

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
LEANDRO AUGUSTO DA SILVA**

**SEGURO GARANTIA JUDICIAL:
A PROTEÇÃO DOS CREDORES NA ECONOMIA DE MERCADO
VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Nova Lima
2015

LEANDRO AUGUSTO DA SILVA

**SEGURO GARANTIA JUDICIAL:
A PROTEÇÃO DOS CREDORES NA ECONOMIA DE MERCADO
VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

Área de concentração: Direito Empresarial.

Linha de pesquisa: As sociedades empresárias e suas atividades: efetivação judicial dos direitos empresariais.

Orientador: Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto

Nova Lima

2015

SILVA, Leandro Augusto da

S586 s Seguro garantia judicial: a proteção dos credores na economia de mercado *versus* princípio da preservação da empresa. Leandro Augusto da Silva - Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2015.

109 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 102-106

1. Função social. 2. Empresa. 3. Seguro garantia. I. Albergaria Neto, Jason Soares. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.736 (043)
368.021/.023



FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

Dissertação intitulada “O *SEGURO DE GARANTIA JUDICIAL: A PROTEÇÃO DOS CREDORES NA ECONOMIA DE MERCADO VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA*”, de autoria do mestrando LEANDRO AUGUSTO DA SILVA para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto
(Orientador Fac. de Direito Milton Campos)

Prof. Dr. Jean Carlos Fernandes
(Examinador - Fac. de Direito Milton Campos)

Prof. Dr. Gustavo Costa Nassif
(Examinador - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann
(Examinador Suplente - Fac. de Direito Milton Campos)

Nova Lima – MG, 01 de junho de 2015

AGRADECIMENTOS

Certamente estes parágrafos não irão atender a todas as pessoas que fizeram parte dessa importante fase de minha vida. Portanto, desde já peço desculpas àquelas que não estão presentes entre essas palavras, mas elas podem estar certas que fazem parte do meu pensamento e de minha gratidão.

Reverencio o Professor Dr. Jason Soares de Albergaria Neto pela sua dedicação e pela orientação deste trabalho.

Aos professores da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, pela motivação e lapidação intelectual que me propiciaram seguir no caminho dos estudos acadêmicos.

A todos os colegas de mestrado gostaria de externar minha satisfação de poder conviver com eles durante a realização deste estudo.

Aos colegas de escritório, por compartilharem comigo das alegrias, angústias, frustrações e realizações da advocacia.

Agradeço o reconhecimento de minha família, pois acredito que sem o apoio deles seria muito difícil, para não dizer impossível, vencer esse desafio.

E, principalmente, a Deus e a toda espiritualidade, que me deram forças para continuar, inspiração para galgar mais um degrau rumo à enorme pedreira do Direito, enfim que me confortaram nas noites mais difíceis e quem estão sempre ao meu lado.

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A Lei nº 11.382/2006 trouxe ao Executado a possibilidade de substituição da garantia real pela contratual, qual seja o Seguro Garantia Judicial. Sua utilização como forma de caucionar a execução, além de preservar os interesses de ambos os litigantes, repercutirá para além dos limites do processo de execução, permitindo-se a movimentação e investimento do montante caucionador, sendo que a recusa de aceitação por parte do juízo deste instrumento demonstra negativa de vigência ao próprio texto de lei. Embora haja carência de informação do judiciário quanto à aplicabilidade do instrumento de Seguro Garantia Judicial, esta carência não deverá ser fundamento último para se fazer da legislação letra morta, uma vez preenchidos os requisitos legais, e desde que seja a apólice do seguro idôneo, ou seja, prestado por instituição financeira autorizada para tal finalidade não há razão para a não aceitação desta modalidade caucionatória. É de considerar que a negativa de vigência da legislação além de afronta ao ordenamento jurídico, é perturbador de princípio fundamento do Direito Empresarial, qual seja o de Preservação da Empresa em, por conseguinte, dos postos de trabalho, assunto tão importe na situação atual em que se encontra o mundo pós-moderno.

Palavras-chave: Empresa. Função social. Seguro Garantia.

ABSTRACT

The Law No. 11.382/2006 brought to Defendant the possibility of substitution of guarantee by the contract, namely the Judicial Guarantee Insurance. Its use as a form of pledge execution, while preserving the interests of both litigants have repercussions beyond the limits of the implementation process, allowing the movement and investment guarantee amount, and the acceptance of refusal by the court this instrument shows negative force to law text itself. While there is need for legal information concerning the applicability of insurance Judicial Guarantee instrument, this shortage should not be the ultimate basis for making the dead letter law, once completed legal requirements, and provided it is the policy of suitable insurance, or is, provided by a financial institution authorized for this purpose there is no reason for non-acceptance of this guarantee mode. It is considered that the negative force of law as well as affront to the legal system, it is disturbing principle foundation of business law, namely the Company in Preservation therefore the jobs issue as import in the current situation which is the postmodern world.

Keywords: Company. Social function. Guarantee Insurance.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Seguro garantia – Prêmios diretos (em R\$ milhões).....	55
Figura 2 - Seguro garantia – Prêmios diretos (variação média 2007 - 2009).....	56
Figura 3 - Seguro garantia – Prêmios diretos (participação no PIB em %).....	57
Figura 4 - Justiça Estadual – Seguro Garantia Judicial.....	69
Figura 5 - Justiça Federal – Seguro Garantia Judicial.....	70

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Evolução de recursos distribuídos e julgados.....	21
Tabela 2 - Seguro garantia – Prêmios diretos (em R\$ milhões).....	55

LISTA DE SIGLAS

AP	Agravo de Petição
ART	Artigo
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CVRD	Companhia Vale do Rio Doce
DAU	Dívida Ativa da União
DJE	Diário do Judiciário Eletrônico
DL	Decreto de Lei
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
LTDA	Sociedade Limitada
LRE	Lei de Recuperação de Empresas
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PPE	Princípio de Preservação da Empresa
Resp	Recurso Especial
Rext	Recurso Extraordinário
RTord	Rito Ordinário
SA	Sociedade Anônima
SG	Seguro de Garantia Judicial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
VT	Vara do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
1.1 Problematização.....	13
1.2 Procedimentos metodológicos	17
2 EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS EMPRESARIAIS	20
2.1 Responsabilidade Civil aplicada à atividade empresarial	26
2.2 Processo de execução e a garantia dos meios assecuratórios.....	35
2.3 Princípio da Responsabilidade Patrimonial	38
2.4 Princípio da Menor Onerosidade.....	42
2.5 Meios Assecuratórios	46
3 SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO ESPÉCIE	51
3.1 Natureza Jurídica do Seguro Garantia Judicial	54
3.2 Estrutura Normativa do Seguro Garantia Judicial	57
3.3 Requisitos de Aceitação do Seguro Garantia Judicial.....	59
3.4 Obstáculos à Plena Aceitação do Seguro Garantia Judicial e Tratamento Jurisprudencial	66
4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	72
4.1 A Preservação Constitucional da Empresa	75
4.2 O papel da empresa no Direito pós-moderno.....	78
4.3 Princípio da Preservação da Empresa no Direito Falimentar	81
4.4 Análise do artigo 94 da Lei 11.101/2005	86
4.6 Princípio da preservação da empresa e a proteção ao credor.....	96
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problematização

O Decreto de Lei (DL) n. 7.661/1945, antiga Lei de Falências, já apresentava explicitado o Princípio da Preservação da Empresa, sendo incluso, posteriormente Lei n. 11.101 /2005, Lei de Recuperação de Empresas (LRE), quando se tinha por objetivo buscar uma demanda judicial em que houvesse a primazia de tal princípio ante a proteção dos credores na economia de mercado.

O Princípio da Preservação da Empresa, conceitualmente, é princípio geral de direito, de aplicação prática que tem por objetivo preservar as organizações econômicas produtivas, ante aos prejuízos que sua possível extinção possa causar à sociedade.

Não raras vezes, figura no polo passivo da demanda sociedades empresárias, sendo certo que no momento em que participam da lide, iminentes são as possibilidades de que saiam perdedoras na demanda, passando eventual valor da condenação a integrar o passivo desta sociedade.

Sabido, pois, que mesmo ao final da lide, já instaurado a fase executória do processo, para que haja a discussão do valor realmente devido, terá esta sociedade que arcar com o custo de eventual garantia do juízo.

Aí se finca o ponto primordial deste trabalho, demonstrar a importância da aceitação de meio alternativo garantidor do juízo, focando no instrumento de Seguro Garantia Judicial, visto como instrumento fundamental para possibilitar a devedora se precaver ante a execução, sendo certo que é meio menos oneroso ante à imobilização de capital.

A Lei de Recuperação de Empresas, Lei 11.101/2005, estabelece nos incisos I e II do artigo 94 as possibilidades de decretação da falência do devedor inadimplente, *in verbis*¹:

¹ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia a penhora bens suficientes dentro do prazo legal.²

Pela simples leitura do artigo acima, percebe-se que o não pagamento de débitos oriundos de execução, atendidos os ditames legais, por si só já é requisito para que se requeira a falência do devedor.

Quitação de débitos consubstanciados em títulos executivos. Essa hipótese depende de um requisito que é a inexistência de relevante razão, isto é, o devedor terá que justificar o não pagamento e o magistrado que analisar tal pedido deverá analisar e aceitar tal justificativa. A obrigação líquida não paga, para justificar o pedido de falência, deve ainda estar materializada em títulos executivos e que devem estar protestados. Por fim, o valor do débito consubstanciado pelos títulos ou pelo título deve ter o valor total de, no mínimo, 40 (quarenta) salários mínimos.

A condição de executado e o risco de falência. Existindo processos de execução já em curso, o executado não poderá se furtar ao pagamento, ou depósito, ou, ainda, ao menos a nomeação de bens à penhora. Ou seja, ou se extingue a obrigação com o pagamento ou se garante o seu cumprimento, caso necessário com a improcedência da impugnação ou dos embargos à execução, com o depósito ou a nomeação de bens à penhora. Se nenhuma dessas circunstâncias ocorrer, independente do valor, o executado estará sujeito a um pedido de falência.

A ordem de preferência exemplificativa do art. 655 do Código de Processo Civil (CPC) - Lei 5.869/73, não se trata de ordem absoluta, para que haja alteração e não se trata de ordem absoluta, para que haja alteração e indicação de bens fora da presente ordem deve-se ponderar a menor onerosidade ao executado (CPC, art. 620) e o princípio do resultado da execução (CPC, arts. 612 e 646). Ao determinar a ordem expressa neste artigo pretendia o legislador colocar os bens passíveis de

² BRASIL, Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. Art. 94. Institui o Código de Processo Civil. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

penhora na ordem de sua liquidez, mas esta pode se alterar de acordo com a região, momento histórico e econômico do país. Os bens passíveis de penhora na ordem de sua liquidez, mas esta pode se alterar de acordo com a região, momento histórico e econômico do país.

Porém, para que se analise a possibilidade de pagamento pelo devedor, há de se levar em conta os ditames da lei processual civil, que é explícito em dizer no artigo 620, que “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.³

Há ainda que ser levado em consideração o ditame do parágrafo 2º do art. 656 do Código de Processo Cível, por redação dada pela Lei 11.382/2006 estabelece, *in verbis*⁴: “A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito constante da inicial, mais trinta por cento”.⁵

A possibilidade de garantir a execução com o seguro é de longe menos onerosa ao devedor, e por esse motivo merece tanto destaque, até porque já se observou que mesmo o inadimplemento do prêmio por parte do tomador não acarretaria em prejuízo ao beneficiário, visto que há a figura do garantidor, como uma empresa autorizada a emitir apólices para satisfazer as obrigações de um tomador definidas em contrato.

Quando se está diante de uma garantia de juízo de quantia vultosa, o depósito ou penhora de numerário acarreta diversos contratempos ao executado, visto que imobiliza, durante um grande período de tempo, um valor que poderia se utilizar para os fins econômicos e sociais da sociedade ou ainda, inviabilizando e até mesmo impossibilitando as suas atividades.

O Princípio da Preservação da Empresa tem como objetivo principal proteger a atividade empresarial. Não se busca a proteção no interesse particular e exclusivo do empresário, mas antes e acima de tudo, o interesse da sociedade.

³ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 656. Institui o Código de Processo Civil. Este artigo determina que: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor". Trata-se de disposição voltada à proteção do executado, que não pode ter sua situação agravada mais do que o necessário à satisfação do crédito.

⁴ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

⁵ BRASIL, Lei 11.382, de 6 de Fevereiro de 2006. Art. 656. Institui o Código de Processo Civil. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 do Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

Assim, o eventual depósito para garantir o juízo prejudica cabalmente à atividade empresarial, devendo ser utilizada somente em situações excepcionais e devidamente fundamentada, evitando-se assim que sociedades empresárias tenham dificuldades em exercer suas atividades e acabem por demitir funcionários ou até mesmo encerrar suas atividades.

A título ilustrativo verifica-se o entendimento da Ministra Nancy Andrighi⁶ quando em relatoria ao Recurso Especial 1.116.647 do Espírito Santo, proferida em 15/03/2011.

Tratava-se de recurso especial interposto pela Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) objetivando impugnar acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça (TJ) do Espírito Santo no julgamento de agravo de instrumento.

A Ação principal de execução judicial, ajuizada por Abase Vigilância e Segurança Ostensiva Ltda em face da CVRD, objetivou receber R\$ 1.102.967,00 (um milhão, cento e dois mil, novecentos e sessenta e sete reais) decorrentes de condenação fixada em sentença judicial.

Inicialmente, a CVRD pleiteou a penhora de um equipamento avaliado em R\$ 1.329.604,39, mas, em seguida, solicitou a substituição de tal bem por carta de fiança bancária, no valor da execução. Não aceitando a carta de fiança, a exequente solicitou fosse promovida penhora *online*⁷ sobre os ativos financeiros da executada.

Alegou em seu mérito que a oferta de fiança leia-se Seguro Garantia Judicial (SG), não estaria em concordância com o ditame processual, o qual em seu art. 655, CPC, sendo o dinheiro preferência ante aos demais.

No voto a Ministra Nancy Andrighi brilhantemente elucidou:

Manter paralisados recursos em montante superior a R\$ 1.000.000,00 é medida que traz repercussões significativas para qualquer empresa. Nenhuma atividade produtiva que conviva em ambiente competitivo, pode sem graves prejuízos indisponibilizar quantia dessa monta. **A paralisação de recursos naturalmente deve ser admitida, mas se há meios de evitá-lo, sem prejuízo para o devedor, tais meios devem ser privilegiados pelo julgador.**⁸

⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, em 15 de março de 2011.

⁷ Expressão inglesa utilizada para designar uma ligação direta ou remota a um computador ou a uma rede de computadores, como a Internet.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, em 15 de março de 2011.

O capital de giro de uma empresa é instrumento essencial à sua saúde financeira. Isto porque, é através dele que a empresa funciona e sobrevive no mundo corporativo. O depósito para garantia o juízo desse capital impede que a empresa exerça suas atividades, acarretando um prejuízo não só para empresa, mas para toda a sociedade que de forma indireta depende dela.

A Lei nº 11.382/2006⁹ trouxe ao Executado a possibilidade de substituição da garantia real pela contratual, qual seja o Seguro Garantia Judicial. Sua utilização como forma de caucionar a execução, além de preservar os interesses de ambos os litigantes, repercutirá para além dos limites do processo de execução, permitindo-se a movimentação e investimento do montante caucionador, sendo que a recusa de aceitação por parte do juízo deste instrumento demonstra negativa de vigência ao próprio texto de lei.

É de considerar que a negativa de vigência da legislação além de afronta ao ordenamento jurídico, é perturbador de princípio fundamento do Direito Empresarial, qual seja o de Preservação da Empresa e, por conseguinte, dos postos de trabalho, assunto tão importe na situação atual em que se encontra o mundo pós- moderno.

Neste diapasão, tendo em vista se tratar de uma modalidade legal, ou seja, explicitada no texto da lei, pretende-se com o estudo clarear a visão do julgador quanto à efetividade do instrumento de Seguro Garantia Judicial (SG), demonstrando não haver qualquer prejuízo para o credor, bem como que tal meio assecuratório é possibilidade menos onerosa à sociedade empresária devedora, eis que uma eventual penhora ou bloqueio de ativos até o encerramento em definitivo do *quantum debeat*¹⁰ na discussão judicial é deveras prejudicial ao Princípio de Preservação da Empresa podendo, inclusive, culminar num pedido de falência ante o não pagamento de seus débitos, tal como já explícito no texto da lei falimentar.

1.2 Procedimentos metodológicos

O método escolhido será o dedutivo indireto ou de conclusão mediata (partindo de uma premissa maior contendo a proposição universal chegando-se à

⁹ BRASIL, Lei 11.382, de 6 de Fevereiro de 2006. Institui o Código de Processo Civil. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 do Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

¹⁰ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "quantia devida".

premissa menor por conter a proposição particular, a conclusão resultará da comparação de ambas), de acordo com Antônio Carlos Gil¹¹, é uma pesquisa exploratória, uma vez que, este tipo de pesquisa tem por objetivo viabilizar a maior familiaridade do pesquisador com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito, aprimorando as ideias ou descobertas, de modo que possibilite considerações dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado a partir de fontes secundárias de consulta.

O procedimento metodológico utilizado nesta dissertação, com base em Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi¹², será discutido somente as questões norteadoras da dissertação. Logo, para uma melhor análise subdividir-se-á a presente dissertação em cinco capítulos.

Após estas considerações introdutórias do primeiro capítulo, elucidaremos, no segundo capítulo, acerca da efetivação judicial dos direitos empresariais, ou seja, como a atividade empresarial é tratada no âmbito do judiciário, iniciando-se pelos conceitos de Responsabilidade Civil e como tal instituto se aplica à realidade da atividade empresarial, a discussão acerca do primordial princípio aplicável à atividade empresária, qual seja a Preservação da Empresa, discutindo-se neste subitem a preservação como interesse que afeta a toda sociedade e não apenas ao empresário, na sequência, findo o processo judicial e iniciada a fase de execução ou cumprimento de sentença, como a sociedade empresária que por ventura tenha saído perdedora na demanda poderá discutir o valor a ser solvido, quais meios assecuratório à execução se adéquam a realidade e dentre estes, qual o menos oneroso à atividade empresarial.

No terceiro capítulo trataremos à baila discussão envolvendo o instituto do Seguro Garantia Judicial, sua natureza jurídica caucionatória, como se estrutura normativamente tal modalidade, explicitando-se os requisitos e obstáculos à plena aceitação, finalizando com o tratamento jurisprudencial acerca desta modalidade caucionatória.

No quarto capítulo teremos o ponto principal desta dissertação, aduzindo a aplicabilidade do Princípio de Preservação da Empresa (PPE) em seu âmbito

¹¹ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002. p. 41.

¹² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo. Atlas, 2009, p. 315.

constitucional, elucidando o papel da empresa no Direito pós-moderno, qual seja situando-a em sua finalidade social, como ente que concebe uma consciência e missão de atuação em sociedade. Na sequência, como tal princípio é aplicado no direito falimentar, para tanto, dentre outras disposições, analisaremos o ditame do artigo 94 da Lei de Recuperação de Empresas (LRE), e como o judiciário tem visto a preservação da empresa ante a proteção do credor, se existiria, neste contexto, primazia daquele sobre este.

Por todo o já exposto, pretende-se ao fim da pesquisa demonstrar que ao Poder Judiciário cabe aplicar o Princípio da Preservação da Empresa todas as vezes que, diante do caso concreto, possa, ao garantir a continuidade da empresa, preservar sua importância e relevância socioeconômica, sendo que a possibilidade de garantir a execução com o Seguro Garantia Judicial (SG) é de longe menos onerosa ao devedor não oferecendo qualquer prejuízo ao credor e por esse motivo merecendo estudo para uma melhor elucidação.

2 EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS EMPRESARIAIS

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹³, desde o momento em que, em antigas eras, se chegou à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que os seus conflitos deveriam submeter-se a julgamentos de autoridade pública, fez-se presente a necessidade de regulamentar a atividade da administração da justiça.

O autor ainda assevera que os conflitos fazem parte do cotidiano da humanidade desde o início dos tempos como fenômeno sociológico, tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais e comerciais.

Com as empresas ou sociedades empresárias não é diferente, ao ser necessário recorrer à tutela jurisdicional para resolver suas querelas, busca-se a forma mais adequada à tutela dos direitos materiais dos empresários e dos sócios das sociedades empresárias.

Em pesquisa realizada no ano de 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴, revelou-se que a demanda envolvendo empresas é crescente desde a criação da Suprema Corte, criando, o que é chamado por Rodrigo Haidar¹⁵ de, “a transferência da responsabilidade da empresa para o judiciário”, até a “cultura do litígio”.

Segundo dados apresentados pelo artigo de Rodrigo Haidar (2013), nos idos de 1988 houve ajuizamento de cerca de 350 mil novas ações em todos os segmentos da justiça. Em 2011, último levantamento "Justiça em números" feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram mais de 26 milhões. Para o autor, as empresas estariam acomodadas. Os grandes litigantes do Judiciário estão

¹³ THEODORO JUNIOR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1.

¹⁴ CONSELHO Nacional de Justiça. Pesquisa sobre Justiça em Números 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_stj.pdf> Acesso em 10 dez. 2014.

¹⁵ HAIDAR, Rodrigo. *Empresas transferiram seu call center para o Judiciário*. Revista Consultor Jurídico, 6 de Janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>> Acesso em: 02 fev. 2015.

transferindo o seu *call center*¹⁶ para a Justiça, ou seja, deixam de resolver suas demandas de forma amigável, passando a responsabilidade para as mãos da justiça.

Tal transferência é inclusive contabilizada nos custos da atividade das sociedades empresárias, visto que a partir do momento que deixam a demanda para eventual resposta do judiciário, utilizam o resultado da querela com uma loteria, se saírem vencedores das demandas vislumbram lucro, se perdem, já equiparam a perda com o lucro daqueles que não demandaram no judiciário.

A cultura enraizada no Brasil, somada à existência de inúmeros recursos previstos em lei, faz com que a grande maioria dos conflitos seja submetida pelas partes ao crivo do Poder Judiciário sem que tenha ocorrido sequer uma tentativa de composição amigável.

A atuação do Superior Tribunal de Justiça, nesse contexto, é destacada: após 24 anos de existência, os números de casos novos subiram vertiginosamente, pois foram 6.103 novos recursos em 1989 para 275.901 novos recursos em 2012.

Uma análise histórica sobre o trabalho desenvolvido por esta relevante Corte Superior, sobretudo quando são examinados os números, revela a dimensão de sua atuação.

Primeiro, uma análise sobre os dados da Suprema Corte antes da criação do STJ, quando ainda examinava a questão infraconstitucional por intermédio do recurso extraordinário. A Tabela 1 mostra um comparativo entre as duas corte, após a criação do STJ:

¹⁶ Expressão inglesa utilizada para designar uma estrutura montada para centralizar o relacionamento com clientes que entram em contato com uma empresa pelo telefone, podendo ser traduzida como “centro de atendimento telefônico”.

Tabela 1 - Evolução de recursos distribuídos em julgados (STJ e STF) – Brasil

Ano	Supremo Tribunal de		Supremo Tribunal Federal	
	Distribuídos	Julgados	Distribuídos	Julgados
1989	6.103	3.7411	-	-
1990	14.087	11.742	16.226	16.449
1994	38.670	43.032	25.868	28.221
1999	118.977	128.042	54.437	56.307
2004	215.411	241.309	69.171	101.690
2005	211.128	271.428	79.577	103.700
2006	251.020	262.343	116.216	110.284
2007	313.364	330.257	112.938	159.522
2008	271.521	354.042	66.873	130.747
2009	292.103	328.718	42.729	121.316
2010	228.981	330.283	41.014	103.869
2011	290.901	317.105	38.109	97.380

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2011¹⁷

Rodrigo Haidar¹⁸ ainda apresenta o posicionamento da corte acerca da demanda crescente envolvendo as cortes superiores no início do ano de 2012, o Ministro Luis Felipe Salomão, presidente da 4ª Turma do STJ, afirma:

O papel da Corte foi desvirtuado por “um sistema recursal anárquico” que transformou o tribunal em terceira instância e o impede de cumprir a contento sua missão de uniformizar a interpretação da legislação federal no país. E, principalmente, julgar as questões que são realmente importantes para a cidadania¹⁹

Como assevera Humberto Theodoro Júnior²⁰ quando para a solução das querelas jurisdicionais, o processo teve de abandonar a posição confortável de preocupação exclusiva com conceitos e formas, para se dedicar à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera.

¹⁷ Ibidem, p. 20

¹⁸ Ibidem, p. 20

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministro Luiz Salomão, Brasília, DF, em 02 de fevereiro de 2015. Presidente da 4ª Turma do STJ. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 02. fev. 2015.

²⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1.

É nesse contexto, de demanda cada vez mais crescente, que se faz necessário discutir acerca da efetivação judicial dos direitos empresariais, ou seja, como os direitos das sociedades empresárias são garantidos no âmbito do judiciário, quais os institutos mais relevantes quando se discute a preservação da sociedade empresária devedora.

A regra da vida em sociedade é a quitação das dívidas pelos devedores em prol dos credores. Na eventualidade, todavia, de inadimplemento do devedor, o credor pode acionar o Poder Judiciário, a fim de que o patrimônio daquele (devedor) seja alcançado e ocorra a satisfação do crédito, mediante a respectiva execução forçada, a qual pode ser individual ou concursal e ter a natureza civil ou comercial (mais especificamente, falencial), conforme o caso.

Diante da existência de várias dívidas, sem o correspondente lastro no patrimônio do devedor, a regra da execução individual dá lugar à concursal, marcada pela execução dos credores de forma coletiva. Assim, ao invés de inúmeras execuções individuais contra o mesmo devedor insolvente, há apenas uma execução, com a igualdade de tratamento entre os credores, a fim de que os credores em geral tenham as mesmas oportunidades na tentativa da satisfação dos respectivos créditos, tudo em homenagem ao princípio *par conditio creditorum*²¹, consagrado nos artigos 91, parágrafo único, 115 e 149, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 11.101²².

A execução do devedor civil ocorre consoante à solvência (artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil) ou a insolvência (artigos 748 e seguintes do Código de Processo Civil) do mesmo, bem assim é processada conforme a existência de um ou mais credores, hipótese (mais de um credor) na qual há a execução universal do devedor civil, também denominada concurso de credores (artigo 751, inciso III, do CPC).

À luz do artigo 966 do Código Civil de 2002, que somente é “considerado empresário aquele que tem como profissão alguma atividade econômica organizada atinente à produção ou à circulação de bens ou serviços”, a ideia de profissão pressupõe o exercício habitual (habitualidade), por intermédio de pessoas

²¹ Expressão do latim utilizada para designar o tratamento igualitário em relação a todos os credores de mesma categoria, podendo ser traduzida como “paridade de condições dos créditos”.

²² BRASIL, Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005. Institui o Código de Processo Civil. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

contratadas (pessoalidade) para concretizarem a produção ou a circulação de bens ou serviços em relação aos quais o empregador tem conhecimento específico (monopólio das informações). Já a expressão legal “atividade econômica” significa empreendimento em busca do lucro. Não é só: a atividade econômica deve ser organizada, em razão da interligação do capital, com a mão-de-obra (empregados), com os insumos (matéria-prima) e a tecnologia (conhecimentos próprios para a produção de bens, a prestação de serviços ou a circulação de ambos). Por fim, a produção consiste na fabricação de bens e na prestação de serviços, enquanto a circulação significa intermediação, ou seja, fazer a ligação entre o produtor e o consumidor (dos bens ou serviços).²³

O empresário pode ser tanto pessoa natural (ou seja, pessoa física) quanto pessoa jurídica. A pessoa física é o empresário individual (ou seja, o empresário unipessoal, empresário singular). Já a pessoa jurídica é a sociedade empresária, constituída por pessoas naturais unidas na busca do lucro comum, denominadas sócios. Tanto o empresário individual (incluído o respectivo espólio) quanto a sociedade empresária (e também os respectivos sócios de responsabilidade ilimitada) são sujeitos da recuperação e da falência, em razão da incidência do direito empresarial. O mesmo não ocorre, entretanto, com as pessoas físicas e jurídicas regidas pelo direito civil, como as sociedades simples (também denominadas sociedades civis) e as cooperativas (artigo 982, *in fine*²⁴ e parágrafo único, segunda parte, do Código Civil).²⁵

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria (Programa de Direito Civil, v. I/341, Ed. Rio)²⁶. Podemos sintetizar a lição desse grande Mestre dizendo que o Direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos.

²³ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-15.

²⁴ Trata-se de expressão em latim muito utilizada no Direito que significa "no fim".

²⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Manual de Processo Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

O Direito da Empresa em Crise surgiu de um novo pensamento filosófico do Direito Concursal. Jorge Lobo explica que essa nova disciplina, inspirada nas palavras de Angel Rojo Fernández–Rio, tinha como filosofia:

[...] garantir não apenas (a) os direitos e interesses do devedor e (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá, sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa [...]²⁷

A par do que vem a ser o Direito da Empresa em Crise, passemos a tratar da crise na empresa. A palavra crise pode ser abordada sob três aspectos: financeiro, econômico ou patrimonial. Sob esse enfoque, importante trazer as palavras de Fabio Ulhôa Coelho:

A crise da empresa pode manifestar-se de formas variada. Ela é econômica quando as venda de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta, à sociedade empresária, dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.²⁸

Na recuperação de empresas em crise devem-se observar atentamente as causas que levaram a empresa à crise, analisar os meios mais eficazes para sua reestruturação e, por fim, avaliar a possibilidade de sucesso em relação aos resultados.

É evidente que uma empresa que defende sua imagem, não só nas televisões e jornais, mas também no Judiciário terá bons resultados financeiros, pois terá o respeito dos órgãos julgadores. Terá a admiração dos que lidam com o processo no dia-a-dia.

Diante da relevância do papel social da empresa cabe ressaltar que o empresário não pode ser negligente, mas deve estar atento aos primeiros sinais de

²⁷ LOBO, Jorge. *Direito da crise econômica da empresa*. In: Revista Forense. Vol. 94, nº. 344. Rio de Janeiro, 1998. p. 68

²⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 216

crise em seu negócio e considerar o quanto antes a possibilidade de ajuizar a ação de recuperação judicial, pois somente assim poderá evitar sua falência.

É importante considerar também o impacto da legislação e do funcionamento das instituições sobre o comportamento de indivíduos e empresas. A análise econômica do direito afeta áreas tão distintas quanto a flexibilidade do mercado de trabalho, o aperfeiçoamento do mercado de crédito e do sistema financeiro, a melhoria da tributação e do ambiente de negócios. Todos esses tópicos dependem de aprovação de leis. Elas é que, se bem desenhadas, fornecerão os incentivos corretos para que indivíduos e empresas, ao buscarem o melhor para si, também atuem de forma eficiente.

2.1 Responsabilidade Civil aplicada à atividade empresarial

Aristóteles²⁹ já dizia na antiguidade que “o homem é um animal social”, alimentando desta feita a tese de que para viver o homem deve sempre estar em companhia de seus pares, sendo, portanto a vida em sociedade um fenômeno natural.

Na medida em que se organiza em sociedade há, também, a conglomeração em castas, afinidades, pessoas que se ligam por interesses, fazendo com que as grandes cidades onde se agrupavam os povos antigos desenvolvessem uma série de atividades nos moldes primórdios ao chamado de comércio na atualidade. Certo homem produzia insumo para sustento de sua família, posteriormente passa a produzir quantidade a mais do que conseguiam consumir, em outro momento passou então a trocar aquele excesso com seus pares, surgindo uma das primeiras formas de comércio³⁰ que se tem notícia, o escambo³¹.

²⁹ “As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para perpetuação da espécie (isto não é resultado de uma escolha, mas nas criaturas humanas, tal como no outros animais e nas plantas, há um impulso natural no sentido de querer deixar depois de individuo um outro ser da mesma espécie).” (Política, I, 1252a e 1252b, p. 13-4).

³⁰ “Etimologicamente, comércio vem do latim *commercium* (cum – preposição, e merx – mercadoria).” (BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.07).

³¹ “Derivado do latim popular *escambium*, que deu origem ao *cambio* italiano e *change* francês, é empregado no sentido de troca ou permutação.” (DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 10. Ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 187).

Na sociedade feudal cada feudo estabelecia suas próprias regras, com características próprias voltadas, é claro, ao beneficiamento dos que ali viviam em detrimento aos estranhos com quem realizavam as atividades de mercancia. Com o crescimento destes centros de trocas de mercadorias (comércio) surge a necessidade de adequação de regras que fossem aplicadas de forma equitativa a todos que ali participavam.

O comércio³² no Brasil surge na época em que éramos colônia com e extração do Pau-brasil e a troca de mercadorias (escambo) entre os nativos (índios) e os colonos (portugueses), Gilberto Freire³³ define que “*O Brasil nasceu e cresceu econômica e socialmente com o açúcar, entre os dias venturosos do pau-de-tinta e antes de as minas e o café o terem ultrapassado*” tudo produzido em solo brasileiro era enviado a Portugal. Em 1808 com a abertura dos portos às nações amigas e com a chegada da Família Real o comércio brasileiro se desenvolveu. Junto à família Real, vieram comerciantes que não obtiveram sucesso em Portugal e entre estes os enganadores – estelionatários – que enganavam e vendiam seus produtos no Brasil recém-colonizado. Por tal motivo, a profissão de comerciante não fora bem vista durante bastante tempo, fazendo-se necessária a definição da corte portuguesa daquele que seria considerado como comerciante.

Influenciado pelo Código Napoleônico, surge, em 25 de junho de 1850 o Código Comercial Brasileiro, Lei. n. 556³⁴, que estabelece em seu art. 4º o conceito de comerciante que viria a ser adotado em nosso direito pátrio, a saber: tenha matrícula em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

O revogado dispositivo, embora tenha estabelecido o conceito jurídico de comerciante, ainda apresentava distanciamento do que seria a atividade econômica a ser realizada, fazendo com que os tribunais³⁵ daquela época não reconhecessem

³² “Nasce o Direito Comercial, com característica acentuadamente classista, posto que as regras destinadas a regular atividade dessa natureza são essencialmente voltadas aos mercadores, vale dizer, àqueles que se dedicam ao comércio, como ofício e profissão.” (CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.9).

³³ FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Editora José Olympio, 1975.

³⁴ BRASIL, Lei 556, de 25 de Junho de 1850. Institui o Código Comercial.

³⁵ “Nossos tribunais depararam-se, por várias décadas, com a tormentosa tarefa de separar matéria própria de Direito Comercial de outra, mesmo que de indisfarçável conteúdo econômico, mas

todas as categorias, e, portanto não comungavam das proteções do código comercial à época vigente.

Sem a devida proteção, o comerciante passou a suportar sozinho o ônus da prática de mercancia, passando então frequentemente a recorrer a soluções alternativas para manter seu comércio, como financiamentos bancários o que gerava um volume maior que o esperado de passivo e fazendo-o cair em insolvência. Tal medida assemelha-se ao regime de insolvência do direito romano antigo, considerando como um procedimento criminal, uma pena, imputado àquele devedor que não conseguia arcar com o cumprimento de suas obrigações.

Tendo origem remota no direito romano, a responsabilidade civil surge no cenário em que os homens reagiam aos danos causados por outrem com a vingança coletiva, é a ideia da Lei de Talião³⁶ ou Lei das XII Tábuas³⁷, aquelas em que havia o ditame de “olho por olho, dente por dente”. A ideia não era propriamente a de reparação (ressarcimento), mas a de retaliar (punir) o ofensor pelo dano causado.

No ordenamento jurídico pátrio, pautado pelos ideais advindos da constituição, tem-se que a responsabilidade civil integra o campo do direito das obrigações, qual seja de repor a vítima o dano injusto na situação em que se encontrava antes do ilícito. A responsabilidade civil vem a ser justamente a obrigação do agente motivador desse desequilíbrio de reparar o prejuízo causado a outrem por um ato contrário à ordem jurídica. Devendo, pois, restabelecer a ordem injustamente rompida, proporcionando a recolocação daquele que foi afetado pelo ato danoso na mesma situação em que achava anteriormente ao ilícito, ou pelo menos, a algo que lhe seja equivalente: ou se repara o próprio bem danificado ou se compensa o desfalque patrimonial com o seu equivalente econômico (perdas e danos).

encastelada entre as reguladas pelo Direito Civil” (LOBATO, Moacyr. Falência e Recuperação. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 15).

³⁶ Do latim *lex talionis*, também dita Pena de Talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”. É uma das mais antigas leis existentes.

³⁷ Do latim *Duodecim Tabulae*, constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum* (antigas leis não escritas e regras de conduta).

Então, para que surja a obrigação de reparar é necessária a concorrência de 03 (três) fatores, quais sejam: 1) o dano; 2) o ato ilícito; 3) o nexo de causalidade entre eles.

A reparação civil tem fundamento do artigo 186 e 187 do Código Civil que explicita que:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito, que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(BRASIL, Código Civil)³⁸

Bem como no artigo 927 do mesmo diploma normativo quando diz: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.³⁹

Ocorre, todavia, que a culpa aquiliana ou extracontratual, cujos fundamentos encontram-se nos artigos 186 e 927 do Código Civil, baseia-se exclusivamente na existência da alegada culpa. E a sua existência, não se trata de abertura ilimitada ao poder discricionário dos juízes em aplicar o instituo em todas as situações.

Na espécie, é sabido, que a violação de direito, só enseja indenização, se houver entre eles, nexo de causalidade, sendo, portanto, imprescindível à comprovação de um prejuízo, decorrente de uma ação ou omissão do agente (ilicitude do ato).

Sobre o assunto José Aguiar Dias cita que:

Na apreciação do dano, se deve partir de uma lesão concreta. De forma que as repercussões da ação prejudicial sobre outros bens, enquanto não reduzidas a outros bens, enquanto não reduzidas a um denominador comum valorativo, não se podem considerar como incluídas no dano geral. O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto, se estabelece que o dano hipotético não justifica reparação⁴⁰.

³⁸ BRASIL, Lei 556, de 25 de Junho de 1850. Institui o Código Comercial. Art 186-187.

³⁹ BRASIL, Lei 556, de 25 de Junho de 1850. Institui o Código Comercial. Art 927.

⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2. p. 718-719.

A violação de direito só dá razão à indenização, em casos de ocorrência de ação ou omissão do agente, que venham a causar um prejuízo inerente.

Nas palavras de Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana⁴¹

Segundo Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil está relacionada com a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).⁴²

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.⁴³

O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido Silva é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.⁴⁴

⁴¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4. p.6.

⁴⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p. 642.

Assim, tem-se que se há lesão a direito de outrem, ou melhor, se há infringência de um dever jurídico correspondente a um direito, nasce daí a responsabilidade de reparar tal dano.

Em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.⁴⁵

A maioria da doutrina classifica a responsabilidade civil em razão da culpa e quanto à natureza jurídica da norma violada, sendo que no primeiro critério subdivide-se em objetiva e subjetiva. Já no segundo em contratual e extracontratual.

Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência com a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Acerca do tema Rui Stoco assevera:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.⁴⁶

O próximo passo foi desconsiderar “a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.”⁴⁷

Sendo resumida por Sergio Cavalieri nas seguintes palavras:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.⁴⁸

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

⁴⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 120.

⁴⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 157.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 137.

Já a responsabilidade civil contratual decorre da celebração ou da execução de um contrato. O dever violado é oriundo ou de um contrato ou de um negócio jurídico unilateral. Se duas pessoas celebram um contrato, tornam-se responsáveis por cumprir as obrigações que convencionaram.

Já a responsabilidade propriamente dita, a extracontratual, que também é denominada de aquiliana, tem por fonte deveres jurídicos originados da lei ou do ordenamento jurídico considerado como um todo. O dever jurídico violado não está previsto em nenhum contrato e sem existir qualquer relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima; o exemplo mais comum na doutrina é o clássico caso da obrigação de reparar os danos oriundos de acidente entre veículos.

No que tange a responsabilidade civil da empresa há de se considerar ainda o dito pelo Código de Defesa do Consumidor que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor e do fabricante, desconsiderando o elemento culpa, conforme o constante nos artigos 12 e 14:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos;
Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990)⁴⁹

A sociedade empresária é o *locus* jurídico, por excelência, no âmbito do Direito das Obrigações, capaz de gerar em seu interior e mesmo em suas relações externas, atos suscetíveis de ensejar qualquer tipo de responsabilidade seja por parte do empregador ou do empregado, em decorrência de atos ilícitos, atos lícitos ou decorrentes da própria atividade produtiva.

A boa hermenêutica passou a considerar toda e qualquer pessoa jurídica como responsável, tenha ou não fins lucrativos (religiosos, empresas de

⁴⁹ BRASIL, Lei 8078, de 11 de Setembro 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Art. 12 e Art. 14.

benemerência, literárias, científicas etc.). Com o Código do Consumidor ampliou-se ainda mais a responsabilidade civil das pessoas jurídicas, que, diante de relações de consumo, têm responsabilidade objetiva, independentemente da culpa.

Neste sentido importante frisar que, para que haja o dever de indenizar por parte das sociedades empresárias é imprescindível que haja a condenação em juízo quanto à imputação de conduta nos ditos acima.

Uma vez caracterizada a responsabilidade da sociedade empresária nascerá no ordenamento jurídico sua obrigatoriedade de reparar o dano a que deu causa, segundo ditames do instituto acima mencionado.

Se, como atrás ficou dito, a responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, toma-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Sérgio Cavalieri em seu livro intitulado Programa de Responsabilidade Civil, destaca que “a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”.⁵⁰ Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação.

Para Sérgio Cavalieri, em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendradora para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 130.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri assevera ainda, que “as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (*stricto sensu*⁵¹), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade)”.⁵²

Verificada a existência de responsabilização da sociedade empresárias por meio de processo de conhecimento, iniciar-se-á o processo executório.

A atividade jurisdicional de conhecimento é essencialmente declaratória, porque tem por finalidade dizer de quem é o direito, já a atividade jurisdicional de execução é satisfativa, pois parte de um título que representa uma obrigação e tem por fim efetivar o direito do credor, entregando-lhe o bem jurídico tutelado.

O inadimplemento do devedor ocorre à partir do vencimento do título ou do momento de sua exigibilidade, ficando assim configurado a mora.

⁵¹ É uma expressão latim que significa, literalmente, "em sentido específico", por oposição ao "sentido amplo" (*lato sensu*) de um termo.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 6.

Hoje, a preocupação com a imagem e a reputação das empresas é uma tendência mundial. Na sociedade de consumo globalizada, a informação se multiplica e circula cada vez mais rapidamente, e consumidores e usuários estão cada vez mais cientes de seus direitos. No século XXI, o cidadão tem mais acesso à informação, e dispõe de vários meios para divulgar suas opiniões e críticas aos diversos serviços prestados à sociedade. A própria mídia exerce papel de fiscalizadora dos serviços públicos, o que confere à questão da imagem o status de elemento prioritário na política de uma empresa.

No Brasil, com a ampliação do acesso ao judiciário nas últimas décadas, aliada à criação dos juizados especiais e à maior consciência dos direitos fundamentais, as empresas estão suscetíveis, como nunca, aos mais variados tipos de processos judiciais. A própria advocacia viu-se obrigada a mudar de perfil, buscando uma postura mais ativa e célere na defesa e na captação de ações. Tudo isso, por óbvio, aumentou em larga escala o número de ações judiciais no país.

2.2 Processo de execução e a garantia dos meios assecuratórios

Por meio do processo de conhecimento⁵³, apura-se a responsabilização da empresa, etapa esta em que se discute o direito de cada um dos litigantes, e termina com a decisão do juiz.

O direito brasileiro caminhou no sentido de transformar todas as ações condenatórias em executórias *latu sensu*⁵⁴, sem ação autônoma de execução.

Para início da fase de execução, ou cumprimento de sentença, é preciso que a obrigação se configurar no título executivo.

No processo de execução o juiz exerce os seus poderes de impulso oficial, direção do processo e dever de zelar pela igualdade das partes.

⁵³ TEODORO JÚNIOR, Humberto. Em sua obra intitulada *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 41ª edição, pág. 59 -60, para explicar a ação de conhecimento, cita Liebman, op. cit. Nº 17, p. 49: "A ação de cognição, que provoca a instauração de um processo de conhecimento, busca o pronunciamento de uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e quem não a tem, o que se realiza mediante determinação da regra jurídica concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo".

⁵⁴ É uma expressão latim que significa, literalmente, "em sentido amplo", por oposição ao "sentido específico" (*stricto sensu*) de um termo.

Os pressupostos da execução estão dispostos no art. 580 e seguintes. Vejamos:

Art. 580 - A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo;

Art. 581 - O credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; mas poderá recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la;

Art. 582 - Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta;

Parágrafo único - O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar.⁵⁵

Para propor a ação de execução é preciso comprovar a inadimplência do devedor, ou seja, o executado não cumpriu espontaneamente a obrigação que se configura no título executivo.

O inadimplemento do devedor ocorre à partir do vencimento do título ou do momento de sua exigibilidade, ficando assim configurado a mora.

Na execução, o Estado atua como substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo. Dai a denominação de "execução forçada", adotada pelo Código de Processo Civil, no art. 566, à qual se contrapõe a ideia de "execução voluntária" ou "cumprimento" da prestação, que vem a ser o adimplemento.⁵⁶

Em alguns casos o patrimônio do devedor, também representa óbices para à ampla atuação jurisdicional, pois o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado, assim existem certos bens indispensáveis à sua vida digna, não podendo ser objeto de penhora.

⁵⁵ BRASIL, Lei 11.382, de 06 de Dezembro de 2006. Institui o Código de Processo Civil. Art 580-582.

⁵⁶ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art 566.

É de se considerar a aplicação do princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado harmonicamente com o princípio da efetividade da execução. Há, porém, um limite ao princípio da menor onerosidade, cuja incidência não pode servir de amparo a calotes de maus pagadores.

Em síntese, Elpídio Donizetti argumenta que “é preciso distinguir entre o devedor infeliz e de boa-fé, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da via, e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos”.⁵⁷

No processo de execução, uma vez comprovado o crédito por meio de um dos títulos taxativamente mencionados acima, este se torna líquido, certo e exigível. Conforme previsto no art. 586: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.⁵⁸

Iniciada o processo de execução ou fase de cumprimento de sentença, a sociedade empresária devedora, deverá, responder inclusive patrimonialmente para o cumprimento da obrigação a que lhe fora imposta.

Responsabilidade patrimonial consiste na situação de sujeição à atuação da sanção. É a situação em que se encontra o devedor de não poder impedir que a sanção seja realizada mediante a agressão direta ao seu patrimônio. Traduz-se na destinação dos bens do devedor a satisfazer o direito do credor.

Nesse contexto, é possível afirmar que o processo de execução é regido, dentre outros, por dois princípios aparentemente contraditórios: o princípio da máxima utilidade da execução e o princípio da menor onerosidade ao executado.

O primeiro prevê o direito de o exequente ter o seu crédito satisfeito pelo patrimônio do devedor, de modo a atingir o resultado mais próximo que se teria se não tivesse havido a transgressão de seu direito. Ou seja, o processo executivo busca resultar no proveito máximo do credor, dando a devida prestação jurisdicional e objetivando a sua satisfação plena.

O segundo, previsto expressamente no artigo 620 do Código de Processo Civil, preza o direito de o devedor ser o menos onerado possível com a execução

⁵⁷ DONIZETTI, Elpídio, *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁸ BRASIL, Lei 11.382, de 06 de Dezembro de 2006. Institui o Código de Processo Civil. Art. 586.

que recairá sobre o seu patrimônio⁵⁹. Tal princípio é consectário do princípio da proporcionalidade, pelo qual, sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol de outro, esse sacrifício há de cingir-se aos limites do estritamente preciso.

Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno aponta que, na busca da satisfação do direito do exequente, “a atuação do Estado-juiz não pode ser produzida ao arrepio dos limites que também encontram assento expresso no ‘modelo constitucional do processo civil’⁶⁰, sendo, por essa razão, fundamental o respeito ao princípio da menor onerosidade ao executado.

É importante ter em mente que as etapas que compõem o processo executivo não podem ser consideradas isoladamente, como um fim em si mesmo. Não se pode esquecer que os atos de constrição, em uma execução, devem sempre buscar o direito material protegido por essa via processual: a satisfação do credor.⁶¹

2.3 Princípio da Responsabilidade Patrimonial

O inadimplemento é requisito necessário para realizar qualquer execução, segundo Elpídio Donizetti, o inadimplemento é condição da ação executiva. Isso porque, se ausente à exigibilidade do crédito ou o inadimplemento do devedor, não há necessidade de instauração do processo executivo nem, por conseguinte, interesse de agir.⁶²

Responsabilidade patrimonial consiste na situação de sujeição à atuação da sanção. É a situação em que se encontra o devedor de não poder impedir que a sanção seja realizada mediante a agressão direta ao seu patrimônio. Traduz-se na destinação dos bens do devedor a satisfazer o direito do credor.⁶³

⁵⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil 3*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

⁶¹ CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. São Paulo: Noeses, 2013.

⁶² DONIZETTI, Elpídio, *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16° ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. Ed. Revistas dos Tribunais. São Paulo, 2004.

Elpídio Donizetti leciona que a responsabilidade patrimonial consiste no vínculo de natureza processual que sujeita os bens de uma pessoa, devedora ou não, à execução. Assim no direito brasileiro, a execução recairá diretamente sobre o patrimônio do devedor. A responsabilidade patrimonial pode ser originária e secundária.⁶⁴

Por definição do jurista, Diz-se que a responsabilidade é originária quando o devedor responde, para cumprimento de sua obrigação com todos os seus bens presentes com os futuros. Tal conceito pode ser extraído do texto normativo no art. 591, do Código de Processo Civil.⁶⁵

Os bens presentes são todos aqueles que o devedor já possua no momento do surgimento da obrigação. Já os futuros são os bens adquiridos depois de a obrigação ser constituída.

A lei ainda possibilita restrições algumas restrições no tocante aos bens do devedor, reputando como impenhoráveis ou inalienáveis, assim não respondendo estes bens em sede de execução. A previsão tanto no Código de Processo Civil, art. 648, quanto na legislação extravagante, podemos citar com exemplo a Lei. 8.009/90⁶⁶.

A responsabilidade patrimonial está disciplinada nos artigos 591 a 597 do CPC. O Art. 591 especifica que: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.⁶⁷

Entretanto, poderão ocorrer situações fáticas que ensejem a responsabilidade patrimonial de terceiros.

O Código de Processo Civil traz em seu art. 592, as hipóteses de responsabilidade secundária, que consiste em sujeitar o patrimônio de pessoas que não figuram como devedoras à execução, *in verbis*⁶⁸:

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

⁶⁴ DONIZETTI, Elpídio, *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

⁶⁵ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 591.

⁶⁶ BRASIL, Lei 8.009, de 29 de Março de 1990. Institui o Código de Processo Civil. Art. 648.

⁶⁷ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 591.

⁶⁸ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

- I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
- II – do sócio, nos termos da lei;
- III – do devedor, quando em poder de terceiros;
- IV – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;
- V – alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.⁶⁹

A intenção do legislador é assegurar proteção quanto às finalidades da sociedade empresária, engajando-se na proteção aos desvios, criou-se assim a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que visa punir a má-fé dos sócios administradores. Assim no caso concreto o juiz poderá desconsiderar a autonomia da sociedade e alcançar o patrimônio dos sócios.

Esta teoria se constitui de um instituto excepcional, uma vez que o ordinário é a preservação da personalidade jurídica e a responsabilidade civil da sociedade que firmou o negócio jurídico.

Vale ressaltar que qualquer que seja o tipo de sociedade constituída, é facultado ao sócio demandado o benefício de ordem, ou seja, pode o sócio exigir que primeiro seja alcançados os bens da sociedade, cabendo a este nomear bens da sociedade passíveis de penhora, poderá também o sócio pagar o débito e executar a sociedade, nos autos do mesmo processo.

Se o devedor fraudar intencionalmente seu credor estará cometendo fraude a execução.

Cumprir destacar as hipóteses de fraude a execução prevista no Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
- III - nos demais casos expressos em lei.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 592.

⁷⁰ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 593.

Mas, não são todos os bens do devedor que poderão ser suscetíveis de penhora.

Estes bens são os absolutamente impenhoráveis, conforme rol do art. 649 do CPC:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.⁷¹

A Lei 8.009/90 prevê também a impenhorabilidade do bem de família:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.⁷²

⁷¹ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 649.

⁷² BRASIL, Lei 8.009, de 29 de Março de 1990. Institui o Código de Processo Civil. Art. 5.

A responsabilização patrimonial não deve ser confundida com dívida, sendo esta o dever jurídico de realizar a prestação que constitui o objeto da relação obrigacional. A responsabilidade patrimonial é justo a possibilidade de sujeição do patrimônio do devedor para satisfação da dívida.

Com respeito ao entendimento contrário, a impenhorabilidade poderá ser objeto de renúncia, podendo o devedor oferecer tais bens à penhora de forma válida, uma vez que cercear o direito do devedor de oferecê-los à penhora, seria tornar os bens inalienáveis e não impenhoráveis.

Araken de Assis lembra, também, que a lei estabelece limitações à responsabilidade patrimonial do obrigado. Esta proposição normativa encontra seu complemento prático no art. 648, do Código de Processo Civil, o qual torna imune “à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.⁷³

2.4 Princípio da Menor Onerosidade

A Lei 11.382/2006 alterou substancialmente o processo de execução ao incluir no artigo 656 do Código de Processo Civil o §2º, possibilitando ao executado requerer a substituição da penhora e/ou depósito em garantia por fiança bancária ou seguro garantia judicial em valor não inferior ao débito constante na inicial, mais 30% (trinta por cento).

A partir deste dispositivo sendo os requisitos preenchidos, o magistrado tem o poder/dever de proceder à substituição: “§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)”.⁷⁴

A ordem de penhora prevista no artigo 655 do Código de Processo Civil, como o próprio texto aduz, deve “preferencialmente” seguir a ordem elencada em seus incisos.

Art. 655 - A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

⁷³ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010.

⁷⁴ BRASIL, Lei 11.382, de 06 de Dezembro de 2006. Institui o Código de Processo Civil. Art. 656.

- II - veículos de via terrestre;
- III - bens móveis em geral;
- IV - bens imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
- VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
- VIII - pedras e metais preciosos;
- IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
- X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- XI - outros direitos.⁷⁵

De tal modo, tal previsão não possui condão imperativo e não merece ser aplicada de forma rígida e/ou cogente, devendo sua aplicação ser harmonizada com as demais normas e princípios que regem nosso ordenamento jurídico, e respeitando também ao princípio da menor onerosidade para o devedor.

Com isso, tem-se que o referido artigo que trata da graduação legal de bens a serem oferecidos em penhora, deve sempre que possível ser flexibilizado e analisado caso a caso, conforme as características e condições comprovadamente apresentadas pelo executado em cada caso concreto.

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Resp. 1.116.647-ES, já se posicionou pela necessidade de avaliação do caso concreto quanto do deferimento ou não da penhora de numerário em conta corrente.

Como sempre tenho sustentado, o processo civil deve ser campo de equilíbrio, não de posições extremadas. A penhora de dinheiro ou de numerário em conta-corrente tem, é fato, prioridade em relação a qualquer outro bem que possa vir a garantir a execução. Não há dúvidas disso. **Mas não podemos engessar a interpretação do CPC de modo a não permitir que, mesmo em hipóteses excepcionais, seja possível ao devedor evitar a imobilização de vultoso capital em espécie.**

[...] A Lei também atribuiu ao devedor a possibilidade de substituição da penhora "por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)" (art. 656, §2º, do CPC). Naturalmente, para a efetivação de tal substituição é necessário colher a anuência do credor, mas **nada impede que o juiz, mesmo diante da negativa por parte deste, decida pela substituição,**

⁷⁵ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 655. Institui o Código de Processo Civil.

caso entenda que, dessa forma, a execução poderá se desenvolver de modo menos gravoso sem prejuízos para a solvibilidade do débito.⁷⁶

Seguindo este raciocínio, alguns Tribunais já confirmaram a apólice de seguro garantia como instrumento idôneo à garantia da execução:

AGRAVO DE PETIÇÃO PATRONAL - GARANTIA DO JUÍZO CONCRETIZADA - Uma vez concretizada a garantia do juízo, através de título líquido e executável – seguro garantia judicial - Previsto expressamente no §2º do art. 656 do CPC a decisão de embargos à execução, que os extinguiu sem resolução do mérito, deve ser reconsiderada. Agravo provido, a fim de determinar o retorno dos autos à Vara de Origem para apreciar as matérias elencadas nos embargos.⁷⁷

Nos termos do despacho abaixo transcrito, deverá o procurador da executada comparecer à Secretaria do Juízo em 48 horas e firmar o termo de penhora e depósito do bem nomeado, correndo a partir de então o prazo para oposição de eventuais embargos.

1 - Nos termos do artigo 656, § 2º, do CPC, A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento). Por seu turno, a SDI-2 do E. TST editou a Orientação Jurisprudencial n.º 59, pontificando que a Carta de Fiança Bancária equivale a dinheiro para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 655 do CPC.

2 - Considerando que a presente execução se processa em caráter provisório, eis que está pendente de julgamento Recurso de Revista interposto nos autos principais, **admito o bem dado em garantia, representado pelo título Apólice de Seguro Garantia n.º 014142011000107750002906, firmado pela empresa BERKLEY INTERNATIONAL DO BRASIL SEGUROS SA, tendo como objeto a garantia da satisfação da obrigação de responsabilidade da executada nestes autos, concernente ao valor total da ação, nele compreendido o principal, multas, juros, atualização monetária e acréscimos legais supervenientes (folha 73-verso), com vigência até às 24h00 do dia 15.12.2014 (condições particulares) e cobertura até a extinção das obrigações do tomador (condições especiais).**

3 - Após o término de vigência da apólice do seguro de garantia da execução, deverá a executada comprovar a renovação da garantia, salvo se a execução já estiver garantida por penhora de dinheiro.

4 - Formalize-se a penhora por termo nos autos e intime-se o procurador da executada para comparecer à Secretaria em 48 horas e firmar, na qualidade de representante da executada, o compromisso de fiel depositário, correndo da data da assinatura do termo de penhora o prazo para oposição de eventuais embargos.

⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, em 15 de março de 2011.

⁷⁷ ALAGOAS, TRT-19ª R. - AP 01491.2008.010.19.00-5 - Rel. Des. Antônio Catão - DJe 03.08.2009 - p. 7)

5 - Dê-se ciência da formalização da penhora à terceira garantidora Berkley International do Brasil Seguros SA.⁷⁸

Deferida a indicação à penhora do Seguro Garantia n.º 01-0775-0162973 oferecido pela executada como garantia da execução. Intimase a executada para, querendo, apresentar embargos à execução, nos termos do art. 884 da CLT.⁷⁹

Foi admitido a garantia do juízo através do seguro garantia apresentado pela parte ré, tendo em vista que em conformidade com o disposto no art. 656, § 2º, do CPC. Intimem-se as partes para a finalidade prevista no artigo 884 da CLT.⁸⁰

Deferido o requerimento de fls. 538-543. Garantida a execução pela apresentação do seguro garantia judicial apresentado, intima-se o executado para os fins do art. 884, da CLT.⁸¹

Desta forma, quando a garantia do juízo puder ser realizada por mais de uma modalidade, com a mesma efetividade para o credor, será imperioso se aplicar o princípio da execução menos onerosa para o devedor, contido no art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.⁸²

Vale salientar, o seguro garantia judicial pode ser desde o início oferecido em penhora/depósito em garantia pelo executado/devedor, ou ainda vir a ser oferecido em substituição de outra penhora anteriormente levada a efeito.

Por sua vez, o Desembargador Jayme Queiroz Lopes em 10/12/2010, ao aceitar a apresentação da apólice como garantia do processo, proferiu posicionamento nesse mesmo sentido como abaixo colacionado:

Na verdade, a nomeação de bens à penhora representa um direito do devedor, e no caso dos autos, os agravantes ofereceram o seguro garantia judicial, garantia essa que lhes tornará a execução menos gravosa sem trazer prejuízo algum ao exequente.

⁷⁸ PONTA GROSSA - Processo Nº ExProvAS-2127-11.2011.5.09.0660, 2ª VT de Ponta Grossa, TRT-9, Publicada em 08/05/2012.

⁷⁹ ARAUCÁRIA - Processo Nº RTOOrd-56100-64.2009.5.09.0654, 1ª VT de Araucária, TRT-9, Publicada em 14.06.2012.

⁸⁰ PARANAÍ - Processo Nº RTOOrd-95100-92.2007.5.09.0023, VT de Paranaíba, TRT-9, Publicada em 03.05.2012.

⁸¹ ARAUCÁRIA - Processo Nº RTOOrd-593700-19.2007.5.09.0594, 2ª VT de Araucária, TRT-9, Publicada em 29.07.2011.

⁸² BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 620. Institui o Código de Processo Civil.

Assim, uma vez preenchidas as exigências legais, e desde que seja o seguro prestado de maneira idônea, e ainda, desde que o valor não seja inferior ao crédito reclamado pelo exequente, **não há razão para o indeferimento da garantia prestada.**

Com efeito, **o seguro garantia judicial desfruta do mesmo grau de segurança propiciado pelo dinheiro para garantia de juízo, sem comprometimento da liquidez, e atende ao princípio de que a execução deve ser promovida pela forma menos gravosa para o executado, nos termos do artigo 620 do Código de Processo Civil.**⁸³

Desta feita, considerando os acertos jurisprudenciais acima, bem como a previsão legal (art. 656, § 2º do CPC) que equipara a fiança bancária ao seguro garantia, pode-se afirmar que o seguro judicial também equivale a dinheiro para os fins de gradação dos bens penhorados.

Deste modo não há que se falar em prejuízo ao credor diante da aceitação da apólice de seguro para a garantia do juízo.

2.5 Meios Assecuratórios

O art. 655 do Código de Processo Civil regulamenta a ordem de preferência da penhora, de forma que, havendo diferentes bens no patrimônio do executado e não sendo necessária a penhora de todos eles, alguns preferam a outros, conforme a ordem estabelecida pelo legislador. É evidente que a ordem de penhora é tema que só tem relevância diante da pluralidade de bens passíveis de serem penhorados, porque, “sendo necessária a penhora de todo o patrimônio penhorável do executado ou só havendo um bem em seu patrimônio, a questão da ordem de penhora torna-se irrelevante” (NEVES, 2011)⁸⁴. O art. 655, do CPC assim prevê:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem (1): (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira (2); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II – veículos de via terrestre (3); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

⁸³ SÃO PAULO. 36ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desembargador Jayme Queiroz, julgamento do Agravo de Instrumento nº 990.10.480072-215/03/2011 em 10 de dezembro de 2010.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2011. p.1017.

III – bens móveis em geral (4); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV – bens imóveis (5); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V – navios e aeronaves (6); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI – ações e quotas de sociedades empresárias (7); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII – percentual do faturamento de empresa devedora (8); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII – pedras e metais preciosos (9); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado (10); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado (11); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

XI – outros direitos (12). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º. Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora (13). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º. Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado (14). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).⁸⁵

Não se trata de ordem absoluta, para que haja alteração e indicação de bens fora da presente ordem deve-se ponderar a menor onerosidade ao executado (CPC, art. 620) e o princípio do resultado da execução (CPC, arts. 612 e 646). Ao determinar a ordem expressa neste artigo pretendia o legislador colocar os bens passíveis de penhora na ordem de sua liquidez, mas esta pode se alterar de acordo com a região, momento histórico e econômico do país.

O doutrinador continua explicitando que o termo “preferencialmente” no art. 655, *caput*⁸⁶, do CPC é suficiente para demonstrar que a ordem legal não é peremptória, podendo ser modificada pelo juiz no caso concreto, a exemplo do que ocorre com a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei de Execuções Fiscais – Lei 6.830/80⁸⁷. É evidente que, existindo uma norma que prevê uma determinada ordem de bens, ainda que somente preferencial, sua alteração deve ser devidamente justificada, podendo-se estendê-la como medida excepcional no processo executivo.

⁸⁵ BRASIL, Lei 11.382, de 6 de Dezembro de 2006, Art. 655. Institui o Código de Processo Civil. Responsável por grandes modificações no processo de execução, alterou o art. 655 do CPC que prevê a ordem preferencial na penhora.

⁸⁶ É um termo em latim que significa "cabeça", utilizado em textos legislativos para se referir ao enunciado do artigo.

⁸⁷ BRASIL, Lei 6.830, de 22 de Setembro de 1980, Art. 11. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

A penhora consiste no ato judicial de individualização, afetação e expropriação forçada de coisas ou direitos do devedor, passíveis de imobilização e conversão em pecúnia, suficientes para realizar a pretensão de recebimento a que faz jus o exequente não pago. Não se confunde com o penhor ou arresto e não anula o poder de disposição da coisa pelo executado, criando sim uma situação de ineficácia de qualquer alteração do estado do objeto penhorado em relação ao credor que ativou o procedimento executivo onde se firmou a constrição.

Didier Junior (2005) elucida que é preciso compreender corretamente a norma:

[...] a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes. Assim, havendo vários meios executivos aptos à tutela adequada e efetiva do direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. O princípio visa impedir a execução desnecessariamente onerosa ao executado; ou seja, a execução abusiva.⁸⁸

Continua dizendo tratar-se, como se vê, de norma que protege a boa-fé, ao impedir o abuso do direito pelo credor que, sem qualquer vantagem, se valesse de meio executivo mais danoso ao executado. Não parece, porém, que tal princípio destine-se a proteger, ao menos primordialmente, a dignidade do executado, suficiente e adequadamente protegida pelas regras que limitam os meios executivos, principalmente aquelas que preveem as impenhorabilidades. Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A identificação do valor protegido é muito importante para a ponderação que se precise fazer entre esse princípio e o princípio da efetividade

O entendimento que restou consagrado pelo legislador funda-se na premissa de que, se houve a primazia da penhora sobre numerário, por exemplo, pode-se afetar o capital de giro da empresa, o que fatalmente gerará um verdadeiro colapso em suas contas, ocasionando até mesmo, em casos extremos, a paralisação de suas atividades. Diante dessa situação, faz-se necessário a administração e um

⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva*. 5 ed. v. 1. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005. p. 145.

esquema de constrição (não pagamento), até que o juízo esteja integralmente garantido, de forma que a pena não afete a função social da empresa.

Diz-se isso porque, em sendo a execução definitiva, há que se observar a gradação legal contida no artigo 655 do CPC, sendo o primeiro bem da gradação legal o dinheiro, que é a garantia das garantias, principalmente quando a verba perseguida tem natureza alimentar.

Por recentes e profundas transformações passou nos últimos anos o processo de execução, com a edição das Leis 11.232, de 22/12/2005 (em vigor desde 23/06/2006) e 11.382, de 06/12/06 (em vigor desde 22/02/2007).

No caso do instituto em epígrafe, a inovação foi trazida especificamente pela Lei 11.382/06, que incluiu o parágrafo 2º ao artigo 656 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “Parágrafo 2º. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais trinta por cento (30%)”.⁸⁹

Notadamente, o seguro garantia, apesar de haver ficado relegado a uma simples menção no supracitado artigo, e de contar, ainda, com alguns detratores, não passaram despercebidos aos profissionais que atuam no contencioso, sobretudo de empresas e instituições financeiras envolvidas em processos executivos.

Neste sentido nos ensina o Prof. Machado (2007):

[...] o regramento apenas cria uma autorização, só que endereçada com exclusividade ao executado e instituidora da ‘fiança bancária ou seguro garantia’ como os únicos bens substitutos admissíveis do próprio ato de penhora, e ainda assim, desde que ‘em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)’.⁹⁰

E, prossegue o ilustre jurista,

[...] Algumas observações interpretativas fazem-se necessárias. A primeira, no sentido de que esta forma particularíssima de substituição não está submetida a prazo certo, podendo ser requerida até mesmo no curso da fase de expropriação. A segunda, no sentido de que é livre a escolha do

⁸⁹ BRASIL, Lei 11.382, de 6 de Dezembro de 2006, Art. 656. Institui o Código de Processo Civil. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

⁹⁰ Machado, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado, 6ª Ed. Editora Manole, 2007, p. 893.

executado por uma ou outra forma de garantia, mas se deve ter em conta que o novo instrumento denominado 'seguro garantia judicial' precisa ser criado e regulamentado, por lei ou administrativamente, por bancos, seguradoras etc., para que possa ser utilizado efetivamente.⁹¹

Acrescenta-se à preclara lição transcrita, que o legislador, ao utilizar a expressão *pode* - quando dispôs: “A penhora *pode* ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial...” -, na realidade não deixou ao alvedrio do magistrado autorizar ou não a substituição da penhora por seguro garantia; isto porque, como já acentuado, a possibilidade a que aduz o texto do parágrafo 2º do artigo 656 do CPC é endereçada ao executado, e não ao juiz, que, ademais, na qualidade de agente público (ou melhor, agente político como especificariam os administrativistas), não tem a possibilidade, mas sim o *dever* de praticar os atos judiciais, uma vez presentes os pressupostos legais (é o que se costuma denominar de 'poder-dever').

⁹¹ Machado, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6ª Ed. Editora Manole, 2007, p. 894.

3 SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO ESPÉCIE

Por força das reformas/alterações ocorridas no Livro de Execução do Código de Processo Civil, através da Lei 11.382/2006, restou incluído no art. 656, o parágrafo 2º⁹², que por sua vez atribuiu destaque ao seguro garantia, ao passo que expressamente oportunizou a substituição da penhora e/ou depósito em garantia pelo seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao débito constante na inicial, mais 30% (trinta por cento).

Em seguida, foi editada a Portaria 1.153/2009 pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que recepcionou e estabeleceu as regras e requisitos gerais a serem observados para a aceitação do seguro garantia judicial⁹³ como forma legítima de caução de débitos inscritos na dívida ativa da União, e que são objeto de processos judiciais e/ou parcelamentos administrativos em trâmite perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Portando, consoante demonstrado, o seguro garantia anteriormente utilizado com instrumento hábil para garantir o fiel cumprimento das obrigações contraídas em processos licitatórios e/ou, por exemplo, em cumprimento de contratos de construção, fornecimento de bens e/ou prestação de serviços, passou a ser utilizado também, como perfeita ferramenta ao lado da fiança, para substituir o depósito em garantia.

A Circular 232 da SUSEP, item VI, 1 define o seguro garantia judicial como sendo:

[...] seguro que garante o pagamento do valor correspondente aos depósitos em juízo que o tomador necessite realizar no trâmite de procedimentos judiciais.” Essa modalidade de seguro é uma valiosa proteção que se oferece ao devedor, que por sua vez possui um débito reconhecido, com cobrança em trâmite perante o Poder Judiciário.⁹⁴

⁹² “§2º A penhora poderá ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento).”

⁹³ “Art. 1º O oferecimento de seguro garantia, nos termos regulamentados pela Circular da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) nº 232, de 3 de junho de 2003, é instrumento para garantir débitos inscritos em Dívida Ativa da União (DAU), tanto em processos judiciais quanto em parcelamento administrativos em trâmite nas unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).”

⁹⁴ SUSEP, Circular Nº 232, de 3 de Junho de 2013. item VI, 1. 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 disposições.

Diferentemente do que ocorre na dinâmica comum ao seguro garantia de um modo geral, onde o Tomador contrata uma apólice como garantia dos interesses do credor, como por exemplo, quando uma pessoa jurídica vencedora de uma licitação contrata o seguro para garantir a administração pública quanto ao cumprimento do contrato, na modalidade judicial, muito embora a garantia também seja estipulada em benefício do credor, é o Tomador quem tem interesse em inibir a possibilidade de sofrer uma intervenção judicial em seu patrimônio, com a finalidade de garantir o objeto da pertinente execução.

Isto porque, nesta modalidade, o devedor (executado) contrata a apólice de seguro visando resguardar o seu interesse direto em não ser constrangido e/ou compelido por atos e/ou determinações judiciais de penhora e/ou intimações para que se providencie o imediato depósito em juízo e de dinheiro em espécie, o que garante de igual modo os interesses do credor.

Conforme dito anteriormente, a inclusão do parágrafo 2º no artigo 656 do CPC, atribuiu ao seguro garantia o destaque e a legitimidade devida, frente à plena possibilidade de substituição da penhora e/ou depósito em garantia pelo seguro garantia judicial, apenas com a ressalva de que o valor segurado não seja inferior ao débito constante na inicial, acrescidos de 30% (trinta por cento).

Com tal cenário, as atenções se voltaram para este novo produto, e da mesma forma surgiram inúmeras dúvidas quanto a sua sistemática e os seus requisitos a fim de assegurar a apresentação desta modalidade de seguro de forma satisfatória.

Ao tratar o instituto do Seguro Garantia Judicial, o legislador processual, facultou ao executado a possibilidade de substituir a penhora que a ele recaiu, por exemplo, sobre 30% do seu faturamento mensal, pelo seguro garantia no valor equivalente ao débito constante na inicial, mais 30%, além preencher os requisitos insertos nas normas administrativas da SUSEP, pode fazê-lo, sem que possa o magistrado opor-se a tal pretensão.

Reconhecemos por pertinente, e plenamente defensável, a objeção a esta tese, calcada no fundamento de que a penhora deve recair, preferencialmente (expressão do próprio texto legal), na ordem de bens encartada no artigo 655 do Código de Processo Civil.

Contudo, a jurisprudência já vem se orientando no sentido de que essa ordem merece interpretação flexível, como aponta o saudoso Mestre Theotonio Negrão⁹⁵, trazendo à baila, inclusive, aresto do Superior Tribunal de Justiça:

A Lei 11.382, de 6.12.06, trouxe reforço à observância da ordem estipulada para a penhora, ao dispor que ela deve ser 'preferencialmente' seguida. Assim, tende a prevalecer a corrente jurisprudencial que dispunha, mesmo antes de tal lei, que, 'em princípio, deve o julgador seguir a ordem da penhora estabelecida no artigo 655 do CPC. A regra, entretanto, é flexível, se demonstrada pelo executado a necessidade de mudança' (STJ-2ª T., REsp 791.573, rel. Min. Eliana Calmon, j. 7.2.06, negaram provimento, v.u., DJU 6.3.06, p. 361). Ou seja, é ônus do executado trazer argumentos para tanto.

A substituição da penhora por seguro garantia judicial começa a ser acolhida por alguns tribunais, como forma alternativa em processo de execução. Saudável do ponto de vista empresarial, ela impede o comprometimento de recursos que poderia inviabilizar a atividade-fim, contudo, seja por desconhecimento ou receio de enfrentar a resistência dos magistrados e advogados militantes, poucas empresas fazem uso deste recurso.

Embora prevista pelo Código de Processo Civil, em princípio a aceitação do seguro garantia não é obrigatória, mas uma decisão que cabe ao juiz. Ele surgiu com a Circular 232/2003 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), e após a Lei 11.382/2006, com a inclusão do parágrafo 2º ao artigo 656 do CPC, passou a vigor no ordenamento processual civil brasileiro, o qual faculta ao executado requerer a substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30%.

Enquanto contrato que garante o pagamento de valor correspondente aos depósitos em juízo, que o potencial devedor precisar fazer durante o andamento do processo, o seguro garantia judicial tem a vantagem de diminuir a necessidade dos executados de desembolsarem vultosas quantias em espécie. Do ponto de vista financeiro, é uma alternativa saudável tanto para o credor como para o devedor, visto que agiliza os processos de execução e possibilita às empresas a não imobilização do seu patrimônio, além de garantir o direito de quem ganha o

⁹⁵ Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo.

processo. Outra vantagem diz respeito à liquidez imediata da apólice do seguro garantia judicial. Ela pode ser convertida em moeda corrente, o que a torna mais vantajosa do que a carta de fiança bancária.

Nas execuções fiscais, nas quais há penhora em dinheiro que fica depositado em conta vinculada ao juízo, normalmente remunerada por índices muito abaixo dos praticados no mercado, é possível efetuar o levantamento da quantia depositada e aplicá-la em investimentos mais rentáveis no mercado financeiro.

O seguro garantia judicial, que já vinha sendo aceito pelo Poder Judiciário de maneira tímida, mesmo antes de sua previsão legal, deve passar a contar com um número maior de adeptos, diante da apresentação dos resultados que comprovam a importância desse nicho de mercado para as seguradoras.

Alternativa eficaz na substituição de depósitos judiciais em dinheiro, bem como em relação à penhora de bens e à fiança bancária, o seguro garantia judicial é uma solução que traz maior segurança jurídica e liquidez às empresas ao permitir a movimentação de milhões de reais que ficam paralisados em processos judiciais intermináveis possam ser utilizados no aquecimento da economia.

Impedir a utilização do seguro garantia judicial, como meio alternativo para garantia da execução, significa negar vigência ao próprio texto da lei e, o processo civil deve ser um campo de equilíbrio e não de posições taxativas e imutáveis.

3.1 Natureza Jurídica do Seguro Garantia Judicial

A experiência brasileira, no segmento de seguro garantia, embora prevista na Circular SUSEP n. 232, de 3 de junho de 2003, 10 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.

Judicialmente, esta modalidade caucionatória se ampliou em meados de 2003, a partir da edição da circular da SUSEP 232. Tal utilização se expandiu nos campos cíveis, administrativos, trabalhistas e, também, tributários, como uma alternativa ao encarecimento da fiança bancária, por esta ser considerada operação

de crédito que atinge o limite operacional dos bancos, em um contexto de crescente aumento do controle dos riscos do sistema financeiro global.

A SUSEP elucida que o Seguro, assim como a fiança bancária, muito se assemelha ao dinheiro, uma vez que, assim que acionadas pelo Juízo, as instituições garantidoras pagarão o valor acordado. Ambos possuem liquidez extremamente superior a de bens passíveis de serem ofertados à penhora, que estão sujeitos à depreciação e, não raro, são arrematados por valor muito inferior ao mercado.

Em pesquisa realizada pela Revista 'Tudo Sobre Seguros'⁹⁶ garantia no ramo 'Riscos Financeiros' junto com o 'Seguro Fiança Locatícia', os produtos mais importantes desse conjunto são o seguro garantia de obrigações privadas, garantia de obrigações públicas, garantia de concessões públicas e garantia judicial.

Continua informando que o desempenho recente do seguro garantia tem sido excepcional, atribuído à retomada de grandes projetos de investimentos públicos e privados. Os prêmios diretos do seguro garantia de obrigações privadas, em valores constantes de 2009 deflacionados pelo IPCA, aumentaram, entre 2007 e 2009, de R\$ 101,1 milhões para R\$ 265,2 milhões, equivalendo a uma variação média anual de 62%. O faturamento do seguro garantia de obrigações públicas passou de R\$ 176,7 milhões, em 2007, para R\$ 230,9 milhões, em 2009.

Apresenta ao final figuras contendo a taxa média anual de crescimento foi de 14,3%. Já a receita do seguro garantia de concessões públicas subiu de R\$ 40,1 milhões para R\$ 79 milhões no mesmo período, representando uma taxa média de aumento anual de 40,4%. E o seguro garantia judicial apresentou expansão similar. No total, o faturamento do seguro garantia saltou de R\$ 373,5 milhões em 2007 para R\$ 696,4 milhões em 2009, conforme mostra a Tabela 2 e as Figuras 1 e 2.

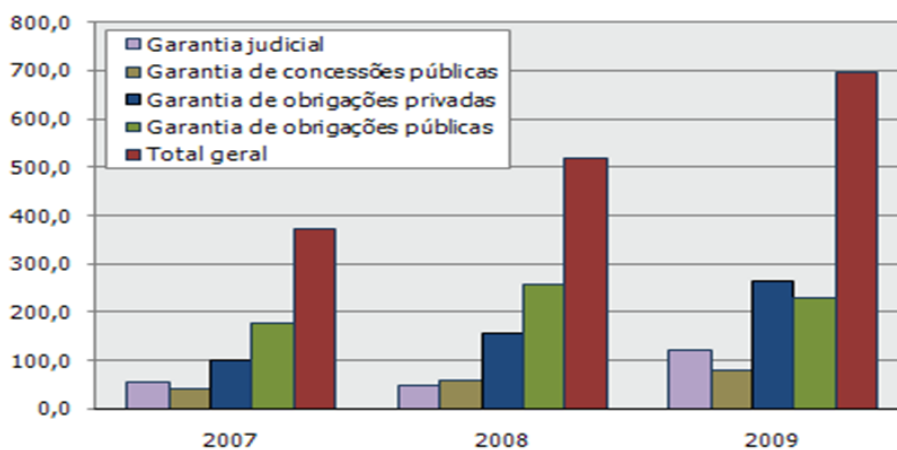
⁹⁶ SUSEP e IPEADATA. Revista Tudo Sobre Seguros, 5 de Novembro de 2013. p. 18 Disponível em <<http://www.tudosobresseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=163>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

**Tabela 2 – Seguro garantia – Prêmios diretos – Brasil
(em R\$ milhões constantes de 2009 – deflator IPCA)**

Ramos	2007	2008	2009	Variação
Garantia de obrigações privadas	101,1	156,1	265,2	62,0 %
Garantia de obrigações públicas	176,7	255,9	230,9	14,3 %
Garantia de concessões públicas	40,1	59,1	79,0	40,4 %
Garantia Judicial	55,7	46,6	121,4	47,7 %
Total Geral	373,5	517,7	696,4	36,5 %
Como % PIB	0,01 %	0,02 %	0,02%	-

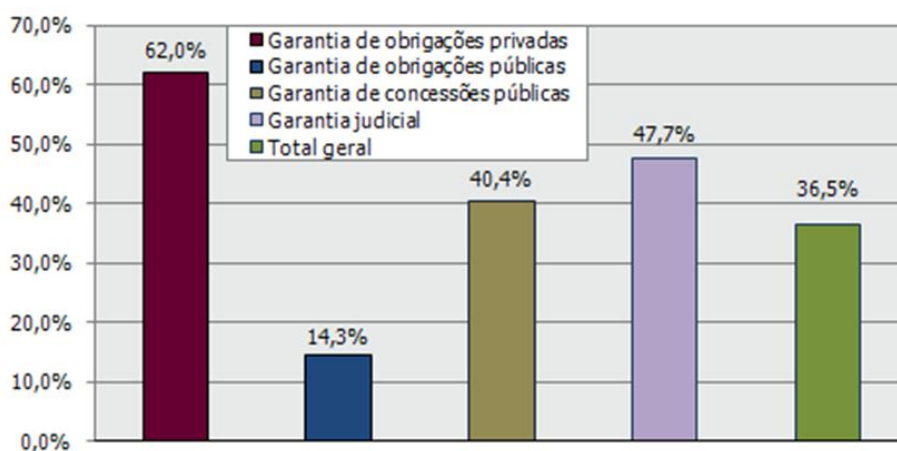
Fonte: Susep e Ipeadata, 2013.

**Figura 1 – Seguro garantia – Prêmios diretos – Brasil
(em R\$ milhões constantes de 2009 – deflator IPCA)**



Fonte: Susep e Ipeadata, 2013.

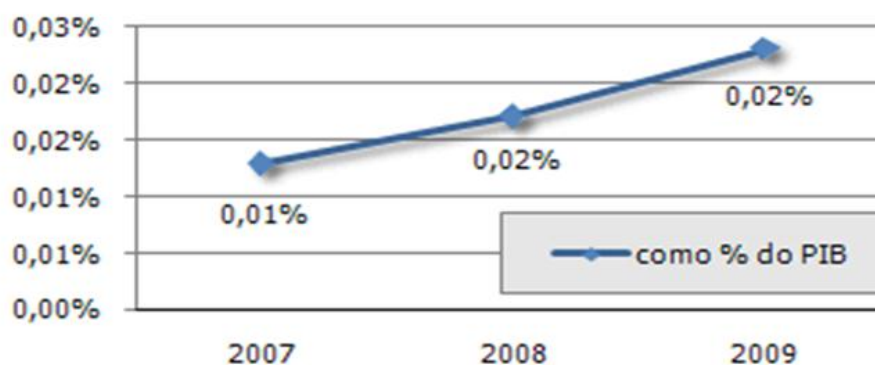
**Figura 2 – Seguro garantia – Prêmios diretos – Brasil
(variação média 2007 – 2009)**



Fonte: Susep e Ipeadata, 2013.

Em relação ao PIB, tais prêmios saíram da participação de 0,01% em 2007 para 0,02% em 2008 e 2009, conforme Figura 3.

Figura 3 – Seguro garantia – Prêmios diretos – Brasil
(participação no PIB em %)



Fonte: Susep e Ipeadata, 2013.

3.2 Estrutura Normativa do Seguro Garantia Judicial

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. 232/2003⁹⁷ – 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. 232/2003 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.

⁹⁷ SUSEP, Circular n. 232, de 03 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.

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.⁹⁸

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 à concessão de financiamentos mediante a garantia da correta aplicação do crédito e solvência da obrigação.

O contrato de seguro é instrumento por intermédio do qual um dos signatários, denominado Segurador, se obriga mediante o recebimento de um prêmio, a garantir o interesse legítimo do outro signatário, denominado Segurado, em relação ao prejuízo de riscos futuros, previstos no contrato⁹⁹.

Trata-se de um instituto regulamentado pela SUSEP – Superintendência dos Seguros Privados – e um gênero de contrato legalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio, entre os artigos 757 e 802 do Código Civil Brasileiro.

Nos contratos de seguro em geral, a relação contratual é linear, pois ocorre somente entre duas pessoas, sendo elas “Segurador” e o “Segurado”.

O seguro garantia, por sua vez, é uma espécie de seguro com o regulamento e características próprias, cujo principal objetivo é garantir obrigações contratuais assumidas pelo Tomador, em favor do Segurado.

Deste modo percebe que o seguro garantia é uma relação piramidal onde se relacionam 3 (três) partes, quais sejam: “Tomador”, “Segurador” e “Segurado”.

O ordenamento jurídico regulamentou o tema pela primeira vez por intermédio do Decreto-Lei nº 73/66¹⁰⁰ que estabeleceu então as regras para as operações de Seguro e Resseguro no Brasil, e inclusive dispôs sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados.

⁹⁸ SUSEP, Circular n. 232, de 03 de junho de 2003. Art. 4.

⁹⁹ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 757. Institui o Código de Processo Civil. “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir o interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

¹⁰⁰ BRASIL, Decreto-Lei nº 73, de 21 de Novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

Posteriormente, com o advento do Decreto–Lei 2.300/86, ao se tratar das normas inerentes as licitações e contratos públicos, também restou prevista a possibilidade de apresentação de seguro garantia¹⁰¹.

Ato contínuo, com a publicação da Lei 8.666/93¹⁰² restaram instituídas as regras gerais sobre licitações e contratos celebrados com a administração pública, momento em que se consagrou o seguro garantia como sendo um instrumento hábil, legítimo e eficiente no sentido de se garantir o fiel cumprimento dos respectivos contratos.

Na sistemática das parcerias público/privada, o seguro garantia é amplamente utilizado tanto para assegurar o cumprimento dos encargos assumidos pelo parceiro privado, quanto o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo ente público, tudo em conformidade com a Lei 11.079/2004¹⁰³.

Paralelamente, com a reforma/atualização da Circular 232/2003 da SUSEP que regulamentava o seguro garantia, surge a figura do Seguro Garantia Judicial.

3.3 Requisitos de Aceitação do Seguro Garantia Judicial

O seguro garantia judicial é aplicado a todos os procedimentos judiciais, não havendo, portanto nenhuma restrição. De 2003 para cá, a legislação vem se modificando para a utilização do Seguro Garantia Judicial tanto é que ele pode ser aplicado.

Em 06/12/2006, foi editada a lei nº 11.382, que altera dispositivos da lei nº 5.869, de 11/01/1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e outros assuntos.

¹⁰¹ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 46. Institui o Código de Processo Civil. “A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. §1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades: [...] 3. Seguro garantia.”

¹⁰² BRASIL, Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

¹⁰³ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Art. 8. Institui o Código de Processo Civil. “As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público.”

E ainda, o parágrafo 2º do art.656 dessa lei diz que: “A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30%(trinta por cento).¹⁰⁴

Em seu artigo na ‘Revista Consultor Jurídico’, o advogado Marco de Albuquerque da Graça e Costa¹⁰⁵ menciona que quando analisamos o processo de execução, devemos sopesar dois valores aparentemente contraditórios:

- (I) O direito de o credor ter o seu crédito, líquido, certo e exigível, satisfeito pelo patrimônio do devedor (artigo 591 do Código de Processo Civil, princípio da responsabilidade patrimonial); e
- (II) O direito de o devedor ser o menos onerado possível com a execução que recairá sobre o seu patrimônio (artigo 620 do Código de Processo Civil, princípio da menor onerosidade).

Continua elucidando como equacionar estes dois princípios é um tema sobre o qual há tempos vêm se debruçando o legislador, a doutrina e a jurisprudência com grande afincamento e perspicácia.

E, somos firmes em afirmar que a aceitação do seguro garantia judicial é um dos modos de se alcançar o tão almejado desiderato.

Destacamos, primeiramente, que, pela dicção do supracitado parágrafo 2º do artigo 656 do Estatuto Processual Civil, afigura-se como opção do executado pleitear a substituição da penhora por fiança ou seguro garantia.

A Circular 232 da SUSEP, item VI, 1¹⁰⁶ define o seguro garantia judicial como sendo:

“[...] o seguro que garante o pagamento do valor correspondente aos depósitos em juízo que o Tomador necessite realizar no trâmite de

¹⁰⁴ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Parágrafo 2º do art. 656. Institui o Código de Processo Civil.

¹⁰⁵ COSTA, Marco de Albuquerque da Graça e. Revista Consultor Jurídico, 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-12/seguro-garantia-judicialinovacao-bem-vinda-bastante-utilizada>> Acesso em: 07 jan. 2015.

¹⁰⁶ “VI. SEGURO-GARANTIA JUDICIAL 1. OBJETO Este seguro garante o pagamento de valor correspondente aos depósitos em juízo que o tomador necessite realizar no trâmite de procedimentos judiciais. A cobertura desta apólice, limitada ao valor da garantia, somente terá efeito depois de transitada em julgado a decisão ou acordo judicial favorável ao segurado, cujo valor da condenação ou da quantia acordada não haja sido paga pelo tomador.”

procedimentos judiciais". Essa modalidade de seguro é uma valiosa proteção que se oferece ao devedor, que por sua vez possui um débito reconhecido, com cobrança em trâmite perante o Poder Judiciário.¹⁰⁷

Em estrita observância a esse quesito, a apólice de seguro garantia em sua grande maioria possui, nas suas Condições Especiais, disposição nos seguintes termos: "Esta apólice poderá ser renovada, por períodos sucessivos, até o término das obrigações assumidas pelo Tomador, desde que haja concordância formal e explícita desta Seguradora e Ressegurador em renová-las, a partir da solicitação do Tomador, com antecedência mínima de 30 dias"¹⁰⁸.

Na mesma linha de raciocínio, importante frisar que a apólice prevê a antecedência mínima de 30 dias para que o Tomador solicite a renovação do Seguro Garantia, ou seja, de modo a trazer uma maior segurança ao Juízo, nada impede que o Tomador se comprometa perante o Juízo a providenciar a renovação da garantia com um prazo maior de antecedência, e que por sua vez atenda aos receios e precauções do Segurado.

Por conseguinte, em que pese a apólice de Seguro Garantia expressar vigência por lapso temporal determinado, tal característica não prejudicará a satisfação de crédito eventualmente reconhecido pelo Juízo Segurado, vez que o permissivo para sucessivas renovações permitirá adequar à vigência da garantia à duração do processo, ainda que seja impossível prever, *a priori*, quando ocorrerá seu desfecho.

O art. 656, do Código de Processo Civil, possui a previsão legal da substituição da penhora pelo Seguro Garantia Judicial, *in verbis*¹⁰⁹:

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora (1): (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I – se não obedecer à ordem legal (2); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II – se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento (3); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

¹⁰⁷ SUSEP, Circular Nº 232, de 3 de Junho de 2013. item VI, 1. 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 disposições.

¹⁰⁸ *ibidem*.

¹⁰⁹ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

III – se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados (4); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV – se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame (5); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V – se incidir sobre bens de baixa liquidez (6); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI – se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem (7); ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII – se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei (8). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º. É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único) (9). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento) (10). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º. O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge (11). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Pela leitura analítica do artigo contido na literatura processual, verifica-se que são os requisitos de aceitação do Seguro Garantia Judicial:

✓ **Requerimento da Parte**

Em linhas gerais, o primeiro requisito que deve ser preenchido é o requerimento da parte.

A necessidade de a parte requerer está prevista no “caput” do art. 656: “a parte poderá requerer a substituição da penhora.” Desta forma, percebe-se que qualquer das partes poderá requerer a substituição da penhora pelo seguro garantia judicial.

✓ **Importância Segurada em 30 Acima do Débito**

O §2º do artigo 656 do Código de processo Civil determina de forma expressa que a garantia represente um valor 30% (trinta por cento) superior ao débito constante na inicial.

Nesse momento, muito embora a regra geral estabeleça que o valor da garantia deverá utilizar como base o débito constante na inicial, a prática nos demonstra que em atendimento ao preceito legal citado, os magistrados tem buscado seu cumprimento e exigido que a garantia represente um valor superior em 30% do débito devidamente corrigido.

Desta forma, tem-se que essa diferença de 30% se justifica e tem como finalidade garantir também os acessórios do processo, tais como honorários advocatícios, custas judiciais, juros e correção monetária, que serão apurados oportunamente no momento da liquidação do débito.

✓ **Idoneidade da Garantia**

O terceiro requisito diz respeito à idoneidade da garantia. Esta deve ser emitida por uma seguradora devidamente autorizada pela SUSEP, com um prazo de vigência compatível com a tramitação do processo judicial ou com previsão de cláusula de renovação da apólice, bem como previsão de que a garantia não perderá o seu efeito, mesmo o Tomador estando inadimplente ao pagamento do prêmio, devendo ainda estar apta a surtir efeitos imediatos assim que a seguradora for acionada pelo poder judiciário para proceder ao depósito.

✓ **Seguradora Aparentemente Regular**

Muito embora esse requisito esteja implícito no CPC, a exigência é que a Companhia Seguradora deve estar em situação administrativa e financeira absolutamente regular, aparentemente solvente e operando regularmente.

A regularidade da Seguradora bem como a autenticidade da apólice emitida pode sempre ser verificada no site da SUSEP.

✓ **Seguro com Vigência Correspondente a Duração do Processo**

As apólices de seguro em geral devem ser emitidas com prazo de vigência determinado, não existindo a possibilidade de ser emitida por prazo indeterminado.

Essa condição deriva da própria natureza da operação, qual seja, de assegurar um risco. Não há como se mensurar o valor de um risco se não se souber o período que se deseja acobertá-lo.

A necessidade de prazo de vigência deriva de lei, contido no artigo 760 do Código Civil, *in verbis*¹¹⁰:

Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.¹¹¹

Assim, importante ressaltar que o fato do segurado ter prazo determinado, não desconstitui a garantia, devendo, obviamente ser renovado de modo a manter a garantia da execução, por ocasião do vencimento do prazo de validade da primeira apólice .

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA COM APÓLICE DE SEGURO GARANTIA NOS TERMOS DO ART. 656, §2 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNECESSIDADE DE CONTRATO COM PRAZO DETERMINADO, BASTANDO A CLÁUSULA DE RENOVAÇÃO. A apólice com prazo determinado garante a dívida não sendo condizente exigir que o contrato tenha prazo indeterminado. Recurso provido. Relator(a): José Luiz Germano Comarca: São José dos Campos Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito público Data do julgamento: 17/01/2012 Data de registro: 17/01/2012 Outros números: 1981322320118260000.

Esse requisito poderá estar previsto nas Condições Especiais da apólice de seguro garantia, como no exemplo abaixo, apresentando os seguintes termos e condições:

Essa apólice poderá ser renovada, por períodos sucessivos, até o término das obrigações assumidas pelo tomador desde que haja a concordância formal explícita desta Seguradora e Ressegurador em renová-la a partir da solicitação do tomador apresentada com antecedência mínima de 30 dias.

¹¹⁰ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

¹¹¹ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Art. 760. Institui o Código de Processo Civil. Referente a insolvência requerida pelo devedor ou pelo seu espólio.

✓ Seguro com Eficácia Independente de Eventual Mora do Tomador

As condições gerais da apólice de seguro garantia, devem prever expressamente que o contrato continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Deste modo, a mora do devedor em nada influencia a garantia estando esta apta a surtir efeitos no momento que for necessário.

Para uma completa análise, é necessário explicitar o contido na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a qual define que em seu art. 5º, que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

✓ Quanto ao Pagamento do Prêmio

De acordo com Maria Helena Diniz¹¹², a ciência jurídica exerce funções relevantes, não só para o estudo do direito, mas também para a aplicação jurídica, viabilizando-o como elemento de controle do comportamento humano ao permitir a flexibilidade interpretativa das normas, autorizada pelo art. 5º da Lei de Introdução, e ao propiciar, por suas criações teóricas, a adequação das normas no momento de sua aplicação.

Assim, ao interpretar a norma, o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico que está vivendo, já que a norma geral em si deixa em aberto várias possibilidades, deixando esta decisão a um ato de produção normativa, sem esquecer que, ao aplicar a norma ao caso concreto, deve fazê-lo atendendo à sua finalidade social e ao bem comum.

Em relação ao fim social, a mesma autora afirma que: “pode se dizer que não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, um propósito ou um motivo prático, que consistem em produzir, na realidade social, determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos, etc.”¹¹³.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹⁴ observa que, os fins sociais são do direito, já que a ordem jurídica como um todo, é um conjunto de normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo dever-se-á encontrar nas normas o seu fim (*telos*¹¹⁵), que não poderá ser antissocial.

Na prática, o intérprete-aplicador deverá, em cada caso *sub judice*¹¹⁶, verificar se a norma atende à finalidade social, devendo ser interpretada inserida no próprio meio social em que está presente, já que imersa nele e conseqüentemente sob constante simbiose com o mesmo, adaptando-a às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação.

Dessa forma, recebendo continuamente vida e inspiração do meio ambiente, a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, estando apta a produzir a maior soma possível de energia jurídica.

No que tange ao bem comum, sua noção é bastante complexa e composta de inúmeros elementos ou fatores. De qualquer forma, são reconhecidos comumente como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação, não resultando o bem comum da simples justaposição destes elementos, mas de sua harmonização face à realidade sociológica.

Não há consonância na doutrina sobre a importância atribuída a esses elementos, mas de qualquer forma entende-se que ao aplicar norma, decidindo o fato, é dever de seu intérprete-aplicador estar atento ao fato de que as exigências do bem comum estejam ligadas ao respeito dos direitos individuais garantidos pela Constituição.

Sendo assim, percebe-se que todo o ato interpretativo deve estar baseado na concreção de determinado valor positivo ou objetivo, objetivo este fundado no bem comum, respeitando assim o indivíduo e a coletividade.

3.4 Obstáculos à Plena Aceitação do Seguro Garantia Judicial e Tratamento Jurisprudencial

¹¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, São Paulo: Atlas, 2007, p.179-181.

¹¹⁵ É uma palavra de origem grega, que significa "meta, alvo, objetivo".

¹¹⁶ Expressão latina que designa alguma coisa que ainda está sob a apreciação judicial. (Sem sentença final).

Parte da jurisprudência pátria ao apresentar negativa à plena aceitação do Seguro Garantia Judicial o faz com base em poucos fundamentos.

Dentre os principais argumentos está o não atendimento a gradação legal contida no artigo 655 do CPC, sendo o primeiro bem da gradação legal o dinheiro, que é a garantia das garantia, eis que com a penhora em dinheiro há a liquidação da sentença.

Ao contrário, segundo apresentam alguns, como podemos verificar no Acórdão referente ao processo 05371-2008-000-01-00-8 do TRT da 1ª Região:

O seguro garantia judicial está submetido ao pagamento do prêmio pelo devedor para validade do negócio jurídico de natureza civil firmado com a seguradora e, portanto, submetido à vontade unilateral da impetrante e, ainda, somente se aperfeiçoará com a emissão da apólice pela seguradora, o que submete a execução a ato de terceiro estranho à lide, e não sendo cumprido, implicaria na continuidade da execução contra o devedor para que este finalmente garanta o juízo, o que certamente importaria uma demora excessiva na satisfação do débito para o credor. (PIMENTEL: 2013)¹¹⁷

O pior revés, entretanto, começa a se configurar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tem formado jurisprudência contrária ao seguro garantia judicial. O respectivo Tribunal Superior tem indeferido pedidos de apresentação de seguro garantia judicial como caução em execuções fiscais, com base no argumento de que o seguro não consta entre as formas de garantia da execução listadas no artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80). Por outro lado, a aceitação do seguro é prevista no CPC, o qual pode ser utilizado subsidiariamente, conforme define expressamente a própria Lei de Execuções Fiscais.

O STJ enfrentou a questão em relação a fiança bancária e prevaleceu o entendimento, por maioria, que o dinheiro ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência e, uma vez penhorado, não haverá substituição de garantia.

Por outro lado, fica aberta a possibilidade, caso haja concordância do credor, aliado a comprovação de que a penhora em dinheiro está onerando demasiadamente a empresa a ponto de comprometer a sua atividade econômica

¹¹⁷ CONSULTOR Jurídico. Interesse do Credor. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-jul-21/ana-cintia-pimentel-dinheiro-melhor-garantia-execucao-trabalhista>> Acesso em 5 jan. 2015.

(onerosidade excessiva). Muito embora, o art. 652 § 2, não faça qualquer menção a concordância do exequente.

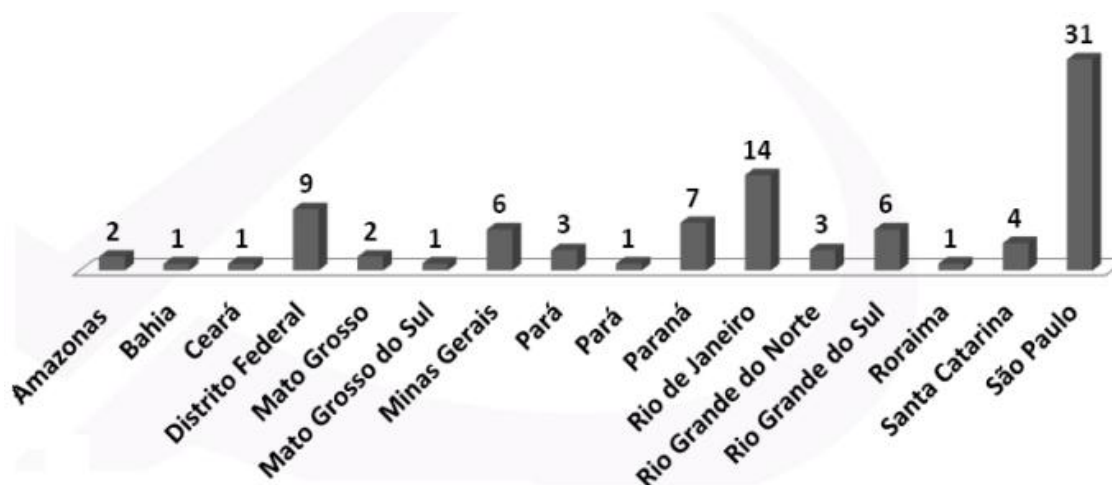
Diante desses obstáculos que ameaçam a aceitação e evolução de uma importante opção para garantia às discussões judiciais, a qual permite um menor impacto negativo nas empresas, existe apenas uma solução definitiva, que é a regulamentação por meio de lei. Felizmente, dois projetos de lei em tramitação, um na Câmara dos Deputados (PL 637/11) e outro no Senado Federal (PLS 244/12), propõem a inclusão do seguro garantia judicial na Lei de Execuções Fiscais. Espera-se agora que estes sejam aprovados na maior celeridade possível e permitam a viabilização dessa relevante opção de garantia.

Em razão dessas vantagens do Seguro Garantia Judicial, os contribuintes têm pretendido a sua utilização como caução também nas execuções fiscais, valendo-se da aplicação supletiva do CPC em casos omissos na lei de execuções fiscais e do que dispõe a portaria 164/14 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que regulamenta o oferecimento e a aceitação do Seguro Garantia Judicial para execução fiscal.

Entretanto, a orientação do STJ (REsp 1394408) firmou-se no sentido de ser inadmissível a utilização do Seguro Garantia Judicial como caução na Execução Fiscal, uma vez que tal modalidade de caução não estava prevista no rol do art. 9º lei de execuções fiscais, o qual permite apenas o depósito em dinheiro, a fiança bancária e a penhora de bens, em garantia da execução.

De acordo com a Figura 4, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, verifica-se a quantidade de aceitação da modalidade caucionatória do Seguro Garantia Judicial tendo por base os processos que correm na Justiça Comum, senão vejamos:

Figura 4 – Justiça Estadual – Seguro Garantia Judicial
Juízes que manifestamente o aceitam – Por Estado



Fonte: Poletto, 2003¹¹⁸

Esse frustrante cenário deverá mudar. Com a publicação da lei 13.043/14, que introduziu uma série de medidas de incentivo à economia e à indústria, foi incluído um dispositivo que altera a lei de execuções fiscais, permitindo o uso do Seguro Garantia Judicial como forma de garantia às execuções fiscais.

Portanto, não deverá mais haver discussão, ao menos no que concerne ao argumento da legalidade, acerca da utilização do Seguro Garantia como meio de garantia das execuções fiscais.

Essa alteração da lei de execuções fiscais traz evidentes benefícios ao contribuinte, como taxas menores comparadas às da fiança bancária e a não redução de sua linha de crédito bancário, e, por outro lado, não fere os interesses da Fazenda Pública, em razão da liquidez e da idoneidade do seguro garantia.

Com efeito, é de se notar que o Seguro Garantia Judicial é oferecido por grandes instituições financeiras, que dispõem de lastro suficiente para amparar esse produto, além de serem resseguradas por robustos grupos internacionais e sofrerem rigoroso controle por parte do órgão regulamentador, no caso, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

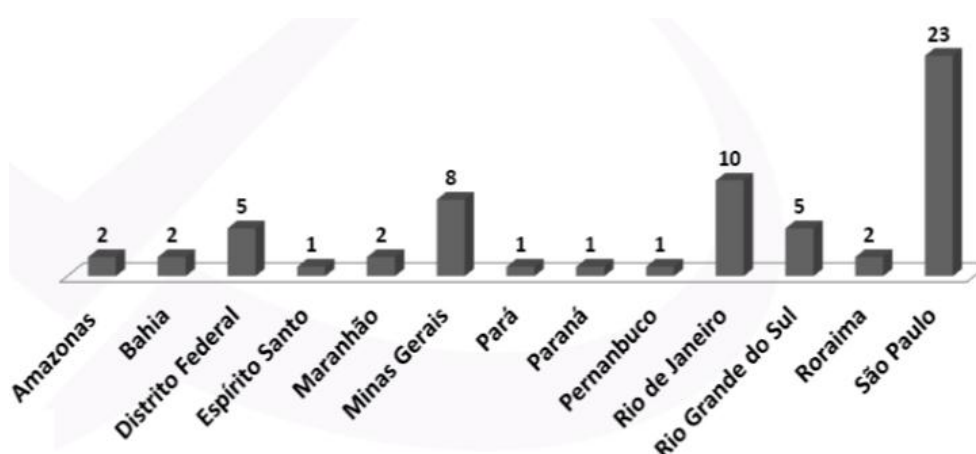
¹¹⁸ POLETTO, Gladimir Adriani, *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. 17ª ed. Paraná: FUNENSEG, 2003.

Nesse aspecto, vale referir que a SUSEP, por meio de Circular, estabelece a obrigatoriedade de renovação da apólice pelo tomador, sendo certo que a Seguradora somente poderá negar a renovação em restritas hipóteses.

Outro importante aspecto sobre os benefícios da utilização do Seguro Garantia Judicial reside no fato de que na fiança bancária o banco assume sozinho o pagamento da quantia em juízo no caso de inadimplemento, enquanto no mercado securitário há mecanismos de pulverização do risco, significando maior segurança da operação se equiparada à fiança bancária.

Já ao se considerar a utilização desta modalidade nas execuções fiscais, é de apontar ainda, que embora haja demanda cada vez mais crescente, ainda não é plenamente aceito pelos juízos, como mostra a Figura 5.

Figura 5 – Justiça Federal – Seguro Garantia Judicial
Juízos que manifestamente o aceitam – Por Estado



Fonte: Poletto, 2003¹¹⁹

Espera-se que, com essa recente alteração legislativa, permitindo o Seguro Garantia Judicial nas execuções fiscais, o STJ admita o amplo uso do seguro garantia como caução à Execução Fiscal, e, sendo essa modalidade a menos

¹¹⁹ POLETTTO, Gladimir Adriani, *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. 17ª ed. Paraná: FUNENSEG, 2003.

gravosa ao devedor, que a jurisprudência de nossos Tribunais evolua no sentido de se permitir, inclusive, a substituição da fiança bancária por Seguro Garantia Judicial.

4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Uma empresa não é uma figura estática de um simples patrimônio. É um organismo vivo, cuja preservação interessa toda a sociedade e não apenas a seus associados, pela reconhecida função social que desempenha na circulação da riqueza e na produção de bens e serviços úteis e necessários a vida em comunidade.

A preservação da função social da empresa é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXIII e art. 170 da Constituição Federal, que prevê que a ordem econômica deverá se pautar na justiça social e na garantia de satisfação de uma vida digna, reduzindo-se as desigualdades sociais.

Em resumo, a função social da empresa é atender, prioritariamente as necessidades básicas das pessoas, garantida a propriedade privada. Assim, a atividade econômica só se legitima e cumpre seu papel quando gera empregos, fomenta a sociedade e garante uma existência digna as pessoas.

A função social da empresa estará cumprida quando seus bens de produção tiverem uma destinação compatível com os interesses da coletividade, realizando a produção e distribuindo esses bens à comunidade, fazendo circular riquezas e gerando empregos. Como a empresa contribui decisivamente para a consolidação de diversos princípios previstos em nossa carta magna, emerge o dever do Estado em viabilizar sua preservação.

O princípio de preservação da empresa ganhou contornos materiais e procedimentais para prosperar, com a sua previsão expressa no art. 47 da LRE, *in verbis*¹²⁰:

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

¹²⁰ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

Basicamente, o dispositivo em questão estabelece o principal objetivo da recuperação judicial da empresa, qual seja: manter a unidade produtora. Evidentemente, disso decorre o estímulo ao exercício das funções empresariais, com vistas à promoção de sua função social, de maneira que o princípio da preservação da empresa assume, assim, uma feição pública de relevante interesse social. Nesse sentido, oportunas são as palavras de Fábio Ulhõa Coelho:

[...] no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste [...]¹²¹

Deste modo, no seu contexto institucional, em que se prestigia a sua função social, a empresa (unidade econômica básica da livre iniciativa, considerada um dos pilares da economia) representa uma fonte geradora de empregos e riquezas.

Importante salientar, como já apontado por Carlos Alberto Farracha de Castro, nem todos os princípios constitucionais estão escritos, como é o caso da segurança jurídica, que assim expôs:

Embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos, como, v.g., o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção à coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), o princípio do Juiz Natural (art. 5º, inc. XXXVII), o livre acesso ao Poder Judiciário (5º, inc. XXXV), o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inc. III, “b”), entre outros.

Da análise sistêmica dos dispositivos citados podemos sentir a preocupação do constituinte em garantir a estabilidade e seguranças jurídicas. Assim, o indivíduo somente estará submetido ao comando da lei, preexistente ao tempo da conduta. Caso este direito seja violado, poderá pleitear junto ao Poder Judiciário a resolução da lide, tendo certeza de que será julgado por um magistrado imparcial e que a sentença, após adquirir os tributos da definitividade e imutabilidade, nos termos da lei processual, terá posto fim à controvérsia que o afligiu.

Nota-se, pois, que todo o sistema jurídico-constitucional será voltado para a realização desse princípio que, embora implícito, se reveste de capital importância para a estrutura do Estado de Direito.¹²²

¹²¹ COELHO, Fábio Ulhõa. Curso de direito comercial. Direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3., 2007, p. 232-233.

¹²² CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

Falar em empresa é falar em propriedade. A empresa enquanto propriedade deverá atender sua função social, isto é, gerar benefícios não só para os seus proprietários ou acionistas, mas sim a toda a coletividade, seja para os trabalhadores, seja para os credores, para os fornecedores, na arrecadação de tributos pelo exercício da atividade econômica. Sendo assim, a Constituição Federal levou em conta a propriedade, considerada em sob o seu aspecto econômico, mas com evidentes reflexos sociais, que abrangem, primordialmente, a empresa, como atividade organizadora que é da propriedade em sua fase dinâmica, nesta reconhecida, como meio de produção. Sob essa perspectiva o Carlos Alberto Farracha de Castro concluiu que o “Legislador Constituinte defende a preservação da empresa, eis que, do modo contrário, não existiria uma função social concreta, desenvolvimento da atividade produtiva e seus efeitos diretos e indiretos na sociedade”.¹²³

O autor ainda ressaltou em seu livro ‘Preservação de Empresas’ que no postulado do estudo da ordem econômica, não está explicitamente previsto o instituto do princípio da preservação, entretanto, quando da análise da ordem econômica e com uma interpretação extensiva, percebe-se, o entendimento da preservação da empresa como princípio constitucional, ainda que não escrito, permite e facilitar o melhor entendimento da ordem econômica nacional, auxiliando na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Cabe anotar, ainda, que o princípio da preservação da empresa não pode ter a sua aplicação restrita tão somente à superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, tal como poderia se concluir da leitura isolada do art. 47 da lei 11.101/05.

Em síntese, para a aplicação do art. 47 da Lei n. 11.101/05, deve-se efetuar uma análise do caso concreto, primando e ponderando a manutenção da unidade produtiva em detrimento dos credores, ou a liquidação imediata, evitando que seu estado de insolvência permaneça indefinido, abalando não só a comunidade

¹²³ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 153.

envolvida, mas também a credibilidade do mercado. Cabe, portanto, ao operador do direito essa análise concreta, versado nos princípios e fundamentos norteadores da ordem econômica, com a análise do princípio constitucional da preservação de empresa, decidindo pela sua manutenção ou liquidação imediata.

Portanto, nota-se que o princípio da preservação da empresa atua como inerente à manutenção da atividade empresarial em momentos de crise econômico-financeira, em processo falimentar ou de recuperação judicial; e outra – associada à ideia de função social da empresa e à capacidade econômica.

4.1 A Preservação Constitucional da Empresa

O princípio da preservação da empresa, conceitualmente, é princípio geral de direito de aplicação prática que tem como objetivo preservar as organizações econômicas produtivas, diante do prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa poderia causar às sociedades empresárias, aos empresários, fornecedores, trabalhadores, consumidores, enfim, à sociedade civil como um todo.

A Constituição Federal não reconhece expressamente o princípio da preservação de empresa, entretanto ao ser analisado o texto constitucional com maior parcimônia verifica-se o seu reconhecimento material, seja através da análise de seus fundamentos, seus objetivos ou até mesmo a finalidade da própria ordem econômica.

Para Gladston Mamede¹²⁴, o princípio da preservação da empresa é corolário do princípio da função social da empresa em que há um interesse público na manutenção e na continuidade das atividades de produção de riquezas – produção e comercialização de bens ou prestação de serviços. Ela não atende apenas aos interesses do empresário individual ou das sociedades empresárias na figura de seus sócios, atende também aos interesses de todos os seus parceiros e colaboradores negociais diretos ou não.

A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas

¹²⁴ MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.v.1, p. 394.

sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional, como é o caso da Falência da Empresa Varig, que repercutiu no âmbito nacional e a recente quebra do mercado imobiliário norte-americano que repercutiu efeitos nocivos à economia global.

Inúmeros são os tipos de crises correlatas às atividades empresarias, perpassam desde uma simples dificuldade financeira, que a princípio se resolve com créditos bancários, por exemplo, chegando-se ao extremo do estado de iliquidez que por ora estudamos. Porém, nosso objetivo neste estudo é justamente a solução e saída da empresa do estado de insolvência tornando-a recuperada e capaz, há que se entender capacidade enquanto sentido figurado como aquele apto a fazer determinada coisa, de arcar com suas obrigações quer creditícias, trabalhistas ou mesmo judiciais.

Quando se está diante de uma garantia de juízo de quantia vultosa, o depósito de numerário acarreta diversos contratempos ao executado, visto que imobiliza, durante um grande período de tempo, um valor que poderia estar sendo utilizado para os fins econômicos e sociais da empresa ou ainda, inviabilizando e até mesmo impossibilitando as suas atividades.

O capital de giro de uma empresa é instrumento essencial à sua saúde financeira. Isto porque, é através dele que a empresa funciona e sobrevive no mundo corporativo. O depósito para garantia o juízo desse capital impede que a empresa exerça suas atividades, acarretando um prejuízo não só para empresa, mas para toda a sociedade que de forma indireta depende dela.

Ora, sob essa perspectiva falar em princípio constitucional não-escrito, não é nenhum absurdo jurídico em si, visto que a própria Constituição Federal, ao tratar dos direitos fundamentais, asseverado por Carlos Alberto Farracha de Castro¹²⁵, em seu art. 5º, §§ 1º e 2º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos e garantias expressas na Constituição não excluem os outros, decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte” , ou seja, a própria Constituição Federal abriu lacuna para princípios que nela já estava implícita, como é o caso em estudo. Da análise do texto constitucional, não muito difícil, se

¹²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 151.

encontra diversos princípios constitucionais não escritos, já ponderado por Paulo BONAVIDES que destacou o próprio princípio da proporcionalidade, extraída da interpretação das normas escritas no art. 5º, V, X e XXV, art. 7º, IV, V e XXI, art. 174 § 1º, onde se observa que “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister conhecê-lo, já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.”

O Princípio de Preservação da Empresa se acentuou com a edição da lei 11.101/2005, quando mudou completamente o enfoque da concepção institucionalistas, ou seja, contratualista, em torno dos interesses da sociedade, marcado pela prevalência da vontade dos sócios, para um interesse geral, com vistas à sua função enquanto garantidora dos meios de produção.

Ou seja, princípio constitucional da preservação da empresa já é largamente aplicado pelo próprio legislador e pelo operador do direito, visto que, na maioria dos casos, a sociedade sofre mais com a liquidação imediata da atividade empresarial do que algum benefício.

Entretanto, como acima ressaltado, este princípio também se aplica quando da liquidação imediata de determinadas empresas, quando é o caso da preservação dos demais que funcionam naquele sistema, sob essa perspectiva Paulo Penalva Santos¹²⁶, esclareceu que nada poderia ser mais nocivo ao interesse público do que a preservação e manutenção das empresas ineficientes, visto que nem mesmo os interesses dos trabalhadores devem prevalecer em detrimento dos interesses dos demais contribuintes que pagam subvenções, e do conjunto da sociedade que sofrem com desenvolvimento daquela atividade empresarial. Ou seja, percebe-se que o instituto da falência propriamente dito, desempenha seu papel social ao tirar de circulação àquelas instituições privadas inescrupulosas e incompetentes, preservando as demais instituições da cadeia produtiva que preservem a manutenção dos empregos, dos interesses dos credores, do recolhimento de tributos e outros, atingindo, portanto, sua função social.

¹²⁶ ANDRADE, Carlos Roberto Fonseca de. *O Direito do Trabalho e a lei de recuperação de empresas*, in SANTOS, Paulo Penalva. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p 75-107.

4.2 O papel da empresa no Direito pós-moderno

Não obstante tantos desafios, as empresas são o alicerce da economia dos países capitalistas. A geração de emprego, tributos e a inovação tecnológica têm como base a atividade empresarial. Ciente dessa realidade, o direito moderno volta-se à proteção dessa fonte geradora de riquezas. Ao lado da proteção ao trabalhador e ao meio ambiente, a empresa passa a ser vista como organismo merecedor da tutela estatal.

Não se pode negar que a função precípua das empresas é gerar lucros, estes, porém, também estão adstritos pelo princípio da função social o que levará à aplicabilidade da preservação da empresa nos momentos difíceis da mesma.

Com efeito, hoje empresários e trabalhadores preocupam-se com o conteúdo dos acordos celebrados, garantindo de um lado produtividade e lucrativa sem ofensa aos direitos sociais, e de outro, estabilidade de emprego, salário justo e benefícios assistenciais, como aposentadoria e planos de saúde, sem prejuízo de outros, sendo que o êxito dessas convenções exige uma cooperação contínua entre todos, indicando, portanto, 'um desejo compartilhado de ir além da competição predatória no local de trabalho' e o desenvolvimento de ambiente de trabalho democrático.¹²⁷

Ana Frazão de Azevedo Lopes¹²⁸, na obra já citada, apresenta algumas conclusões da função social da empresa sobre o controle de poder econômico, que por entenderem-se úteis a presente dissertação e efetivas para a definição do papel da empresa no século XXI, estão reproduzidas na íntegra. Tais sejam:

1 – a livre iniciativa, a função social da empresa e o tratamento ao abuso de poder econômico devem ser examinados e compreendidos a partir do paradigma do Estado democrático de direito, centrado na autonomia, na dignidade e no compromisso de realizar uma ordem justa e solidária (arts. 1º e 3º, I e III) e de assegurar a todos uma vida digna de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, caput);

¹²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 197.

¹²⁸ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p 316.

2 – em um Estado democrático de direito, a simples circunstância de o exercício do poder econômico adequar-se à política econômica ou ser gerador de eficiência não faz com que seja lícito;

3 – o art. 173¹²⁹, § 4º, da Constituição é instrumental e exemplificativo;

4 – a função social da empresa, em seu aspecto negativo, diz respeito à não-utilização excessiva, imoderada ou desproporcional da livre iniciativa empresarial e dos direitos dela decorrentes ou correlatos, análise que deve ser realizada em face da autonomia;

5 – a função social da empresa, em seu aspecto positivo, impõe necessariamente a delicada discussão sobre a existência da distribuição social da riqueza e dos benefícios da atividade econômica, enquanto instrumento de assegurar a todos uma vida digna;

6 – a função social da empresa tem a precípua finalidade de condicionar a atuação da atividade empresarial à justiça social, sem um prévio compromisso determinado, ainda que diga respeito igualmente aos demais objetivos já previstos constitucionalmente, tais como a proteção do consumidor, do pleno emprego e do meio ambiente (CF, art.170);

7 – apesar de todas as dificuldades que envolvem o exame de questões relacionadas à justiça distributiva, é abusivo o exercício do poder econômico que seja contrário ou indiferente ao aspecto distributivo da justiça social e ao projeto de assegurar a todos uma vida digna, pois, nessa hipótese, é certo que a função social da empresa não estará sendo observada;

8 – o respeito à função social da empresa é igualmente importante em se tratando dos atos de concentração, já que o aumento do poder econômico deve ser criteriosamente justificado diante da justiça social, apenas podendo ser considerado lícito aquele ato que, além de não ser excessivo ou desproporcional em face da autonomia, igualmente possibilite, de forma efetiva, uma distribuição de riqueza e de benefícios compatível com a magnitude da operação realizada e com a concentração de poder econômico dela decorrente.

Assevera Kênia Cristina Pontes Maia¹³⁰ que a preocupação jurídica atual pela empresa, definida no Código Civil de 2002 apenas sob o enfoque do empresário¹³¹, deixou de analisá-la como mera reguladora dos comerciantes e dos atos de comércio (Código Comercial de 1850) e passou a atender a atividade, sob a forma de interesses e relações múltiplas, não limitadas apenas aos interesses de seus

¹²⁹ Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] §4º a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

¹³⁰ MAIA, Kênia Cristina Pontes: Princípio da preservação da empresa. fundamento do direito empresarial no código civil de 2002 e na lei 11.101/05. Nova Lima. Dissertação de Mestrado Em direito – PPPG Faculdade de Direito Milton Campos, 2009. p. 66.

¹³¹ Ao qual para absorção dessa qualidade jurídica, nos termos do ordenamento civil vigente, é indispensável ter habitualidade (e, portanto, profissionalismo) e exercer atividade econômica organizada com intuito de produção ou circulação de bens e serviços.

sócios. Daí a importância do estudo e da aplicação do princípio da preservação da empresa como correlato do princípio da função social no século XXI. Pode-se afirmar que o papel da empresa neste século passa pelo viés social da sua atuação e da proteção do Estado para com ela.

Não deve esquecer-se da premissa básica de Peter Drucker¹³² onde “o principal objetivo de uma empresa é gerar um cliente”, porque e através deste que será gerada a receita para honrar seus compromissos com fornecedores e funcionários, tendo por fim gerar lucro para o empresário, ou aos acionistas.

Porém uma empresa não tem papel de apenas atender as necessidades dos clientes e gerar lucro. As empresas desempenham um papel ainda mais importante. Assim como elas recebem influências de seus clientes, buscando identificar quais são as suas necessidades, a fim de atendê-las, as empresas também influenciam a sociedade. Sua influência estende-se a diversos níveis sociais e ambientais. Além da geração de empregos e movimentação de renda, as empresas contribuem para o desenvolvimento social e ambiental do país. As organizações são participantes ativas na sociedade, ou seja, são agentes modificadores da sociedade.¹³³

Logo, um dos aspectos que diferenciam as políticas de gestão empresarial entre tradicionais e contemporâneas é a responsabilidade social empresarial, que via de regra, acaba por gerar maior reconhecimento e lucro, viabilizando ainda mais o negócio, ou seja, a partir da adoção desse tipo de procedimento empresarial, se preserva a imagem, o bom nome da empresa no mercado.

A responsabilidade social empresarial pode ser entendida como um novo tipo de conduta ética e cidadã, adotada pelas empresas nas suas redes de relações, englobando, portanto, todo o universo de consumidores, fornecedores, funcionários, distribuidores, sócios e a comunidade em que está inserida ou que exerça alguma forma de influência. Tal conduta, congloba também ações e metas que interagem com o governo e o meio ambiente.

Assim, a ideia de responsabilidade social empresarial foi estabelecida a partir de conceitos ligados à ética, à cidadania e à vida em sociedade.

¹³² DRUCKER, Peter F. *Introdução à Administração*. São Paulo: Pioneira, 1977. p. 53

¹³³ HALL, H. Richard. *Organizações, estruturas, processos e resultados*. 8 ed. SP. Pearson, 2009. p. 16.

Estabelecer conceitos precisos do que venha a ser ética e cidadania é uma tarefa um tanto difícil, pois variam de acordo com o tempo, o espaço e a cultura em que está inserida determinada comunidade. Todavia, para se ter uma breve noção, a palavra ética (*ethos*), etimologicamente, é a junção de dois vocábulos gregos cujos significados se referem à morada do homem e do animal, dando o sentido de abrigo protetor, aonde, o homem encontra um estilo de vida e de ação no espaço do mundo, gerando a construção do costume, do hábito.

Já a cidadania é um processo pelo qual se efetiva o conhecimento e os direitos humanos, através da educação, uma vez que hoje, tem-se muito claro que a cidadania ultrapassa a construção meramente política. Prova disso, é que ninguém nasce cidadão, mas se torna cidadão, em virtude da educação recebida, moldando a inclinação dos homens à vida social. Pode-se dizer que um comportamento cidadão advém do comportamento ético: respeitar o próximo, seja ele quem for, respeitar a vida, seja ela humana ou não, etc.

Em suma, a empresa que é socialmente responsável vai além da sua pura obrigação. Adota posturas explícitas decorrentes da própria consistência e maturidade das condutas éticas previamente adotadas pela organização, o que faz a empresa cumprir seu novo papel: o da responsabilidade social empresarial.

4.3 Princípio da Preservação da Empresa no Direito Falimentar

O sistema recuperacional/falimentar apresenta como todos os demais, os princípios que os regem, sendo, portanto necessária uma primeira apresentação daqueles que são os objetivos maiores do legislador. A definição que nos agrada é a de Humberto Ávila em seu livro 'Teoria dos Princípios', da definição à aplicação dos princípios jurídicos, explicitando que por princípios entende-se como normas finalística, ligadas intrinsecamente à finalidade de seu cumprimento¹³⁴.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Ed., Revista. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70). "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda um a avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Os princípios estabelecem um fim a ser atingido, uma orientação prática."

Ressalta-se, porém, que os princípios não devem ser considerados por si só como autônomos e aplicáveis isoladamente, mas sim, enquanto um complementares e estabelecadores de relação de equilíbrio.

Havendo que se analisar a importância daquela empresa ou sociedade empresária para a coletividade. Significa dizer que a atividade econômica deva ser imponente e representar ganho a toda sociedade.

Tal princípio está explícito na lei de recuperação em seu art. 47. O preceito normativo apresenta a real intenção do legislador, superar o estado de crise da empresa, evitando, por conseguinte, a extinção da atividade empresarial e posterior exclusão de postos de trabalho.

Por fim, tem-se que deva haver a preocupação do juízo em conceder a recuperação apenas das empresas que se verifique economicamente viável, em contrapartida às que não forem consideradas recuperáveis, que se proceda com a decretação de falência por última medida.

Neste sentido, o Fábio Ulhôa Coelho, expressa sua indignação ao modelo recuperacional brasileiro, temendo que se torne uma “indústria da recuperação judicial”.¹³⁵

Como pressupostos de viabilidade da atividade econômica o plano de recuperação a ser apresentado pela empresa ou sociedade empresária terá que atender ao requisito de concretização com êxito do plano de recuperação apresentado, fazendo-se valer da verificação dos fatores internos da empresa em crise, tal como nível de endividamento, faturamento anual, ativo e passivo, tempo de constituição, entre outros, bem como fatores externos da empresa tais como relevância da atividade desenvolvida pela empresa.

O princípio de viabilidade da empresa não é aquele que considera toda e qualquer, indiscriminadamente Deve-se atentar àquelas que são economicamente produtivas e passíveis de importância social, em caso contrário, aquelas que apresentaram sempre déficit ou que não seja recuperável, nada mais justo que sejam desprezadas.

Não obstante tantos desafios, as empresas são o alicerce da economia dos países capitalistas. A geração de emprego, tributos e a inovação tecnológica têm

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. Direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3., 2007, p. 235.

como base a atividade empresarial. Ciente dessa realidade, o direito moderno volta-se à proteção dessa fonte geradora de riquezas. Ao lado da proteção ao trabalhador e ao meio ambiente, a empresa passa a ser vista como organismo merecedor da tutela estatal.

O antigo Decreto-Lei 7.661/45 em seu artigo 1º fazia referência apenas e tão-somente à comprovação da impontualidade do devedor comerciante como requisito para a decretação da falência. Não havia qualquer menção explícita ao objetivo que deveria guiar o credor quando da propositura da ação falimentar. Tal situação motivava a busca desenfreada do processo falimentar, inclusive para a cobrança de valores de pequena monta, em detrimento dos meios judiciais executivos. Em tais situações, materializava-se, quase sempre, o abuso de direito e a afronta ao princípio da preservação da empresa.

A Lei 11.101/05, Lei de Falências, em seu art. 94, I preceitua:
Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência [...].

Consagra-se nesse artigo o denominado princípio da preservação da empresa. Para Pacheco Silva¹³⁶, intensificou-se os estudos sob o enfoque do princípio: seria assegurar a *par conditio creditorum*¹³⁷ ou seria obter o saneamento do sistema empresarial? As concepções contemporâneas dão realce ao saneamento do sistema empresarial.

De fato, o princípio tem como objetivo principal a manutenção da atividade produtiva no interesse de empregados, governos e dos próprios credores.

O princípio da preservação da empresa tem como objetivo principal proteger a atividade empresarial. Não se busca a proteção no interesse exclusivo do empresário, mas antes e acima de tudo, no interesse da sociedade.

Tal situação, a supremacia do interesse particular sobre o social, firmado na possibilidade de falência e conseqüente cessação das atividades empresariais, conduzia, não raramente, a própria impossibilidade de recebimento dos créditos por

¹³⁶ SILVA, Pacheco. Processo de Falência e Concordata. Rio de Janeiro: p. 18, Saraiva, 1996.

¹³⁷ Expressão do latim utilizada para designar o tratamento igualitário em relação a todos os credores de mesma categoria, podendo ser traduzida como “paridade de condições dos créditos”.

parte do credor. Por vezes, a nocividade do decreto falimentar alcançava a todos aqueles que mantinham algum tipo de relação comercial com o falido.

No passado, tal supremacia, do particular sobre o social, era vista com maus olhos, percebia-se que a sociedade empresária era gerador de lucros e somente. Decretava-se a insolvência para se buscar o adimplemento das obrigações do falido que, por seu turno, sem poder exercer sua atividade, sequer tinha condições de saldar seus débitos.

Entretanto, a antiga lei de falência foi revogada pela Lei 11.101/2005, a qual incorporou ao ordenamento jurídico princípios orientados para a preservação da atividade produtiva da empresa.

O procedimento falimentar foi agraciado com novos contornos. Atualmente exige-se para o pedido falimentar, que a inadimplência implique em crédito cuja soma ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários-mínimos.

A nova lei de falências revela a preocupação social com a manutenção das empresas em dificuldades e antes as consequências decorrentes da cessação da atividade produtiva, prejudicando, não raramente, mais o credor que o próprio empresário.

Extremamente oportunas as considerações do mestre italiano Cesare Vivante, citadas por Celso Marcelo de Oliveira, na obra 'Comentários à Nova Lei de Falência':

Antes da nova lei, sucedia frequentemente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência a pequenos estabelecimentos condenados à impotência da sua originária miséria, obrigados a sucumbir a débitos cuja totalidade não excede a uns milhares de liras.

O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais tiravam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido; um pobre desgraçado atormentado com o processo de bancarrota por não ter escriturado regularmente os livros prescritos, que muitas vezes não eram necessários ao giro do seu estabelecimento. A nova lei procura impedir estes tristes resultados na sua segunda parte, que regula a liquidação coletiva das pequenas empresas [...].

O processo a seguir é simples e econômico. O comerciante, que não seja devedor da importância superior àquela cifra, dirige-se ao Presidente do tribunal para que mande convocar os seus credores; e o Presidente em seguida a este pedido – que produz quanto ao patrimônio do devedor o mesmo efeito que o requerimento de uma concordata preventiva nomeia um

comissário judicial, que exerce as suas funções sob a direção do Pretor em que o recorrente exerce o seu comércio.¹³⁸

Ciente dessa situação, a Lei. 11.101/2005 representou sensível evolução e consolidação do princípio da preservação da empresa.

Nesse contexto, é ampla a aceitação do princípio da preservação da empresa nos mais recentes julgados do STJ, tanto para a falência como para a recuperação judicial. No entanto, é de se ressaltar que se sua aceitação é pacífica, a sua aplicação não é irrestrita, devendo se amoldar ao disposto no artigo 94 da Lei 11.101/2005, sobretudo em seu inciso I. Significa dizer que o critério objetivo, ou seja, o quantum da obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados serve como delineador da amplitude da aplicação do referido princípio. Evita-se por um lado que a ação falimentar seja utilizada como substitutivo da ação executiva e que por outra, sirva para premiar os empresários descumpridores de suas obrigações. Com base nesse princípio – da preservação da empresa – obsta o STJ seja decretada a quebra de uma empresa fundamentada exclusivamente na impontualidade na quitação de débitos de pequeno valor.

Mais ainda, o STJ tem entendido que o princípio da preservação da empresa era princípio, mesmo que implícito, do Decreto-Lei 7.661/45.

Também, com apoio no princípio, tem-se entendido que, durante o processo de recuperação judicial, as execuções individuais devem ser suspensas, sob pena de se inviabilizar o plano de recuperação. Assim, somente deve ser liquidada a empresa inviável, que não comporta uma eficiente reestruturação.

Não se deve ignorar que o atual ordenamento jurídico, preocupado com a manutenção das empresas em dificuldades e ante às consequências que decorrem do encerramento das atividades produtivas, impôs um piso mínimo para o montante das obrigações que devem embasar o pedido de falência. A jurisprudência do STJ ao prestigiar a aplicação do princípio da preservação da empresa, prioriza o interesse público residente na manutenção das atividades empresariais.

¹³⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo, Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, p. 189

4.4 Análise do artigo 94 da Lei 11.101/2005

O estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência econômica ou insolvabilidade. O devedor nesse estado encontra-se sujeito à execução concursal de seu patrimônio, como imperativo da *par conditio creditorum*¹³⁹. Se é ele empresário individual ou uma sociedade empresária, a execução é a falência.

Fábio Ulhôa Coelho¹⁴⁰ ainda assevera que um dos objetivos da reforma da lei falimentar de 2005 foi a de desmotivar o uso do pedido de falência como mero instrumento de cobrança de obrigação líquida. Este objetivo se intentou mediante o estabelecimento de um valor mínimo par ao crédito inadimplido que legitima o credor ao pedido, com base na impontualidade injustificada. Vejamos os ditames do art. 94 da Lei de Recuperação e Falência, *in verbis*¹⁴¹:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

¹³⁹ Expressão do latim utilizada para designar o tratamento igualitário em relação a todos os credores de mesma categoria, podendo ser traduzida como “paridade de condições dos créditos”.

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. Direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3., 2007, p. 237.

¹⁴¹ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa “nestes termos” ou “nestas palavras”.

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

Podemos, assim, agrupar as hipóteses de decretação de falência em 3 (três) grandes grupos, quais sejam:

✓ **Impontualidade (art. 94, I)**

O inciso I do artigo 94 da Lei 11.101/05 é claro ao determinar que será decretada a falência do devedor que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência”.

A fixação do valor superior a 40 salários mínimos para justificar o pedido de falência se faz em razão de que, pelo regime anterior (do DL 7.661/45), era usual a utilização do pedido de falência para “cobrança” de títulos executivos de valor diminuto, tão somente com o objetivo de se obter um resultado mais rápido da execução desse título. É verdade que muitos Juízes e Tribunais já entendiam pela necessidade de inadimplemento de quantia vultosa para ensejar pedido de falência

do devedor. Tratava-se de uma construção jurisprudencial que, em realidade, não encontrava apoio na legislação então vigente, que não fixava um valor mínimo do valor inadimplido para fins de pedido de falência do devedor.

Assim, apoiando-se nesse entendimento jurisprudencial, o legislador do novo regime entendeu por bem fixar um *quantum*¹⁴² mínimo do título inadimplido para o fim de ensejar o pedido de falência.

Portanto, se sou credor de empresário ou sociedade empresária através de título executivo¹⁴³ de valor inferior ou igual a 40 salários mínimos, sou obrigado a propor ação de execução para que, caso o devedor, na ação de execução, não deposite o valor ou nomeie bens à penhora no prazo legal, possa eu pleitear a falência com base no artigo 94, II, da Nova Lei.

Agora, se sou titular de vários títulos de crédito que, individualmente, não ultrapassam o valor de 40 salários mínimos, mas, em conjunto, ultrapassam esse valor, posso perfeitamente pleitear a falência do devedor.

¹⁴² Do Latim, significa quantidade determinada, proporção de uma grandeza em uma divisão, um conjunto.

¹⁴³ Quanto ao conceito de título executivo, Humberto Theodoro Júnior afirma que não há consenso doutrinário sobre o conceito e a natureza do título executivo, sendo que para Liebman, o título executivo é um elemento constitutivo da ação de execução forçada, para Carnelutti, é a prova legal do crédito; para Furno e Couture, é o pressuposto da execução forçada.

Arriscamos o seguinte conceito: título executivo é o documento produzido por órgão jurisdicional (decisão judicial transitada em julgado) ou extrajudicialmente (como os títulos de crédito), que tem como função: autorizar a execução, definir o fim da execução e fixar limites à execução.

Vale transcrição dos artigos 583 a 585 do CPC:

“Art. 583. Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

“Art. 584. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença condenatória proferida no processo civil;
 II- a sentença penal condenatória transitada em julgado;
 III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;
 IV – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;
 V- o formal e a certidão de partilha.”

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
 II- a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referenciado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;
 III – os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;”
 IV- o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como o encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito;
 V- o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;
 VI- a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
 VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

Também, o artigo 94, § 1º, da lei 11.101/05 permite que vários credores se reúnam em litisconsórcio ativo para, somando os valores de seus respectivos títulos executivos contra o devedor, perfaçam o valor mínimo previsto pelo inciso I do artigo 94 para o pleito de falência, onde diz que “credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do **caput** deste artigo”.

O título executivo, para que seja instrumento de pedido de falência na forma do artigo 94, I, da Nova Lei deve ser “protestado”. Trata-se de condição *sine qua non*¹⁴⁴ para que tais títulos sirvam de instrumento de pedido de falência.

Conforme determina o § 3º do artigo 94 da Nova Lei, caso o pedido de falência seja formulado com base na impontualidade prevista no inciso I do mesmo artigo, a petição inicial deverá ser instruída com os respectivos títulos executivos (no original ou em cópias autenticadas se estiverem anexados em outro processo – art. 9º da Lei 11.101/05) acompanhados dos respectivos instrumentos de protesto.

Em suma, a impontualidade, para servir de fundamentação para pedido de falência de devedor empresário ou sociedade empresária, deve conter os seguintes requisitos cumulativos:

- Existência de título executivo;
- Falta de pagamento no vencimento;
- Inexistência de razão juridicamente escusável para o não pagamento;
- Ser a prestação inadimplida de valor superior a 40 salários mínimos;
- Estar(em) o(s) título(s) devidamente protestado(s)
- Frustração de execução (art. 94, inciso II)

O artigo 94, no seu inciso II, determina que gera presunção de falência a situação de fato em que o devedor (empresário ou sociedade empresária) é “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”.

¹⁴⁴ É uma expressão que originou-se do termo legal em latim que pode ser traduzido como “sem a/o qual não pode ser”. Refere-se a uma ação cuja condição ou ingrediente é indispensável e essencial.

Da leitura do inciso II do artigo 94 da LRE extrai-se que a execução deve ser “por qualquer quantia líquida”, isto é, deve se tratar de uma execução por quantia certa contra devedor solvente.

O procedimento da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente é, simplificadamente, o seguinte: apresentada a petição inicial devidamente formulada com o preenchimento de todos os requisitos legais, o Juiz determina a citação do Executado (devedor) para que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pague o valor executado ou nomeie bens à penhora.

Assim, caso num processo de execução ocorra a situação de, citado o devedor (que seja agente econômico que se enquadre no artigo 1º da Lei 11.101/05) e não pagando ou nomeando bens à penhora, temos a hipótese constante do inciso II do artigo 94 da LRE.

Primeiramente, deve-se destacar que, para efeito de ocorrência da hipótese de presunção de falência constante do inciso II do artigo 94 da LRE, não há “valor mínimo” como ocorre na hipótese do artigo 94, I, da LRE.

Assim, independentemente do valor da execução, caso ocorra a situação de, citado o devedor (que seja agente econômico que se enquadre no artigo 1º da Lei 11.101/05) e não pagando ou nomeando bens à penhora, temos a hipótese constante do inciso II do artigo 94 da LRE.

Na forma do § 4º da LRE, a petição inicial de pedido de falência fundamentada no artigo 94, inciso II, da LRE deve estar instruída com “certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”.

Ressalte-se que não há qualquer exigência de protesto da referida “certidão”. A certidão se basta para efeito de comprovar a ocorrência concreta da hipótese do artigo 94, inciso II, da LRE.

✓ **Indícios legais (art. 94, inciso III)**

Além das hipóteses de impontualidade e de execução frustrada, o artigo 94 da LRE, no seu inciso III, também apresenta rol de descrições abstratas de comportamentos que, uma vez ocorridos no mundo concreto (na realidade) gera a

presunção da prática de ato que revela grave depressão patrimonial, suscetível de colocar em risco os direitos dos trabalhadores.

Não é raro suceder que os administradores de sociedades empresárias e até mesmo empresários, premidos por insuportáveis pressões obrigacionais (grande quantidade de dívidas), resolvam cometer atos dissipatórios do patrimônio social (atos que objetivam dissolver o patrimônio da empresa, transformando-os, o mais rápido possível, em dinheiro).

Outras vezes, convictos de sua insuficiência patrimonial em relação ao montante do passivo (situação em que o passivo é maior que o ativo), relegam ao abandono o estabelecimento empresarial, refugiando-se na clandestinidade, no sentido de evitar os reclamos dos credores. Em outras ocasiões, ainda, tentando satisfazer a uma ou a algumas dívidas de exigibilidade imediata, são levados a lançar mão de expedientes civilmente ilícitos (às vezes, até ilícitos penais), a fim de se esquivar de um eventual pedido de falência.

São esses os comportamentos que foram incorporados pelo inciso II do artigo 94 da LRE, sendo que passamos a analisar detalhadamente cada um deles:

A “liquidação desordenada” é a alienação precipitada e sem critérios do ativo a preços descompensadores. O que a lei pretende caracterizar a transcrita alínea “a” é a venda do estoque a preços aviltantes, abaixo do custo, no intuito de “fazer dinheiro” rapidamente, ante a perspectiva de um desfecho falitário.

Advirta-se que a episódica dispersão de bens do ativo para pagar débitos emergenciais, mas, restando o agente econômico com recursos suficientes para negociar normalmente não serve para tipificar a hipótese da alínea “a” do inciso III do artigo 94 da LRE.

Já os “meios fraudulentos” traduzem-se em atitudes ilícitas do empresário, utilizando-se de artifícios destinados a conseguir dinheiro e, às vezes, mercadorias.

Advirta-se que a episódica dispersão de bens do ativo para pagar débitos emergenciais, mas, restando o agente econômico com recursos suficientes para negociar normalmente não serve para tipificar a hipótese da alínea “a” do inciso III do artigo 94 da LRE.

Já os “meios fraudulentos” traduzem-se em atitudes ilícitas do empresário, utilizando-se de artifícios destinados a conseguir dinheiro e, às vezes, mercadorias.

b) Negócio simulado ou alienação do ativo

Partimos da redação da alínea “b” do inciso III do artigo 94 da LRE que diz: “realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não”.

O “negócio simulado” é o que apresenta aparência diversa do realmente pretendido pelas partes. É negócio disfarçado, simulacro e negócio. Em outras palavras, as partes fingem um negócio, pretextam contratar, quando na verdade há mera fuga de bens do ativo para terceiros, credores ou não. Assim, o empresário lança mão de práticas fictícias para atender ou deixar de cumprir suas obrigações.

A conduta descrita no texto legal sob análise comporta os seguintes comportamentos:

- a simulação de negócio com credor;
- a simulação de negócio com terceiro não credor;
- a alienação total do ativo a credor;
- a alienação total do ativo a terceiro não credor;
- a alienação parcial do ativo a credor; ou
- a alienação parcial do ativo a terceiro não credor.

Os atos descritos devem ter um fim, que é retardar pagamentos ou fraudar credores. Assim, tanto a simulação de negócio, quanto a alienação total ou parcial do ativo devem, para fins de se enquadrarem como presunção de estado falimentar, ter como fim “retardar pagamentos ou fraudar credores”.¹⁴⁵

A lei, para a configuração de presunção de estado falimentar, não exige que os comportamentos acima descritos se consumem. A mera tentativa, uma vez revelado o objetivo de desviar, sonegar ou esconder bens em proveito próprio ou de terceiro, já cumpre o conteúdo do texto legal em exame.

Quanto ao ônus de provar a real ocorrência de qualquer dos comportamentos acima expostos, incumbe ao Credor fazer a prova da simulação ou da tentativa de simulação, sem a qual o pedido de liquidação, por esse motivo, não pode prosperar.

¹⁴⁵ BRASIL, Lei No 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. Art. 94, inciso III, alínea b. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Trata-se da aplicação do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, que diz: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Consta da alínea “c” do inciso III do artigo 94 da LRE: “transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo”.

A redação acima não comporta dificuldade interpretativa. O comportamento do devedor (que se enquadra entre aqueles passíveis de falência, conforme artigo 1º da LRE) de transferir estabelecimento a terceira pessoa, sem o consentimento expresso ou tácito de todos os credores, e sem manter patrimônio suficiente para a solvência de suas dívidas gera presunção de estado falimentar.

Trata-se a transferência descrita na alínea em estudo do “trespasse” ou alienação de estabelecimento empresarial (lembrando-se que o estabelecimento empresarial é o conjunto de todos os bens, materiais e imateriais, utilizados pelo empresário ou sociedade empresária, para o exercício da sua atividade econômica) do instituto previsto nos artigos 1.143 do Código Civil, que somente é eficaz, caso preenchidos todos os requisitos dos artigos 1.144 e 1.145 do Código Civil, *in verbis*¹⁴⁶:

Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30(trinta) dias a partir de sua notificação.

Portanto, a alienação, total ou parcial, de estabelecimento empresarial, sem o cumprimento de todos os requisitos do artigo 1145/CC, além de gerar a ineficácia em relação a terceiro da alienação realizada, também ensejará pedido de falência do Empresário ou Sociedade Empresária alienante.

¹⁴⁶ É uma expressão em latim usada no contexto jurídico que significa "nestes termos" ou "nestas palavras".

A alínea “d” do inciso III do artigo 94 da LRE prevê como hipótese de presunção de falência quando o empresário ou sociedade empresária, onde diz: “simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou fiscalização ou para prejudicar credor”.

A “transferência” de que trata o dispositivo legal em estudo não é a transferência patrimonial (alienação) do estabelecimento empresarial (vez que tal conduta já se encontra normatizada na alínea “c” do mesmo artigo 94), mas, sim, a simulação de mudança de endereço de seu principal estabelecimento.

Não podemos esquecer que, conforme artigo 3º da LRE, a competência para a apreciação de pedido de recuperação judicial ou de recuperação judicial e o pedido de falência é do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

A simulação de transferência do estabelecimento principal para ensejar presunção de falência deve objetivar a burla da legislação ou da fiscalização ou prejudicar credores.

Na alínea “e” do inciso III do artigo 94 da LRE consta como presunção de estado falimentar o ato do devedor que “dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo”.

Efetivamente, a concessão de garantia real ou o reforço dessa garantia feita pelo empresário a um ou mais de seus credores, em detrimento dos demais, sem manter bens suficientes, evidencia sintoma de insolvência pela diminuição do patrimônio que garante a solução de seus débitos.

A razão de ser dessa alínea é assegurar a observância do princípio da *par conditio creditorum*¹⁴⁷, desprezado, no caso, pelo injustificado favorecimento. A outorga de garantia real, nessas circunstâncias é discriminatória.

Sobre os direitos reais de garantia, lembramos que o código civil, nos seus artigos 1.419 a 1.510, trata desses institutos. São espécies de direitos reais de garantia: o penhor, a hipoteca e a anticrese.

¹⁴⁷ Expressão do latim utilizada para designar o tratamento igualitário em relação a todos os credores de mesma categoria, podendo ser traduzida como “paridade de condições dos créditos”.

Por penhor entendesse a transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.

A hipoteca é direito real sobre bem imóvel, ficando o bem gravado com o ônus da hipoteca, que garante a execução da obrigação pactuada.

A anticrese é o direito real que se constitui através da entrega de imóvel ao credor, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e os rendimentos.

Consta da alínea “f” do inciso III do artigo 94 da LRE que é causa de presunção de falência:

f) ausentar-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento

São três os comportamentos tipificados na alínea em comentário:

- (I) a ausência do titular da empresa;
- (II) o abandono do estabelecimento; e
- (III) a tentativa de ocultação.

A ausência irresponsável do empresário ou do administrador da sociedade empresária pode representar a acefalia da empresa, se inexistir quem responda pelos encargos do negócio e tenha bens suficientes para pagar os credores.

A ocultação corresponde à fuga, ao fato de o empresário devedor ou administrador responsável pela empresa esconder-se, evitando, com tal atitude, os credores.

O abandono do estabelecimento é traduzido como o fechamento ou paralisação das atividades.

Extrai-se da alínea “g” do inciso III do artigo 94 da LRE que o não cumprimento, dentro do prazo estabelecido no plano de recuperação, de obrigação prevista no citado plano é causa de presunção de estado falimentar.

Conforme § 5º do artigo 94 da LRE, o pedido de falência fundamentado numa das hipóteses do inciso III do artigo 94 deverá:

- (I) descrever os fatos que a caracterizam;
- (II) juntar as provas que houver; e
- (III) especificar as provas que pretende produzir.

4.6 Princípio da preservação da empresa e a proteção ao credor

A situação de insolvência da empresa ou sociedade empresária visa justamente à satisfação dos credores. A manutenção da empresa é, muitas vezes, vantajosa para suprir tal necessidade, por exemplo, temos por certo que se esta empresa pode ser recuperada significa que haverá possibilidade de arcar com seu passivo.

O interesse dos credores é um dos mais, senão o mais, importante a ser considerado pelo Direito Empresarial, é frequentemente por este motivo fora objeto de explicitação por parte do legislador ao editar a LRE. Para o Waldo Fazzio Junior¹⁴⁸ em seu livro 'Nova Lei de Falência Recuperação de Empresas' aborda a pretensão legítima do credor é de fundamental importância no processo de recuperação.

A prevalência do interesse dos credores não deve ser considerada apenas no sentido genérico, enquanto detentores de direitos creditórios, mas sim em sentido relativo à recuperação, tendo por base que a atividade da empresa é de fundamental importância social e econômica para a coletividade, o que neste sentido equipara-se ao princípio de Administração Pública de prevalência do interesse da coletividade em detrimento ao particular, considerado nesse caso o credor¹⁴⁹.

Inúmeros são os tipos de crises correlatas às atividades empresárias, perpassam desde uma simples dificuldade financeira, que a princípio se resolve com

¹⁴⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Nova lei de falência e recuperação de empresas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97-81.

¹⁴⁹ *ibidem*

créditos bancários, por exemplo, chegando-se ao extremo do estado de iliquidez que por ora estudamos. Porém, nosso objetivo neste estudo é justamente a solução e saída da empresa do estado de insolvência tornando-a recuperada e capaz, há que se entender capacidade enquanto sentido figurado como aquele apto a fazer determinada coisa, de arcar com suas obrigações quer creditícias, trabalhistas ou mesmo judiciais.

Tal princípio¹⁵⁰ decorre da viabilidade da empresa, conforme já explanado é demonstrado que se encontra positivado no art. 47, da LRE, como objetivo da recuperação judicial a superação do estado de crise. A LRE reconhece como fundamental a importância dos postos de trabalho e, por conseguinte, a sua fonte geradora, qual seja a empresa ou sociedade empresária. O autor Marcelo Tourinho em seu artigo intitulado, 'Impacto Social da Crise da Empresa'¹⁵¹, publicado como preparação para o Congresso de Direito Comercial em São Paulo, explica que a manutenção da empresa é algo fundamental ao trabalhador, mas não somente ele é o relacionado diretamente, serão, também, o poder público, que terá mantida sua arrecadação de impostos, e a economia local, por não ter reduzido os postos de trabalho, bem como será mantida a oferta de insumos produzidos pela empresa recuperada.

Em atenção a estes princípios, Fábio Ulhôa Coelho afirma que a recuperação judicial não pode significar a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa, mas sim, objetivar e garantir o regular funcionamento das estruturas do livre mercado, concluindo que “o papel do Estado-

¹⁵⁰ “O objetivo econômico da recuperação da preservação da empresa deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular. O regime jurídico de insolvência não deve ficar preso ao maniqueísmo privado que se revela no embate entre a pretensão dos credores e o interesse do devedor. A empresa não é mero elemento de propriedade privada. Na crise econômica de uma empresa, sofre o próprio devedor, sofrem os credores e sofre a sociedade.”

¹⁵¹ TOURINHO, Marcelo. Impacto Social da Crise da Empresa. In: CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL, 2011. São Paulo. Anais... São Paulo: USP. 2011, p. 60. “A superação da crise da empresa deve resultar de uma ‘solução de mercado’, ou seja, pessoas devem se dispor a investir na empresa porque a veem como uma oportunidade de ganhar dinheiro, do contrário será melhor a falência. As soluções de mercado jamais devem ser substituídas pelo judiciário. Se a vida empresarial é complexa a ponto de fazer com que empresários – inclusive os especializados, dedicados, e conscientes do risco incorrido pelo capital investido – quebrem, tanto mais ficará se as decisões negociais passarem a ser dirigidas por juízes, que naturalmente não têm como dominar todos os mecanismos que ditam o funcionamento cotidiano dos diversos tipos de atividades empresariais.”

juiz deve ser apenas o de afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado”.¹⁵²

Esta preocupação da manutenção da empresa dada pela nova legislação veio a dar efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, disposto no artigo 170 da Constituição, notadamente porque valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa atinja a sua função social.

Não se pode negar que as empresas guardam grande interesse social, como polo produtivo de fomento da economia, já que através delas se consegue distribuir bens e serviços, atendendo à demanda de consumo interno e também para que se fomente o mercado internacional, através das exportações, gerando ao final saldo favorável na balança de pagamentos, essencial para economia do país.

Não se pode esquecer, também, o exercício da atividade comercial gera uma reação em cadeia produtora de riqueza, já que movimenta e economia, gerando empregos direta e indiretamente.

E os trabalhadores, por sua vez, vendo mantidos seus empregos, funcionam também como mola propulsora da economia, já que “ninguém é apenas trabalhador, e essa talvez seja uma das perspectivas de análise da preservação da empresa, visto que esse indivíduo também gera riquezas ao adquirir bens ou serviços e, conseqüentemente, gera arrecadação de tributos”.¹⁵³

Por fim, mas não menos importante, em relação à proteção dos interesses dos credores, que também é um dos objetivos da lei de recuperações, e expresso no art. 47 da Lei, pode-se afirmar que através de instrumentos legais a eles foi outorgado o poder de decidir sobre o destino da Recuperação Judicial, competindo à Assembleia Geral de Credores a votação sobre a aprovação do plano de recuperação judicial.

Um dos princípios informativos do novo diploma foi o de ampliar a participação dos credores no processo de recuperação judicial, reduzindo drasticamente a interferência do juízo. Daí porque o próprio deferimento da recuperação judicial é resultante da aprovação, pelos credores, do plano apresentado pelo devedor (art. 45), deixando-se ao juiz a faculdade de deferimento

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial: Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

¹⁵³ PERIN JR, Ecio. Preservação da Empresa na lei de Falências. Saraiva, 2009. p. 36.

da recuperação na hipótese de não aprovação do plano, na exceção do art. 58, § 1º da lei 11.101/2005.

Pelo caráter contratual da recuperação judicial, que se traduz em novação da dívida, podem os devedor e os credores renegociar o crédito livremente, estabelecendo novos prazos e condições de pagamento, tudo visando o saneamento da empresa, garantindo seu funcionamento.

Todavia, ao tutelar o interesse dos credores, a lei o faz no sentido lato da palavra, ou seja, visa proteger os credores no sentido coletivo, não querendo parecer justificável que em um processo de recuperação se atinja o interesse de um credor em detrimento dos outros credores, do devedor e até mesmo dos próprios trabalhadores.

Dessa forma, é de se concluir que a Lei 11.101/2005¹⁵⁴, que recentemente completou dez anos, traz em si uma visão muito distinta do antigo sistema da Concordata, que era vista como a antessala da falência. Com o novo diploma, procurou-se – e o operador do direito também deve fazê-lo – trazer um moderno mecanismo jurídico, que com o suporte do Estado possa auxiliar a recuperação de empresas que possuam condições de se restabelecer, garantindo dessa forma o bem-estar social, com a manutenção da fonte produtiva, dos empregos dos trabalhadores e pagamentos dos credores.

E note-se, não se trata de favorecimento da empresa ou ainda do empresário, mas sim da recuperação da fonte produtiva, que abrange a real possibilidade de recomposição da dívida do devedor, de forma que se mantenham os empregos, se pague os credores e se dê continuidade à cadeia produtiva, gerando arrecadação de impostos, empregos indiretos e fomento da economia, em um círculo virtuoso que ao final se traduz em crescimento econômico do país.

E nesse contexto, a aplicação sistemática deste novel diploma legal deve prevalecer em relação à análise pontual de seus artigos, sempre de forma a favorecer a recuperação da empresa, razão pela qual o artigo 47 da Lei 11.101/2005 deve ser visto como a salvaguarda do operador do direito, não sendo surpresa que no julgamento de todas as questões polêmicas atinentes à interpretação da nova legislação, lá o artigo estará, como fundamento da decisão.

¹⁵⁴ BRASIL, Lei No 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A ordem de preferência exemplificativa do art. 655 do Código de Processo Civil, não se trata de ordem absoluta, para que haja alteração e não se trata de ordem absoluta, para que haja alteração e indicação de bens fora da presente ordem deve-se ponderar a menor onerosidade ao executado (CPC, art. 620) e o princípio do resultado da execução (CPC, arts. 612 e 646). Ao determinar a ordem expressa neste artigo pretendia o legislador colocar os bens passíveis de penhora na ordem de sua liquidez, mas esta pode se alterar de acordo com a região, momento histórico e econômico do país.

Porém, para que se analise a possibilidade de pagamento pelo devedor, há de se levar em conta os ditames da lei processual civil, que é explícito em dizer no artigo 620, que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de garantir a execução com o seguro é de longe menos onerosa ao devedor, e por este motivo merece tanto destaque, até porque já se observou que mesmo o inadimplemento do prêmio por parte do tomador não acarreta em prejuízo ao beneficiário, visto que há a figura do garantidor, como uma empresa autorizada a emitir apólices para satisfazer as obrigações de um tomador definidas em contrato.

Neste diapasão, tendo em vista se tratar de uma modalidade legal, negar a possibilidade de garantir a execução utilizando-se do Seguro Garantia Judicial é fazer morta a letra da lei.

Embora parte da fundamentação do judiciário seja para a não aceitação desta modalidade caucionatória visto não ser a preferência elencada no art. 655 do Código de Processo Civil, demonstrou-se por meio deste estudo que a apresentação do Seguro em nada interfere na garantia da execução.

Ainda, é de considerar que o rol do artigo supracitado é meramente exemplificativo e, pelos ditames jurídicos pátrios, é de esperar que o juiz atue em cada caso, analisando-o e tomando por base os documentos e análises pertinentes para proferir suas decisões.

Como mencionado oportunamente, a norma do art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, quando diz que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A Lei 11.382/2006 alterou substancialmente o processo de execução ao incluir no artigo 656 do Código de Processo Civil o §2º, possibilitando ao executado requerer a substituição da penhora e/ou depósito em garantia por fiança bancária ou seguro garantia judicial em valor não inferior ao débito constante na inicial, mais 30% (trinta por cento).

A partir deste dispositivo sendo os requisitos preenchidos, o magistrado tem o poder/dever de proceder à substituição.

Brilhantemente, a Ministra Andriguhy elucidou em seu voto de matérias tratando do assunto dizendo que “[...] não podemos engessar a interpretação do

CPC de modo a não permitir que, mesmo em hipóteses excepcionais, seja possível ao devedor evitar a imobilização de vultoso capital em espécie”.¹⁵⁵

Embora a enxuta produção legislativa que limita o desenvolvimento do seguro garantia dentro dos tribunais há ainda certa resistência ao instrumento e desconhecimento dos operadores do direito. Desta forma, a utilização dessa prática parece ser uma alternativa viável tanto para o credor quanto para o devedor, tendo em vista a possibilidade de agilizar os processos de execução e permitir que as empresas não tenham seu patrimônio imobilizado e, assim, os valores sejam investidos na sua atividade produtiva.

Em relação à proteção dos interesses dos credores, pode-se afirmar que através de instrumentos legais verificou-se que não há qualquer óbice para a plena aceitação desta modalidade caucionatória, tal como qualquer outro meio de garantir a execução, o Seguro Garantia Judicial é eficaz e atende a todos os requisitos legalmente disponibilizados, sendo que a opção por esta ou aquela modalidade é de mera conveniência do devedor, o qual para tomar tal decisão age pautado pelo Princípio da Menor Onerosidade.

Da leitura da autorização do art. 656, §2º, do CPC pode-se concluir que há equivalência jurídico-legal do seguro garantia judicial com a fiança bancária, pois, segundo o legislador, ambas são aptas juridicamente para serem utilizadas como substitutos à penhora realizada nos autos.

Embora a enxuta produção legislativa que limita o desenvolvimento do seguro garantia dentro dos tribunais há ainda certa resistência e desconhecimento dos operadores do direito. Desta forma a utilização dessa prática parece ser uma alternativa viável tanto para o credor quanto para o devedor, tendo em vista que agiliza os processos de execução e permite que as empresas não tenham seu patrimônio imobilizado e, assim, os valores sejam investidos na sua atividade produtiva, estando, pois salvaguardado pelo Princípio da Preservação da Empresa.

Por fim, é de se ressaltar que em recente portaria¹⁵⁶ emitida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, emitiu-se parecer destacando a importância deste instituto como modalidade garantidora das execuções fiscais, onde em seu art. 4º,

¹⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, em 15 de março de 2011.

¹⁵⁶ Portaria nº 164/2014 da AGU-PGFN sobre a aceitabilidade do seguro garantia judicial para os créditos fiscais da União.

definiu e possibilitou ao executado de crédito tributário optar por tal modalidade de garantia, *in verbis*:

Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurador em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

Tem-se que o contrato de seguro garante o pagamento de valores que o tomador necessite realizar no trâmite de processos judiciais, sendo que a cobertura de sua apólice, limitada ao valor da garantia, somente terá efeito depois de transitada em julgado a decisão ou acordo judicial, cujo valor da condenação ou da quantia acordada não haja sido pago pelo tomador.

O fundamento de rejeição desta modalidade de garantia na execução passa, muitas vezes, à afirmativa de que tal substituição, além de violar a ordem preferencial de penhora, privilegia um bem (seguro garantia judicial) de pouca liquidez, o que prejudicaria o credor.

Ocorre, porém, que, como dito e defendido neste trabalho, o seguro garantia judicial, regulamentado através da Circular nº 232/2003 da SUSEP, é oferecido por grandes instituições financeiras, que dispõem de lastro suficiente para amparar esse produto, além de sofrer rigoroso controle por parte do órgão regulamentador (SUSEP).

Ressalta-se, ainda o dito por GLADIMIR ADRIANI POLETTO:

[...] o não pagamento do prêmio no contrato de seguro garantia não prejudica o direito do segurador, pois a apólice não poderá ser cancelada por tal motivo. Cumpre a seguradora, neste caso, cobrar o valor do respectivo prêmio diretamente do tomador, sem qualquer prejuízo ao segurador.¹⁵⁷

¹⁵⁷ O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica, Funeseg, 2003, p. 50.

Espera-se que o grau de amadurecimento das decisões judiciais, seja tal como a legislação, entendendo por aplicação a toda gama de princípios dispostos no ordenamento jurídico, principalmente quando se diz de postos de emprego e manutenção da atividade empresarial, acolher esta nova modalidade de garantia à execução, deixando de lado entendimentos conservadores é garantir a primazia do interesse social, de preservação da empresa como pilar do direito empresarial.

Não pode o intérprete, contudo, esquecer os princípios informadores do sistema atual, que revelam o objetivo de, na medida do possível, dar condições de sobrevivência às empresas (não aos empresários) em dificuldades momentâneas, atendendo ao relevante papel social da atividade empresarial, e isso em benefício dos próprios credores, considerando-se haver a experiência demonstrada, ao longo do tempo, que a quebra acaba por prejudicar mais o credor que o próprio empresário falido.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Roberto Fonseca de. O Direito do Trabalho e a lei de recuperação de empresas. In: SANTOS, Paulo Penalva. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ARISTÓTELES. *Política*. Edição bilingue (português-grego) com tradução direta do grego. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. 1. ed. Lisboa: Veja, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Código civil. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Decreto-Lei 7.661, de 21 de Junho de 1945 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 12 de dez. 2014.

_____. Lei 556, de 25 de Junho de 1850. *Código Comercial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 15 de dez. 2014.

_____. Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12 de dez. 2014.

_____. Lei 11.382, de 6 de Fevereiro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm>. Acesso em: 12 de dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário n. 394.491-DF. Recorrente: Companhia Vale do Rio Doce. Recorrido: Abase Vigilância e Segurança Ostensiva Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 15 de março de 2011. Supremo Tribunal Federal Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial n. 791.573-RS. Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Recorrido: Roque Gilberto Chedid e Outro. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2006. Supremo Tribunal Federal Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil 3*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no código civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. São Paulo: Noeses, 2013.

COSTA, Marco de Albuquerque da Graça e. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-12/seguro-garantia-judicialinovacao-bem-vinda-bastante-utilizada>> Acesso em: 07 jan. 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva*. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2005. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DRUCKER, Peter F. *Introdução à Administração*. São Paulo: Pioneira, 1977.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: José Olympio, 1975.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HALL. H. Richard. *Organizações, estruturas, processos e resultados*. 8 ed. São Paulo: Pearson, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. Rio de Janeiro. *Revista Forense*, v. 94, n. 344, p. 67-93, 1998.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6 ed. São Paulo: Manole, 2007.

MAIA, Kênia Cristina Pontes. *Princípio da preservação da empresa*. Fundamento do direito empresarial no código civil de 2002 e na lei 11.101/05. Nova Lima. Dissertação de Mestrado Em direito – PPPG Faculdade de Direito Milton Campos, 2009.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

Haidar, Rodrigo. Empresas transferiram seu call center para o Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de Janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

PERIN JR, Ecio. *Preservação da Empresa na lei de Falências*. Saraiva, 2009.

POLETTO, Gladimir Adriani, *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. 17. ed. Paraná: FUNENSEG, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SALOMÃO, Luis Felipe. Presidente da 4ª Turma do STJ. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 02. fev. 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Pacheco. *Processo de Falência e Concordata*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Manual de Processo Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUSEP e IPEADATA. *Revista Tudo Sobre Seguros*. 5 de Novembro de 2013. p. 18
Disponível em <<http://www.tudosobreseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=163>>.
Acesso em: 07 mar. 2015.

TOURINHO, Marcelo. Impacto Social da Crise da Empresa. In: CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL, 2011. São Paulo. *Anais...* São Paulo: USP. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.