 94, III, g), podendo o devedor, no prazo legal, oferecer defesa ou realizar depósito elisivo em dinheiro e no valor integral do crédito reclamado.

A convação da recuperação em falência joga o então devedor para o processo falimentar, eis que a convação implica decretação da quebra.

Já o instituto da falência é antigo e vem de longa data. A origem da falência reside no Direito Romano, especificamente nas ações de cobrança e executiva. Porém, foi no século XIX, definitivamente, que a falência reestruturou-se como instituto autônomo, como conhecemos, hoje, a partir do Código Napoleônico, de 1807.

No Brasil, a falência foi inserida no Código Comercial Imperial, de 1850, com toda a carga de influência do Direito Europeu, marcadamente pelo Direito Francês. Posteriormente, o Direito das Quebras, por revogação expressa do Código Imperial, foi levado para o Decreto-Lei

n. 7.661, de 21.6.1945, vindo, em 9.2.2005 a ser revogado pela atual Lei n. 11.101.

Temos três modalidades de falência na atual legislação, a saber: a) a falência requerida pelo credor; b) a falência requerida pelo devedor ou autofalência; c) a falência continuada ou continuação provisória, que se dá após a decretação da falência, nas hipóteses contempladas nas letras *a* e *b*.

Os fundamentos para o pedido de falência, por parte do credor, são dois: a) impontualidade; b) atos de falência. O primeiro, o credor, com base em título executivo judicial ou extrajudicial, contendo obrigação líquida e exigível, desde que o valor seja superior a 40 salários mínimos ao tempo da propositura do pedido, pode promover pedido de quebra, apresentando, para tanto, o título e o instrumento de protesto. O segundo fundamento, independentemente de valor ou inadimplemento da obrigação, diz respeito a conduta ou postura, por parte do devedor, que caracteriza falência, segundo o legislador. Neste último caso, o credor deverá comprovar que o(s) ato(s) praticado(s) caracteriza(m) quebra.

O devedor, nas hipóteses aqui apontadas, é citado para oferecer defesa. Contudo, no prazo da defesa, o devedor poderá requerer a recuperação judicial. Deferida, a falência será convertida em recuperação. Já, se o pedido tiver por fundamento a impontualidade, pode o devedor, no prazo da defesa, realizar depósito elisivo, no valor integral e em dinheiro.

Na autofalência, é o devedor é quem pede ao juiz que decrete a sua própria quebra, tendo em vista o seu estado econômico de manifesta insolvabilidade.

Decretada a falência, tem-se a imediata aplicação dos efeitos materiais da decisão de quebra sobre: a) o falido (pessoa jurídica) e respectivos sócios com responsabilidade ilimitada, com a paralisação da atividade econômica e a inabilitação do falido e dos sócios para o

desenvolvimento de atividade empresarial; b) sobre os contratos e as obrigações do falido, com a rescisão ou não de ajustes e habilitações de créditos; c) os bens do falido, com a arrecadação de bens e formação da massa falida.

Em linhas gerais, os credores habilitarão créditos e o administrador judicial procederá à arrecadação de bens. Os bens arrecadados serão avaliados e alienados para pagamento dos credores. Portanto, tem-se a realização do ativo para solução do passivo. O processo falimentar é puramente matemático, ou seja, arrecada-se tudo que tenha expressão econômica, salvo as exceções indicadas na lei, e vende-se para pagamento dos credores.

Trata-se, em essência, de típica equação de primeiro grau: $A - B = C$, sendo $A =$ ativo; $B =$ passivo; e $C =$ resultado da operação. Então: se $A > B$, o resultado é positivo e os credores receberão seus créditos; ao revés, se o $A < B$, o resultado é negativo, o que significa dizer que os credores nada receberão ou receberão apenas parte do valor do crédito habilitado.

Realizado o ativo e feito o pagamento aos credores, conforme a força econômica da massa encerra-se o processo de falência, ainda que subsistam créditos a pagar. Com o trânsito em julgado da sentença de encerramento, o prazo prescricional das obrigações do falido recomeça a correr até que se opere a extinção, cujo prazo máximo é de 10 (dez), se o falido foi condenado por crime definido na LRF.

Operada a extinção das obrigações quer em decorrência da prescrição, quer em razão do pagamento; quer mediante depósito para atender percentual acima de 40% dos créditos quirografários, o juiz prolatará sentença de extinção das obrigações. A sentença de extinção viabilizará o retorno do falido à atividade empresarial.

3. Dos Correspondentes Bancários

Como é sabido, no mercado financeiro, o **Correspondente Bancário** é a instituição ou agente não bancário credenciado por Banco para levar produtos e serviços financeiros a todas as camadas da população brasileira. O Correspondente Bancário é o canal alternativo de relacionamento, com conveniência e comodidade, de e para atendimento ao consumidor final dos serviços bancários.

Sua atuação é regida pela Resolução n. 3.110 e pela Circular n. 2.978, ambas do BACEN, sendo suas atribuições:

- a) Encaminhamento de propostas de abertura de contas;
- b) Recebimento e pagamento relativos a contas correntes e de poupança;
- c) Recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênio de prestação de serviços;
- d) Execução de ordens de pagamento em nome do contratante;
- e) Encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos;
- f) Análise de crédito e cadastro;
- g) Execução de serviços de cobrança;
- h) Recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito;
- i) Outros serviços de controle, inclusive processamento das operações pactuadas;
- j) Outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

A atuação dos Correspondentes ganhou o mundo e revelou-se como verdadeiro fenômeno de propulsão do comércio, em vários segmentos de varejo. Na Inglaterra, por exemplo, os supermercados têm linha de produtos financeiros que inclui até seguro para animais domésticos.

Outro exemplo: no Chile, um dos maiores emissores de cartões de crédito da América do Sul, o Correspondente Bancário é típica loja de departamentos. No México, uma das maiores lojas de varejo de eletrodomésticos e móveis (ELETRA) é dona do banco Azteca, uma potência financeira que funciona dentro de suas lojas.

As associações entre varejo e banco têm um alvo estratégico bem definido: o público de baixa renda, uma camada da população que no Brasil reúne

cerca de 40 milhões de pessoas, as quais não possuem nenhum tipo de relacionamento bancário.

Pesquisas recentes indicam que o consumidor de baixa renda fica constrangido ao entrar numa agência bancária, mas se sente muito bem recebido nos estabelecimentos comerciais que fazem parte de seu dia-a-dia.

São as seguintes vantagens para as instituições financeiras ao adotarem o concurso dos Correspondentes Bancários:

- ✓ fluxo de pessoas no estabelecimento;
- ✓ fidelidade dos clientes;
- ✓ oferta de produtos e serviços;
- ✓ faturamento do estabelecimento com os produtos e serviços financeiros oferecidos aos clientes.

4. Das Atividades Desenvolvidas pelos Correspondentes e Assemelhadas aos dos Bancos - Não Incidência do Art. 2º, inciso II, da LRF aos Correspondentes Bancários – Sujeição dos Correspondentes aos Efeitos da Lei de Recuperações e de Falências

O primeiro normativo a denominar de Correspondentes, empresas prestadoras de serviços bancários, foi a Circular n. 220/1973, do Banco Central, que permitiu aos Bancos comerciais firmar contratos para o desempenho das funções de correspondente, limitando, porém, à contratação daqueles serviços à cobrança de títulos e execução, ativa ou passiva, de ordem de pagamento em nome do contratante.

Vários outros instrumentos legais e regulamentares normatizaram, posteriormente, a atuação dos Correspondentes Bancários, tendo como escopo maior o incremento da poupança interna, com melhor abrangência dos serviços prestados pelas instituições financeiras, tendo sido cometido aos Correspondentes Bancários outros serviços, além daqueles de cobrança de títulos e execução de ordem de pagamento.

No que concerne à segurança da atuação dos Correspondentes Bancários foi sempre ressaltada, ao longo de todo esse tempo, a responsabilidade das instituições financeiras pelos atos praticados pelos seus Correspondentes perante o Banco Central, o qual teve assegurada sua possibilidade de acesso integral e irrestrito a todas as

informações, dados e documentos relativos à empresa contratada; ao terceiro porventura substabelecido e/ou aos serviços por estes prestados.

Pelas Resoluções ns. 3.110 e 3.156, de 2003, a garantia daquele acesso foi assegurada por contrato assinado entre a instituição financeira e seu Correspondente.

Da mesma forma, quanto ao sigilo bancário ficou assegurado que a atividade do Correspondente Bancário, por si só, não caracterizaria o descumprimento das regras de sigilo; estando, porém, abrangidos pela legislação do sigilo bancário, inclusive sujeito às sanções, não apenas as atividades da instituição financeira contratante, mas as da empresa contratada e seus empregados.

Vê-se, portanto, que ao longo do tempo, sucessivas emanações regulatórias foram imprimindo cada vez mais ênfase ao importante papel do Correspondente Bancário, ao cercar de segurança e responsabilidades suas atividades meritórias.

Hoje, a atividade do Correspondente Bancário acha-se regulada integralmente pelas referidas Resoluções ns. 3.110 e 3.156, ambas de 2003, prestando inúmeros serviços, dentre eles, os modernos de **cobrança e de recuperação de ativos financeiros**, serviços estes, aliás, prestados desde 1973, quando de seu reconhecimento legal.

É tamanha a integração dos Correspondentes Bancários às instituições financeiras com as quais trabalham que os funcionários daqueles já estão reivindicando sua filiação ao Sindicato dos Bancários, bem como equiparação aos direitos trabalhistas dos servidores dos bancos, a ponto da FEBRABAN ter aconselhado às sociedades empresárias de Correspondentes Bancários que alterem sua razão social para **Correspondentes “não” Bancários**, segundo informação ventilada nos corredores do 3º Congresso de Crédito e Cobrança, realizado na Cidade de São Paulo.

Segundo dados do próprio Banco Central, existem 76,4 mil Correspondentes operando no Brasil, embora 40 mil deles operem, somente, nos

empréstimos consignados, não existindo dados de quantos operam, apenas, em cobrança bancária.

Já existe, a recém criada Associação Brasileira de Correspondentes Bancários, prestes, porém, a mudar seu nome para Associação Brasileira dos Corretores Financeiros, que já reivindicam, inclusive, a regulação de sua atividade específica, essencialmente atuando no segmento de empréstimos consignados, como a possuem, por exemplo, os corretores de imóveis.

Os que estão à testa da Associação dos Correspondentes Bancários, em vias de se tornar **Associação dos Corretores Financeiros**, pretendem que a Associação possa atuar como órgão de auto-regulamentação, (a exemplo do CONAR), que autoregula as atividades dos publicitários, homens do Marketing e da Propaganda.

Dizem os líderes da referida Associação que será preciso regular o Contrato de Corretagem Financeira, garantindo-se o direito a justa comissão, sua forma de pagamento e as responsabilidades do corretor, caracterizando a natureza de sua função e balizando suas operações.

E, com respeito aos Correspondentes Bancários, sabemos, hoje, muito bem, pois, quais são suas responsabilidades, mas desconhecemos o que existe até hoje em dia, em termos de sua proteção, principalmente, com referência àqueles Correspondentes que se dedicam apenas a cobrança de títulos, contribuindo eficazmente para a própria higidez do sistema bancário brasileiro.

Nos termos em que são firmados, hoje, os contratos entre as instituições financeiras e os Correspondentes Bancários que se dedicam à cobrança bancária e a recuperação dos créditos e dos próprios clientes dos bancos (interessados em sua fidelização para não perdê-los para seus concorrentes), não há, por exemplo, qualquer garantia de que determinado fluxo de títulos lhes será assegurado, de modo a compensar os investimentos feitos com os outros serviços bancários, que a todo o momento lhes são repassados, transferindo-se, assim, o custo operacional dos Bancos para seus Correspondentes.

Existem no Brasil duas Associações constituídas pelos Correspondentes Bancários que se dedicam principalmente à cobrança de títulos: a Grupo de Excelência Operacional em Cobrança (GEOC), formado atualmente por 11 (onze) empresas apenas, líderes no setor por possuírem elevados volumes de carteira em cobrança, as quais se segregaram dos demais Correspondentes Bancários, conseguindo tratamento privilegiado por parte das instituições financeiras para suas empresas associadas, e a Associação Nacional das Empresas de Recuperação de Crédito (ASERC), que congrega todas as demais, sem, contudo, possuírem, as empresas associadas, qualquer benefício ou proteção, que possam justificar a adesão.

Os contratos firmados entre Bancos e Correspondentes Bancários estabelecem verdadeira parceria entre os agentes econômicos. É marcante o interesse comum na conquista dos objetivos colimados, em especial, nos de cobrança ou de recuperação de ativos, porque, além do retorno ao capital de giro da instituição financeira, a fidelização de sua clientela, constituída por seus financiados momentaneamente inadimplentes, sobre as quais se exerce a atuação das empresas de cobrança, é uma franca ampliação de suas atribuições originais, que consolida, de uma vez por todas, a parceria existente.

Diz-se, inclusive, que, no futuro, as empresas de recuperação de ativos serão instadas a oferecer aos clientes das instituições financeiras, sobre os quais exercem a sua atuação, produtos ou serviços diversos, como crédito consignado, por exemplo, o que, aliás, já vem sendo praticado, por enquanto, ainda que timidamente.

Não é sem razão que tais contratos, inclusive aqueles firmados com os escritórios de cobrança, têm sido qualificados como Contratos de Colaboração Recíproca. Aliás, o escopo comum das partes, por sinal, assim tão ampliado, permite que se vá mais longe, qualificando tais contratos até como contratos societários atípicos, levando à formação de um grupo de sociedades de fato, ou seja, uma sociedade de sociedades, constituída por um feixe de contratos bilaterais de comunhão de escopo.¹³

¹³ RACHE, Sztajn. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 169 e 178.

Uma característica essencial destas redes consiste no fenômeno da integração econômica entre pessoas jurídicas distintas, por força do controle exercido por seus organizadores, *in casu*, as instituições financeiras. Tal controle implica a sujeição da atividade do terceirizado a diretivas que abarcam questões comerciais, técnicas, financeiras, contábeis e operacionais.

Assim, tais diretivas pressupõem muitas providências e atitudes a serem tomadas como investimentos necessários ao início e continuidade dos negócios; aparência dos escritórios contratados; seu horário de funcionamento; apresentação, treinamento e comportamento a ser exigido dos empregados daqueles escritórios; procedimentos contábeis; avanços tecnológicos; marketing etc.

O exercício deste poder de controle, em si mesmo, não é abusivo, até, pelo contrário, essencial para garantir padrão de atendimento à clientela das instituições financeiras, gerando a imagem de rede exitosa, na persecução dos objetivos comuns. O seu abuso é que gera distorções.

O controle exercido pelas instituições financeiras possibilita, enfim, a atuação empresarial integrada, que se superpõe a estruturas societárias juridicamente autônomas. Os laços econômicos que se estabelecem entre aquelas instituições e as firmas de cobrança acabam deixando em segundo plano a autonomia jurídica dos membros da rede.

A atuação conjunta dos membros da rede de escritórios, ou firmas de cobrança, leva à criação de um patrimônio incorpóreo comum. Não seria exagero, pois, afirmar-se que, de certa forma, os diversos e respectivos estabelecimentos, ainda que juridicamente autônomos, compartilham do mesmo aviamento.

Para o controlador, *in casu*, para a instituição financeira, a rede de escritórios, ou firmas de cobrança e de recuperação de ativos, traz a grande vantagem

de possibilitar a multiplicação de estabelecimentos que trabalham sob sua bandeira, sem a necessidade de pesados investimentos próprios, em ativos permanentes; investimentos estes realizados pelos terceirizados, parceiros na operação.

Mas, por outro lado, impõe-lhe sérias responsabilidades de assistência permanente e de proceder a administração compartilhada, pois, apesar de não ser **proprietário** ou ao menos co-proprietário das unidades juridicamente autônomas, vinculadas por contrato ou parceria, mantém, todavia, controle amplo de suas atividades.

A integração também proporcionaria benefícios para os escritórios ou firmas de cobrança, pois, em regra, deveria garantir-lhes exclusividade territorial, o que na prática, não acontece, assegurando-lhes, apenas, quando muito, comunhão de técnicas e de recursos de tecnologia da informação e da comunicação que, isoladamente, lhes seriam inacessíveis – se bem que, se agissem de modo isolado, deles não necessitariam em tão grande sofisticação.

Todavia, esta integração assim tão estreita, feita com tão boas intenções, cria, também, alto grau de dependência dos escritórios de cobrança às instituições financeiras, seja porque aqueles devem investir pesadamente na atividade que desenvolvem (e seus investimentos nem sempre são fungíveis, vale dizer, perfeitamente aproveitáveis em outra atividade econômica), seja porque cláusulas, como aquelas da quase exclusividade de aprovisionamento, tendem a isolá-lo e a vincular sua sorte à da marca com a qual trabalha.

Neste particular é sabido que muitos escritórios, ou firmas de cobrança e/ou de recuperação de ativos, apresentam, geralmente, 70% ou mais de seu movimento financeiro vinculados a uma mesma instituição financeira.

Assim é que, embora os escritórios e empresas de cobrança sejam juridicamente autônomos, economicamente falando-se, são extremamente dependentes.

Por estas e outras razões, mas principalmente por estes motivos de fato e por estas razões de direito, a denúncia do contrato de parceria entre os escritórios, e/ou firmas de cobrança e as instituições financeiras, quando por tempo indeterminado, ou a sua não renovação, sendo por tempo determinado, são atos causadores de inúmeros e sérios prejuízos para os escritórios e/ou firmas de cobrança e de recuperação de ativos. Atos estes, aliás, que se tornam mais freqüentes nos momentos em que as instituições financeiras buscam reposicionar-se no mercado, passando a selecionar seus colaboradores por critérios eminentemente subjetivos e extremamente egoísticos, descartando-se dos demais, embora estes últimos apresentem muitas vezes longos anos de bons serviços prestados, seja sob o ponto de vista técnico-jurídico e operacional de seu alto padrão de desempenho, seja de idoneidade moral-financeira ilibada.

A ameaça de encerramento dos contratos de parceria com as firmas e/ou escritórios de cobrança, transforma o então sadio controle da rede em mecanismo de opressão, com o qual as instituições financeiras logram impor cláusulas abusivas aos seus integrantes, como aquelas de não se comprometerem durante a vigência do contrato a enviar cargas de títulos para cobrança, não obstante as expectativas dos seus colaboradores, que as vinham recebendo sistematicamente, e que, de uma hora para outra, ficam sem elas, e, portanto, sem o devido e necessário oxigênio operacional.

Prevalendo-se daquelas cláusulas abusivas antes mencionadas, as instituições financeiras também usam outro método, este, sibilino e subreptício de irem secando aos poucos o percentual de envio de carga de cobrança, até o completo desfalecimento dos escritórios, ou firmas de cobrança, por pura inanição.

Estes são os motivos de fato e essas são as razões de direito pelos quais tais atos devem estar sujeitos a um especial condicionamento jurídico.

Com o advento do Código Civil/2002, o exercício do poder de denúncia da relação contratual, ou o simples enxugamento paulatino das cargas de trabalho, até cessarem em definitivo (o que equivaleria a uma denúncia de fato) está, hoje, mais do que nunca, delimitado pelo princípio da boa-fé, que impõe lealdade absoluta (e nem poderia ser de outra forma), principalmente nas relações de parceria estabelecidas

contratualmente entre as partes, coibindo quaisquer modalidades de abuso de prerrogativas conferidas pelo Direito. Em sendo assim, a denúncia abusiva, ostensiva, ou disfarçada, há de gerar uma obrigação de indenizar.

Com efeito, mesmo à míngua de previsão legal ou contratual, não é admissível que, sem a concessão de um prazo hábil para que o parceiro (escritório, ou firma de cobrança) busque adaptar-se às novas condições impostas pelas instituições financeiras venha a se promover a extinção de seu contrato de parceria.

Quanto à quantificação do aviso, ficará ela a depender das especificidades do caso concreto, dentre as quais merecem destaque especial o grau de integração entre as partes (absoluto no caso de escritórios de cobrança e instituições financeiras), aporte do investimento em ativos fixos ou operacionais, equipamentos, pessoal etc. a que foram obrigados os escritórios de cobrança, tudo a ser devidamente sopesado, quando do julgamento do conflito de interesses estabelecido.

Por outro lado, defrauda a confiança do terceirizado a denúncia que contradiz atos anteriores da instituição financeira, tudo levando a crer na continuidade do contrato e de repente *venire contra factum proprium*, já diziam os romanos, em uma guinada de 360°, as instituições financeiras resolvem descartar-se deste ou daquele escritório ou firma de cobrança.

Pense-se, por exemplo, muito comum na atividade de cobrança, na hipótese de premiação, ou de reconhecimento dos resultados alcançados pelos escritórios ou firmas de cobrança, em planos de excelência instituídos pelas instituições financeiras para o atingimento de metas pré-traçadas e, em curto espaço de tempo, sem qualquer causa grave que a justifique, sobrevém a desqualificação dos escritórios, ou firmas de cobrança ou de recuperação de ativos, mesmo sem a denúncia formal do contrato.

Na hipótese de configurar-se a denúncia abusiva do contrato, ostensiva ou velada, e não ser possível mais a manutenção do contrato, abre-se, como alternativa inexorável, a indenização dos danos sofridos pelos escritórios, e/ou firmas de cobrança ou de recuperação de ativos prejudicados.

Nesse caso, a indenização deve abranger os seguintes itens: despesas relacionadas diretamente à diminuição sensível e/ou até o encerramento das atividades dos terceirizados, como rescisões de contratos de trabalho de seus empregados; perda de investimentos em ativos fixos (permanentes) ou mesmo operacionais, mas não conversíveis para outras atividades empresariais; lucros cessantes pelo período em que fosse razoável à continuação do contrato (a partir da média dos lucros passados por exemplo).

No que toca à distribuição de carga de títulos para cobrança é preciso ter-se em mente que a instituição financeira quando retira dos escritórios a serem descartados os valores a serem cobrados, amplia a carga de distribuição para outros escritórios ou firmas de cobrança integrantes de sua rede que, destarte, se apropria do trabalho do terceirizado descartado.

Além disso, será possível a indenização por eventuais danos morais que a denúncia ostensiva ou velada venha a provocar, ressaltando-se que os Tribunais já vem admitindo a indenização por danos morais às pessoas jurídicas.

Por fim, o controlador da rede, *in casu* a instituição financeira, poderá ser obrigado a ressarcir o escritório ou firma de cobrança e/ou de recuperação de ativos pelo estoque remanescente de processos já ajuizados (com honorários embutidos, seja pelo fato de seu simples ajuizamento e/ou também, pelo seu acompanhamento, seja por outros decorrentes de excussão da garantia (*in casu* geralmente veículos).

Cumprir lembrar que os contratos de parceria ou de terceirização aqui tratados são legalmente (embora não jurídica e falando-se socialmente) atípicos, ao contrário do que ocorre em outros países que já editaram normas protetivas de alcance mais geral como a Bélgica, na Europa e oito Estados norte-americanos.

Por essa razão, na busca de soluções para os problemas gerados com sua aplicação, é válido o recurso analógico a contratos tipificados com os quais tenham afinidades, como o de representação comercial (Lei nº 4.886/65, esse até com maior grau de afinidade, principalmente a partir da imposição de outras atribuições aos

escritórios, ou firma de cobrança, agora equiparados aos correspondentes bancários) e o de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729/79).

Referidos diplomas legais, obrigam que os respectivos contratos instituem mecanismos que dificultem a denúncia unilateral, seja exigindo justa causa para seu exercício, seja estabelecendo critérios de indenização em favor dos representantes e dos concessionários.

Sob outro ângulo, a denúncia ostensiva ou velada do contrato também pode ser qualificada como abuso do poder econômico, especialmente quando as instituições financeiras o fazem, impingindo ao terceirizado perdas irreparáveis, na razão direta de seu enriquecimento, pela diminuição de seus custos de controle, já que sua rede estará diminuída.

Finalizando, o ordenamento jurídico pátrio, como vimos, até que já oferece por analogia a outros diplomas legais similares, diversos mecanismos de contenção à ruptura abusiva dos contratos de terceirização, como aqueles firmados entre os escritórios ou firmas de cobrança e/ou de recuperação de ativos e as instituições financeiras.

Seja como for, é inadmissível que a flexibilidade indispensável ao funcionamento de uma rede, seja qual for sua natureza, possa atentar frontalmente contra os legítimos interesses e direitos de cada um de seus integrantes.

Diante de toda exposição que realizada resta indubitado que as atividades prestadas pelos Correspondentes Bancários assemelham-se, na essência, com as prestadas pelos Bancos, com exceção, naturalmente, à captação de recursos no mercado, embora seja possível também a prática de atos desde que o agente obtenha prévia autorização do Banco Central. Para tanto, será necessário ainda que os objetivos sociais contemplados no contrato social do Correspondente autorizem a prática de tais atos.

No mais, os objetivos dos Correspondentes, de fato, assemelham-se, de perto, com os dos Bancos Comerciais de Varejo. Embora as atividades de ambos agentes guardem pontos de contacto, o Banco Central, por política de organização do mercado financeiro, salvo exceções como apontadas, não permite, tampouco reconhece o Correspondente Bancário como Instituição Financeira, ou seja, como Banco.

Em decorrência do não reconhecimento dos Correspondentes Bancários como Bancos, por simples opção do Banco Central na organização do mercado financeiro, é certo, então, que não há incidência do art. 2º, inciso II, da Lei de Recuperações e de Falências aos Correspondentes Bancários.

Aponta o art. 2º, inciso II, da LRF: Esta Lei não se aplica a:

*I – (...). II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e **outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.*** (grifou-se)

Embora ambos agentes econômicos exerçam, na prática, atividades assemelhadas, tipicamente bancária, mormente na recuperação de ativos e refazimento do capital de giro dos tomadores de empréstimo, significa dizer que a expressão contida na parte final, do inciso II, do art. 2º, da LRF, - **outras entidades legalmente equiparadas às anteriores** - não se aplica aos Correspondentes Bancários.

Portanto, nessas condições não há incidência do art. 2º, inciso II, da LRF aos Correspondentes Bancários e, assim, sujeitam-se eles aos efeitos da Lei de Recuperações e de Falência, tendo, pois, legitimidade ativa *ad causam* para pedir recuperação judicial, como também para responder a pedido de falência, no pólo passivo, quando requerida por credor, ou, no pólo ativo, quando formulado pedido de autofalência.

5. Conclusões

A exposição aqui realizada leva-nos as conclusões: a) os Correspondentes Bancários são agentes econômicos participantes do mercado financeiro e exercem relevante papel socioeconômico perante as populações de baixa renda, em substituição aos Bancos; b) as atividades desenvolvidas pelos Correspondentes Bancários são típicas dos Bancos de Varejo, na captação de recursos, mormente na recuperação de ativos e refazimento de capital de giro; c) as atividades dos Correspondentes Bancários estão reguladas nas Resoluções do Banco Central do Brasil; d) os Correspondentes Bancários não são reconhecidos como Bancos, porquanto o Banco Central ao organizar o mercado financeiro, por opção, não incluiu os Correspondentes como assemelhados às instituições financeiras; e) por conta do não reconhecimento dos Correspondentes como assemelhados aos Bancos, o art. 2º, inciso II, da Lei de Recuperações e de Falência não incide sobre os Correspondentes Bancários; f) os Correspondentes Bancários sujeitam-se, portanto, aos efeitos da Lei de Recuperações e de Falência, tendo pois legitimidade ativa *ad causam* para pedir recuperação judicial, como também responder, no pólo passivo, por pedido de falência.

**SEGURO CAUÇÃO EMPRESARIAL
COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL
VISÃO GERAL SOBRE O SEGURO CAUÇÃO OU SEGURO GARANTIA
NA ARGENTINA E NO BRASIL
FATOR IMPORTANTE PARA O EXERCÍCIO DE EMPRESA**

Prof. Luiz Antonio Guerra¹⁴

1. Introdução

¹⁴ Advogado. Pós-Doutor em Direito Comercial. Doutor em Direito Processual Civil. Mestre em Negociação Internacional e Integração. Especialista em Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Metodologia do Ensino Jurídico. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Professor de Direito Comercial, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito Processual Civil e Direito Regulatório do Petróleo e Gás de Cursos de Pós-Graduação. Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Membro da Federação Interamericana de Advogados. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral. Consultor Jurídico de Companhias Nacionais e Internacionais. Parecerista. Palestrante. Articulista, com artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. Autor de livros jurídicos. Sócio do escritório GUERRA ADVOGADOS – ADVOCACIA EMPRESARIAL.

O tema do presente artigo – **seguro caução empresarial ou seguro garantia** - localiza-se no Direito Civil, especificamente no Contrato de Seguro,^{15 16} com conexão na atividade econômica regulada pelo Direito Comercial ou de Empresa^{17 18} e, ainda, com reflexo no Direito Obrigacional^{19 20} e desdobramentos no Direito Concursal da Argentino e do Brasil.^{21 22}

O tema – seguro caução - é aqui abordado à luz do Direito Positivo Argentino e Brasileiro. O ensaio não tem por fim esgotar o assunto, mas apresentar o tema para reflexão dos agentes econômicos envolvidos nos mercados de seguro e financeiro para essa potencial ferramenta de alavancagem de negócios.

O **seguro caução empresarial**, assim conhecido nos países de língua espanhola, há muito vem sendo utilizado na Espanha, México, Argentina, Colômbia e Chile. Por aqui, nas terras de Cabral, denominamos de **seguro garantia**. Embora tenham, em essência, a mesma finalidade (garantir obrigações), possuem eles, seguro caução empresarial e seguro garantia, diferenciações no que tange a sua utilidade e aceitação nos respectivos mercados.

¹⁵ Código Civil Brasileiro:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

¹⁶ *Ley Argentina sobre Seguros – Ley n. 17.418, de 6 de setembro de 1967:*

Título 1: Del Contrato de Seguro

Capítulo 1: Disposiciones Generales

Sección 1: Concepto y Celebración

1. *Definición: Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto.*

2.

¹⁷ Código Civil Brasileiro, Parte Especial, Livro II, Títulos I e II.

¹⁸ *Código de Comercio Argentino, Libro Primero, De Las Personas del Comercio y Otras Leys.*

¹⁹ Código Civil, Parte Especial, Livro I, Títulos III e IV.

²⁰ *Código Civil Argentino, Libro Segundo, Sección Primera, Parte Primera: De Las Obligaciones em General.*

²¹ Lei Brasileira sobre Recuperações e Falências - Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Regula os institutos da recuperação judicial e extrajudicial e a falência requerida pelo credor, autofalência e falência continuada do empresário e da sociedade empresária.

²² *Ley Argentina de Concurso y Acuerdo Preventivos y Quiebras- – Ley n. 24.522, de 9/8/1995, con la modificación de la Ley 26.086, de 10/4/2006.*

A experiência brasileira, no segmento de seguro garantia, embora prevista na Circular SUSEP n. 232, de 3 de junho de 2003,²³ ainda é incipiente, como, também, escassa é a doutrina sobre o tema, se comparada com a realidade do setor de seguros nos países de economia de primeiro mundo, em que em quase todos os segmentos da economia a presença do seguro caução empresarial se faz presente, como forma de alavancagem de negócios e oportunidades empresariais.

Naquelas economias, inclusive mais próximos de nós, nas Américas do Sul e do Norte, a exemplo do Chile, Argentina, México, EUA e Canadá, diferentemente daqui, da realidade brasileira, talvez em razão dos custos das apólices, é impensável iniciar qualquer atividade econômica ou mesmo exercê-la, sem antes contratar seguro caução empresarial para o cumprimento de obrigações próprias e decorrentes do exercício de empresa, esta na concepção jurídico-econômica indicada no art. 966 do Código Civil Brasileiro²⁴, ou na antiga tradição da prática da mercancia, com habitualidade, exercida pelos comerciantes, como prevê os *artículos 1 a 4, del Código de Comercio Argentino*.²⁵

²³ Circular SUSEP n. 232, de 3 de junho de 2003 – Divulga as informações mínimas que deverão estar contidas na apólice, nas condições gerais e nas condições especiais para os contratos de seguro-garantia e dá outras providências.

O seguro garantia foi inserido no mercado de “ramo garantia” através da Circular n. 026, de 10/11/1989, revogada pela Circular n. 004/1997. Esta foi alterada pela Circular n. 132/2000, que restou revogada pela Circular n. 214/2002. Atualmente, a matéria está prevista na Circular n. 232/2003, que revogou a Circular n. 214/2002.

²⁴ Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

²⁵ *Código de Comercio Argentino – Libro Primero – De Las Personas del Comercio*

Título 1: De los Comerciantes

Capítulo 1: De los Comerciantes em General y de los Actos de Comercio

- 1. La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.*
- 2. Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor. So también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado.*
- 3. Son comerciantes por menor los que, habitualmente, en las cosas que se miden, venden por metros o litros; en las que se pesan, por menos de diez kilogramos, y em las que se cuentan, por bultos sueltos.*
- 4. Son comerciantes así los negociantes que se emplean en especulaciones en el extranjero, como los que limitam su tráfico al interior del Estado, ya se empleen en un solo o en diversos ramos del comercio al mismo tiempo.*

É da tradição do Direito das Obrigações, seja no Brasil ou na Argentina, o credor exigir do devedor, ao tempo da contratação da obrigação, as clássicas garantias pessoais e reais, como forma de solver e garantir o pagamento de dívidas e obrigações inadimplidas. Por isso que é comum o credor exigir do devedor, como condição para a celebração do negócio jurídico, a prestação de garantias fidejussórias, estas representadas por fiança comum ou fiança bancária e o aval, parcial ou limitado ou integral.

Na mesma linha tradicionalista, temos, **ainda**, a concessão de garantias reais, estas representadas por hipoteca, penhor, anticrese e usufruto, sem prejuízo da alienação fiduciária, quando a hipótese comportar tal modalidade de garantia. As variações de hipoteca, penhor, anticrese e usufruto são, em verdade, os meios comuns e mais utilizados pelo devedor para garantir o regular cumprimento de obrigações contratadas.

Nova figura de garantia surgiu, porém mais recentemente, no segmento financeiro, com a operação de securitização de créditos. Através da securitização é possível ceder total ou parcialmente créditos ao securitizador, garantidor, na hipótese de inadimplemento de obrigações ou mesmo em operações de adiantamentos de créditos, próprias de transações em sistema de *factoring* (fomento de capital de giro mediante adiantamento de créditos e desconto de títulos), cujos direitos são cartularizados e representados por títulos negociáveis no mercado, com total liquidez, por força do velho e bom conceito de Cesare Vivante, adotado no art. 887, do Código Civil Brasileiro.²⁶

Porém, afora o mundo financeiro, com a utilização de operações de securitização de títulos e créditos, há muito o mercado não tem revelado outras e novas relações jurídicas próprias de garantias de créditos ou obrigações. Ou mesmo quando surge alguma novidade, a sua implantação acaba sendo desprestigiada, sem utilidade prática, como só ocorre, no momento, com a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, modalidade de garantia imobiliária, no regime das locações urbanas.

²⁶ GUERRA, Luiz Antonio. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito e Institutos Conexos no Código Civil. Comentários à Teoria Geral dos Títulos de Créditos e Insitutos Conexos no Código Civil.** Brasília: LGE Editora, 2007, p. 59.

A Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991,²⁷ indica na Seção VII, Das Garantias Locatícias, particularmente no art. 37, o rol de garantias potencialmente utilizáveis quando da celebração de contrato de locação de imóvel residencial ou comercial, apontando para:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I – caução;

II – fiança;

III – seguro de fiança bancária;

IV – cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Dentre as garantias indicadas na Lei de Locações, a novidade reside, de fato, na cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (art. 37, IV), eis que foi recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n. 11.196, de 27 de novembro de 2005. A cessão fiduciária é novidade, se comparada com as tradicionais garantias até então existentes neste segmento de mercado.

Sucedo, no entanto, que mesmo após já alcançados dois anos de vigência da nova lei (Lei n. 11.196/2005), com a inclusão de nova garantia no mercado de locações urbanas, o que se anunciava, à época, como verdadeira revolução, acabou fazendo água, porquanto a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ainda não regulamentou a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, como modalidade específica de garantia locatícia.

O fundo de investimento, em garantia imobiliária, como modalidade de captação de recursos, requer regulamentação firme e protetora do investidor, porque se trata de captação de dinheiro no mercado varejista de locações urbanas. O monitoramento de transações e o controle sobre a rentabilidade desses investimentos formados, em carteiras, com recursos financeiros advindos, na origem, de típica poupança popular, isto é, pulverizadas e contratadas por locatários, homens comuns, mediante o pagamento do preço de quotas e

²⁷ Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, dispõe sobre a locação de imóveis urbanos.

respectivas cessões, na hipótese de inadimplemento de obrigações locatícias, requer normatização e fiscalização por parte da CVM.

Em outras palavras, continuamos, no segmento das locações urbanas, com as mesmas garantias históricas, sem qualquer novidade no plano prático. Até o momento não se sabe ao certo quais os agentes econômicos poderão atuar neste segmento de negócio, no mercado de cessão de quotas de fundo de investimento originário de garantia locatícia.

A conclusão, neste momento, é no sentido da dificuldade que tem o legislador brasileiro de criar e normatizar novas relações jurídicas próprias de garantias de crédito ou de obrigações.

Diante a escassez de novas modalidades de garantias é que decidimos tratar do tema - seguro caução empresarial, como forma de demonstrar a potencialidade dessa ferramenta de alavancagem econômica e de oportunidades empresariais.

2. Do Seguro Caução Empresarial ou Seguro Garantia

O seguro garantia foi introduzido no Brasil através da Circular n. 026/1989. Todavia, de lá para cá, a matéria foi tratada especificamente no âmbito da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados através de Circulares, cujos conteúdos pouco informam ou contribuem para o exato conhecimento dessa modalidade de garantia de obrigações. Prova disso é que a própria Circular SUSEP n. 232/2003 – afirma, em seu texto, tratar-se de **“informações mínimas que deverão estar contidas na apólice”**.

A regulamentação do seguro garantia, no Brasil, é pobre e precária, embora a mencionada Circular n. 232/2003²⁸ indique os elementos mínimos que deverão constar da apólice. Certamente, a ausência de melhor regulamentação reside no fato da limitação da utilização de tal modalidade de seguro, no mercado empresarial.

²⁸ Circular SUSEP n. 232, de 3/6/2003 – Art. 4º A apólice do seguro de que trata esta Circular deverá indicar os riscos assumidos, a vigência, o limite máximo da garantia ou importância segurada, o valor do prêmio, o nome ou a razão social do segurado e do tomador, além dos demais requisitos estabelecidos nos normativos vigentes.

A restrição à contratação do seguro garantia reside em fatores variados, a saber: a) não divulgação no mercado; b) limitação a apenas alguns segmentos da economia; c) inviabilidade de acesso aos microempresários, pequenos empresários e médios empresários; d) o elevado custo financeiro da contratação, por conta do preço do prêmio, em razão de critérios tarifários decorrentes do risco da operação a ser garantida ou do valor envolvido na obrigação contratada.

Dizer que o seguro garantia está disponível é uma coisa; afirmar que há larga utilização é outra. No Brasil, embora haja previsão, não é largamente utilizado frente aos custos de contratação, o que afasta o empresariado nacional (micro, pequena e média empresas, aliás responsáveis pela geração de empregos e renda neste País). Esta é a realidade brasileira!

Dadas as características do seguro caução empresarial: garantia comercial, acessório, comutativo, bilateral e oneroso, por excelência, podemos afirmar que o seguro caução empresarial é típico contrato de fiança, de garantia pessoal; é típico contrato de garantia de danos, para o cumprimento de determinada obrigação de fazer (dar) ou de entregar, no tempo e na forma indicadas, coisas e serviços, no cumprimento regular de obrigação principal.

Em realidade, o seguro caução empresarial é típico seguro de danos, que tem por fim garantir os prejuízos resultantes e conseqüentes do sinistro, ou minorar ou recompor o dano, ou, ainda, salvar ou cumprir a obrigação contratada, o que não afasta a incidência e aplicação do art. 779 do Código Civil Brasileiro.²⁹

Neste sentido, a *Ley Argentina de Seguros – Ley 17.418*, de forma clara e completa, bem cuida do *Seguro de Daños Patrimoniales, Capítulo 2, Sección 1, Disposiciones Generales, artículo 60*, ao indicar precisamente o objeto da contratação.³⁰ Aliás, vale registrar que a lei argentina cuida de várias modalidades

²⁹ Código Civil:

Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

³⁰ *Ley Argentina sobre Seguros – Ley 17.418, Artículo 60:*

Objeto. Puede ser objeto de estos seguros cualquier riesgo si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra.

de seguro, inclusive *Seguros de la Agricultura e Seguros de Animales, de cualquier especie – artículos 90/98.*

A contratação de seguro caução, no segmento empresarial, se adotado pelos agentes econômicos, independentemente de seu porte ou segmento de negócio, tem e terá por objetivo garantir obrigações contratadas por empresário individual ou sociedade empresária, próprias do desenvolvimento regular de suas respectivas atividades econômicas. Mas não é só isso!

Com o seguro caução empresarial, o empresário e a sociedade empresária poderão evitar inadimplemento de obrigações próprias do desenvolvimento da empresa, conforme a natureza e os objetivos previstos no contrato ou estatuto social.

Também a contratação de seguro caução empresarial se faz e fará importante para garantir o pagamento em dinheiro, na hipótese de sinistros (ocorrências de acidentes e rescisões de contratos diversos) decorrentes do próprio exercício da empresa, cujos atos praticados geram direitos à indenização em favor de terceiros, contratantes ou não, porém alcançados pelos danos experimentados, dentro e fora do estabelecimento comercial do empresário e da sociedade empresária.

Nesta trilha, já é realidade nos dias atuais, em alguns segmentos da economia, a exemplo de atividades de prospecção, refinaria, distribuição, transporte e revenda de petróleo e gás veicular, a contratação de seguro caução empresarial, para atender situações próprias do desenvolvimento da atividade econômica e decorrentes de acidentes ocorridos em plataformas, refinarias, depósitos e armazéns, caminhões-tanque e postos de combustíveis.

Também utiliza-se, neste segmento de negócio, seguro caução empresarial para responder por eventuais obrigações contratuais decorrentes de multas penais compensatórias (perdas e danos), além de indenizações advindas de rescisões de contratos de distribuição e revenda de derivados de petróleo, com

vazamento de produtos, contaminação do solo e danos causados ao meio ambiente.³¹

Outrossim, mediante a contratação de seguro caução, o empresário poderá constituir a pessoa jurídica para o exercício da empresa e dar pleno cumprimento aos objetivos sociais, inclusive aumentar o capital social, obter capital de giro, adquirir novos produtos e tecnologias, ampliar o parque industrial, renovar instalações etc, sob a segurança de que dará cumprimento as obrigações contratadas e, na hipótese de sinistro (inadimplemento das obrigações), a seguradora será chamada a recompor o dano em favor do credor.

Ao contratar com terceiros obrigações, o empresário, paralelamente, poderá dar em garantia ao contratado, credor da obrigação, seguro caução empresarial, porque na hipótese de inadimplemento, quando, então, operar-se, de fato, o dano, o credor utilizar-se-á da referida garantia, nos termos da apólice, solvendo-se, assim, a obrigação contratada.

Sabe-se que o empresário ao exercer empresa o faz sob completo risco. Se a atividade econômica realizar-se com sucesso, obterá lucro. Contudo, se desgraçadamente, a atividade não for exitosa, o empresário sofrerá prejuízos, podendo, inclusive, a depender da gravidade da crise econômico-financeira, chegar às raias da recuperação judicial ou mesmo da falência, daí a importância do seguro caução empresarial, para garantir, em favor do credor, o cumprimento de obrigações, de qualquer natureza, naturalmente lícitas.

³¹ GUERRA, Luiz Antonio; GONÇALVES, Valério Pedrosa. **Contratos de Distribuição e Revenda de Combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 171/174.

“7.11 Do meio ambiente e a obtenção das licenças – Danos ao meio ambiente – riscos

(...)

A responsabilidade primária por danos causados ao meio ambiente é da distribuidora. Essa responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de apuração de culpa. Ao revés, a responsabilidade do revendedor é secundária e subjetiva, dependendo de apuração à imputação de responsabilidade, que somente ocorre quando comprovado o mau uso de equipamentos ou mesmo negligência na exploração da atividade econômica.

Constatada a superveniência de dano ambiental, a responsabilidade solidária entre os agentes da revenda e da distribuição deverá ser apurada no curso das investigações, inclusive com a produção de prova técnica de engenharia, para verificação do dolo ou da culpa, sob pena de ocorrência somente da responsabilização objetiva da distribuidora.

A responsabilidade primária da distribuidora justifica-se porque, se o tanque subterrâneo – de propriedade da distribuidora – está instalado no posto de serviços, que exibe a marca da distribuidora e apresenta defeito, sem que tenha sido detectado pelo revendedor, é óbvio, também, que este agente sofre prejuízos com o vazamento e perda de produtos, que, obrigatoriamente, deverá ser recomposto pela distribuidora. Porém, é bom que se diga que a distribuidora tem o controle das vendas realizadas ao revendedor. Se há vazamento, importa dizer que o revendedor aumentará, naturalmente, o volume de compras e compete à distribuidora verificar se a venda está sendo realizada ao consumidor final ou se os equipamentos estão defeituosos, com a perda de produto e a contaminação ao meio ambiente.

(...) “.

O empresário, que opera no mercado sob risco e sofre toda a sorte de influência no desenvolvimento da atividade econômica, a exemplo de interferência governamental com políticas alternadas de taxas de juros, de metas de inflação, de contenção de salários, de aumento de carga tributária, de recessão econômica etc e, ainda, de fatores externos, a saber: crises estruturais, guerras, acidentes naturais, variações no valor de cotação do dólar e do preço de mercadorias (*commodities*) no mercado internacional etc, tiver garantias de cumprimento das obrigações celebradas com terceiros, resta evidente que o insucesso da empresa será consideravelmente menor, de risco calculado, no exato valor do prêmio pago a seguradora.

Menor o risco de inadimplimento de obrigações contratadas, maior a certeza do sucesso na exploração da atividade econômica. Menor o risco de inadimplimento, menor o prêmio a ser pago a seguradora na contratação do seguro caução empresarial. Em contrapartida todos ganharão com as respectivas atividades desenvolvidas.

Se exitosa a atividade empresarial, os ganhos serão compensatórios para todos os agentes econômicos envolvidos direta e indiretamente na operação ou exploração da empresa, o que gerará verdadeiro movimento em cascata, porque, a um só tempo:

- a) o empresário ganhará com o desenvolveu e sucesso da empresa;
- b) o terceiro prestador de capital ou fornecedor de bens, mercadorias e serviços ganhará com a certeza do recebimento da obrigação contratada, com a rentabilidade esperada na operação;
- c) a seguradora ganhará com o recebimento do prêmio segundo a contratação realizada, levando-se em conta o risco da operação, conforme sua análise cadastral;
- d) a economia nacional e o país ganharão com o crescimento do PIB;
- e) os empregados ganharão com a manutenção dos seus empregos, participação nos lucros e aumento da renda;

f) os governos, em todas as esferas de poder, ganharão com a manutenção do recolhimento dos tributos ou com o aumento da arrecadação e geração de novas obras e serviços em prol da comunidade;

g) o mercado, na sua totalidade, ganhará porquanto o regular desenvolvimento da atividade gerará riquezas e novas oportunidades.

O seguro caução empresarial, embora ainda pouco utilizado no mercado frente ao seu custo, poderá ser largamente utilizado no Direito Brasileiro, em variados negócios, porque não se apresenta incompatível com as regras típicas do tradicional seguro de danos, na linha de orientação do art. 779 do CC.

Além disso, o seguro caução empresarial constituir-se-á como fator de alavancagem para a economia nacional, contribuindo para minimizar o desequilíbrio social, com a geração de empregos e renda, realizando-se, desta forma, a verdadeira função social da empresa.

É hora de pensar melhor sobre essa modalidade de seguro; pensar em aperfeiçoá-lo, com a criação de novas submodalidades ou novos produtos e respectivas regulamentações.

É hora de deixar de lado as diferenças políticas e pensar grande, pensar no Brasil e do tamanho do Brasil; é hora de normatizar e regulamentar, com aperfeiçoamento, o seguro caução empresarial, e apresentar ao mercado, não mais uma alternativa, mas sim a verdadeira ferramenta de alavancagem econômica e de solução para empresariado nacional, como típica solução de mercado, minimizando-se, desta forma, as agruras e as dificuldades por ele enfrentadas.

Deve-se buscar através do seguro caução empresarial o fortalecimento do patrimônio social mais importante – **a empresa, geradora de empregos, de tributos e de riquezas.**

A empresa, como ente, e a empresa, como atividade econômica, apresenta-se com dupla ordem de idéias, a saber: **a primeira, de natureza**

privatista, reside na vontade do empresário empreender, sob risco, e essa vontade é declarada no contrato ou estatuto social, quando da constituição da empresa, pessoa jurídica, com personalidade jurídica distinta de seus sócios; **a segunda, de natureza publicista**, centra-se na vontade soberana do mercado, dos empregados, da comunidade, do Estado, quando do exercício da atividade econômica.

Portanto, quando o empresário realiza a atividade econômica, a empresa não é mais apenas dele, dono, sócio ou acionista; ela, empresa, formada por elementos materiais e imateriais, bens tangíveis e intangíveis, não integra exclusivamente o seu patrimônio particular, mas sim de todos aqueles que dependem direta ou indiretamente do exercício de sua atividade, como ocorre não só com o empresário, os sócios ou acionistas, mas todo o mercado, a coletividade formada por empregados, credores e fornecedores de bens e serviços e de capitais, dado o sentido protetivo dos empregos, dos salários, da renda, enfim da estabilidade social que ela viabiliza.

Nesta perspectiva é que a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976,³² ao tratar do acionista controlador, textualmente, indica no parágrafo único, do art. 116, que: *O acionista controlador deve usar o poder **com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.***

Na mesma trilha, o art. 154, *caput*, da referida Lei, reforçando a idéia da **função social da empresa**, afirma que: *O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem **para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.***

Pensando nas características da economia brasileira e na realidade do empresariado nacional, cuja atividade econômica é desenvolvida de modo quase heróico, no enfrentamento das dificuldades, é hora do Estado criar políticas públicas de acesso ao crédito, com taxas diferenciadas e desoneração da produção.

³² Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, dispõe sobre as sociedades por ações.

Ademais, é hora de criar novos mecanismos de fomento ao exercício de empresa, através do seguro caução empresarial, como rica regulamentação e pulverização no mercado, de modo que o mercado de seguros conconcorrer diretamente com o mercado financeiro.

Na pesquisa realizada no Direito Sul-Americano sobre a modalidade do seguro caução empresarial, deparamo-nos com importante decisão judicial, da lavra da *Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Argentina*, que condenou a Companhia Alba de Seguros Gerais a pagar obrigação, no valor de \$ 5.000, inadimplida pela Clínica Privada Pueyredón S.A perante seu credor.

A decisão da *Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata* revolucionou o mercado de seguros na Argentina. Referida decisão criou novos produtos e novas relações jurídicas entre empresários e sociedades empresárias e companhias de seguros, o que levou o Professor Roberto Mecca, em sua obra, *Manual Del Profesional del Seguro*, a tratar do seguro de caução empresarial, o seguro de caução na sociedade empresarial argentina, posto que entendeu que o *contrato del seguro de caución encuadra en la definición del contrato de seguro prevista en el artículo 1º de la Ley 17.418 ("Del Contrato de Seguro")*. Por lo que, como bien entienden los jueces de Cámara es un "seguro de daños patrimoniales si bien, no especial y típicamente previsto en la ley de seguros", como aponta Neve.³³

Hoje, na Argentina, já é possível utilizar o seguro caução empresarial em segmentos diversos, em situações variadas, mormente quando os empreendimentos dependem de recursos públicos ou privados ou para fazer face aos custos de oportunidades nas estruturas fixas das grandes companhias, no desenvolvimento de seus objetivos sociais diante de crises sazonais.

Discute-se, na atualidade, naquele país, a natureza jurídica do contrato de seguro caução empresarial, porém ainda sem definição. A nosso juízo, a origem desse instituto está mais próxima dos contratos bancários, dos seguros de créditos, daí por que, em princípio, esse tipo de contrato parece-nos típico contrato de seguro de fiança empresarial. Por isso é que os latinos o denominam de seguro caução empresarial, para atender as necessidades de cumprimento de

³³ NEVE, Augusto. Artigo sob o título: ***El seguro de caución em la sociedad empresarial argentina***. www.diariojudicial.com. Acesso em 27 nov 2007.

obrigações contratadas por empresários e sociedades empresárias no desenvolvimento da empresa.

Neves, citando a decisão da *Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata*, afirma que o Tribunal bem indicou a natureza acessória do contrato de caução de seguro empresarial em relação à obrigação principal e ainda distinguiu bem as partes no processo de cobrança de seguro.³⁴

No entanto, não podemos esquecer que esse tipo de contrato de seguro de caução empresarial guarda, ainda que de forma remota, vinculação com as garantias prestadas por administradores, típica prestação de caução, no Direito Empresarial, quando a lei assim exige como **garantia de gestão**.

Tome-se, no Direito Societário Brasileiro, por exemplo, a Lei n. 6.404/1976, no art. 148 e respectivo parágrafo único, que exige do administrador, salvo se o estatuto social ou a assembléia autorizar, a prestação de prévia caução, de prévia garantia em favor da companhia, por conta do risco da prática de atos de gestão que possam revelar prejuízos aos interesses sociais ou dos acionistas, como indica os preceitos a seguir transcritos: *Art. 148. O estatuto pode estabelecer que o exercício do cargo de administrador deva ser **asegurado, pelo titular ou por terceiro, mediante penhor de ações da companhia ou outra garantia**. Parágrafo*

³⁴ Cf. nota de rodapé n. 20.

Configuración del siniestro

(...)

Los jueces de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata evidenciaron que en el caso que “si bien un contrato podía ser considerado como accesorio del otro, cada uno de ellos tiene sus obligaciones perfectamente determinadas. La del asegurador, encuentra su causa fuente en el contrato de seguros, y la de SEIM S.A. en el contrato de prestaciones médico asistenciales. Entonces la obligación emergente de la póliza es indudablemente principal y consiste en pagar, una vez acaecido el evento previsto, la suma asegurada al asegurado o beneficiario”.

Partes

Em autos caratulados “Clínica Privada Pueyrredón S.A. c/ Alba Cia. De Seguros Generales s/ cobro de pesos”, podemos diferenciar claramente el carácter tripartito del contrato de caución:

El asegurado: también llamado comitente o beneficiario. Es quien solicita una garantía para cubrirse en caso de la ocurrencia de un siniestro. Podemos decir que es aquel que otorga la ejecución de la obra o entrega el suministro o solicita se presenten ofertas para efectuarlo. En el mencionado caso, el asegurado era la Clínica Privada Pueyrredón S.A.

El tomador: denominado contratista, quien se presenta como oferente para cotizar y ejecutar la obra o entrega del suministro si há sido adjudicado, o el proponente se aún no ha sido adjudicado. Estamos hablando aquí de SEIM S.A., empresa dedicada a prestaciones médico asistenciales que tenía obligaciones asumidas frente a la Clínica, las cuales fueron garantidas con un seguro de caución.

El asegurador: es aquel que garantiza el pago de dinero en caso de incumplimiento contractual. Es, claro está, Alba Cia. De Seguros Generales la que contrató con SEIM S.A. una póliza de caución.

De ésta manera es el tomador quien contrata una póliza de caución con el asegurador, la cual le fue solicitada por el asegurado para realizar una obra o entregar cosas o servicios en tiempo y forma; en caso de incumplimiento de parte del tomador, el asegurador se hace cargo del siniestro frente al asegurado y repite contra su cliente, o sea el tomador de la póliza.

único. A garantia só será levantada após aprovação das últimas contas apresentadas pelo administrador que houver deixado o cargo.

Inquestionável é a importância do seguro caução empresarial para o desenvolvimento da atividade empresarial e o crescimento da economia brasileira. Na prática, através do seguro caução empresarial, será possível criar inúmeras oportunidades de negócios, inclusive a concessão de financiamentos mediante a garantia da correta aplicação do crédito e solvência da obrigação.

Na economia brasileira, se largamente utilizada, essa modalidade de seguro potencialmente gerará outros negócios e oportunidades, a exemplo da criação de operações de cosseguros e resseguros frente ao risco contratado, criando-se novos nichos de mercado, mediante a atuação de seguradoras de portes variados, de bancos de investimento, de fomento ou, ainda, de outros agentes econômicos constituídos para esse fim.

O histórico de cumprimento regular de obrigações poderá levar a diminuição do preço do seguro, ao tempo da contratação. O seguro caução também contribuirá para a diminuição do número de ações de execução ou de cobrança perante o Poder Judiciário, posto que diante do inadimplemento, o credor aciona extrajudicialmente a seguradora e esta realiza o pagamento, na típica e clássica idéia do seguro da fiança bancária há muito utilizada no mercado financeiro brasileiro.

Também será possível utilizar o seguro caução empresarial em financiamentos à exportação, em garantia de antecipação de contratos de câmbio, contribuindo diretamente para o aumento das exportações, com diminuição de risco para os agentes econômicos envolvidos nestas operações.

O seguro de caução empresarial importa benefícios ao empresariado. Os benefícios são imediatos e a contratação do seguro está diretamente vinculada às necessidades particulares do contratante no desenvolvimento da empresa, segundo os riscos da sua operação. Contratada a obrigação principal, contratada também estará a obrigação acessória, do seguro garantia. Verificado o sinistro, que é o inadimplemento da obrigação, o devedor, segundo as condições previstas na apólice, acionará a seguradora e esta responderá pela solvência e resgate da dívida, recompondo o dano.

Cabe, ainda, ressaltar que o seguro caução empresarial, se devidamente regulamentado no Direito Brasileiro, inclusive especificamente para o segmento de recuperação econômica empresarial, poderá ser utilizado por devedores em processos de recuperação judicial ou extrajudicial, cujos pedidos estejam sob o regramento da Lei n. 11.101/2005.

Deferido o processamento de recuperação judicial, o devedor, como se sabe, tem o dever de elaborar plano de recuperação e submetê-lo à aprovação dos credores. Neste momento, tem ele, devedor, a obrigação de indicar no plano os meios de recuperação com os quais ou através dos quais buscará recuperar e soerguer a atividade econômica.

O art. 50 da Lei n. 11.101/2005 apresenta os meios de recuperação, sendo certo, no entanto, que se trata de mera indicação exemplificativa. O seguro caução empresarial, se contratado pelo devedor recuperando, poderá ser incluído no plano como meio de recuperação. Se assim proceder certamente o devedor facilitará sobremaneira a aprovação do plano de recuperação pelos credores, porquanto estarão eles na expectativa quase concreta de recebimento do seu crédito ao tempo e ao modo previstos no plano aprovado pela assembleia geral, evitando-se, assim, tanto quanto possível, a convolação da recuperação em falência.

A mesma idéia pode ser compartilhada no Direito Concursal Argentino, dada a possibilidade concreta que a *Ley de Concurso e Acordo Preventivo y Quiebra* autoriza o devedor, em processo de Concurso Preventivo, apresentar Proposta de Pagamento aos Credores Privilegiados e Quirografários mediante garantias, dentre elas, pessoais e reais, daí por que o oferecimento de seguro caução atenderá sobremaneira os interesses dos credores e do devedor.

3. Conclusões

Por tudo que foi exposto resta evidente que o seguro caução empresarial, se devidamente regulamentado, trará grandes benefícios ao empresariado e ao crescimento da economia brasileira, porquanto, a um só tempo, servirá de fator de alavancagem para o desenvolvimento da atividade econômica

com maior segurança no cumprimento das obrigações e menor risco no insucesso da empresa.

O seguro caução empresarial, quando bem contratado, segundo as condições previstas na apólice (contrato de seguro) e na regra de regulamentação, solverá obrigações contratadas pelo devedor, empresário ou sociedade empresária, quando da ocorrência do sinistro – inadimplemento de quaisquer obrigações lícitas decorrente de sinistros próprios da atividade econômica, recompondo os danos causados ao credor.

O seguro caução empresarial poderá ser utilizado não só para solver obrigações próprias da atividade empresarial, mas servir de ponte para a captação de financiamentos mediante a garantia de pagamento do crédito, além de viabilizar a contratação de recursos visando a constituição da empresa, o cumprimento de objetivos sociais, o aumento de capital social, a aquisição de novas tecnologias, máquinas e instalações etc, sem contar o incremento de operações de créditos à exportação.

O seguro caução empresarial, quando bem contratado, evitará a proliferação de ações judiciais visando o recebimento de obrigações inadimplidas, o que diminuirá a cobrança judicial de créditos, via ação de execução, de cobrança ou mesmo monitória, quando for o caso, o que contribuirá para desafogar o Poder Judiciário.

Vale registrar, ainda, que o seguro caução devidamente regulamentado e divulgada, com acesso aos micros, pequenos e médios empresários, fortalecerá a economia brasileira, com a manutenção da atividade empresarial, dos empregos e da renda dos trabalhadores e recolhimento de tributos, além de gerar riquezas, cumprindo-se, assim, a função social da empresa, como apregoado pelo ordenamento jurídico nacional.

O seguro caução empresarial, no Direito Concursal Brasileiro, especificamente na recuperação judicial, após regulamentação específica, revelar-se-á como ótima alternativa de meio de recuperação, incluindo-o no rol do art. 50, da Lei n. 11.101/2005, o que facilitará a aprovação do plano de recuperação pelos credores do devedor recuperando e ainda evitará, se solvidas as obrigações previstas no plano, a convolação da recuperação em falência.

Já para as seguradoras, o seguro caução empresarial, também, devidamente regulamentado, amplamente divulgado, inclusive com a criação de novos produtos e acesso aos micros, pequenos e médios empresários certamente fomentará o segmento de seguro garantia, abrindo-se, assim, novas oportunidades de negócios e novas relações jurídicas com os contratantes.