

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO EM
GARANTIA: a posição do credor fiduciário na
recuperação judicial da empresa**

Jean Carlos Fernandes

Belo Horizonte
2008

Jean Carlos Fernandes

**CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO EM
GARANTIA: a posição do credor fiduciário na
recuperação judicial da empresa**

Tese apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito Privado.

Orientadora: Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Belo Horizonte

2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F363c	Fernandes, Jean Carlos Cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa / Jean Carlos Fernandes. Belo Horizonte, 2008. 241 f.
Gerais.	Orientador: Taisa Maria Macena de Lima Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Programa de Pós-Graduação em Direito. 1. Direito empresarial. 2. Títulos de crédito. 3. Sociedades comerciais - Recuperação. 4. Negócio fiduciário. I. Lima, Taisa Maria Macena de II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	CDU: 347.736

Elaborada pela Bibliotecária: Erica Fruk Guelfi CRB 6/2068

Jean Carlos Fernandes

**Cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia: a
posição do credor fiduciário na recuperação judicial da
empresa**

Esta tese foi julgada adequada à obtenção do título de
Doutor em Direito e aprovada, *magna cum laude*, em sua
forma final pelo Curso de Doutorado em Direito Privado
da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Professora Doutora Taisa Maria Macena de Lima (Orientadora)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professor Doutor Rodrigo Almeida Magalhães
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professor Doutor Adriano Stanley Rocha Souza
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professor Doutor Jason Soares de Albergaria Neto
Faculdade de Direito Milton Campos

Professor Doutor Rogério Medeiros Garcia de Lima
Universidade Presidente Antônio Carlos
Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – TJMG

Professor Doutor Edgar Gaston Jacobs Flores Filho (1º suplente)
Universidade Federal de Ouro Preto
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professora Doutora Maria Emília Naves Nunes (2º suplente)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*À Carla, sempre.
À nossa pequena Estela, fonte de infindáveis alegrias.
Aos meus pais, familiares e amigos.
Ao Professor Doutor Wille Duarte Costa, in memoriam.*

*Meus sinceros agradecimentos aos Professores Doutores
Taisa Maria Macena de Lima e Rodrigo Almeida Magalhães,
pela valiosa orientação.*

*“Nada mais difícil de manejar,
mais perigoso de conduzir,
ou de mais incerto sucesso,
do que liderar a introdução de uma nova ordem de coisas.
Pois o inovador tem contra si
todos os que se beneficiavam das antigas condições,
e apoio apenas tíbio dos que
se beneficiarão com a nova ordem.”*

Nicolau Maquiavel

RESUMO

Esta tese analisa a cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, prevista na Lei de Mercado de Capitais, e seus efeitos na recuperação judicial da empresa, focando os princípios da preservação da empresa, da eficiência econômica e da autonomia privada centrada nos interesses dos credores. A investigação concentra-se no disposto no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/05 no sentido de ali incluir a cessão fiduciária de títulos de crédito a fim de propiciar e estimular o desenvolvimento econômico a partir da maior possibilidade de obtenção e concessão de crédito. O trabalho se inicia com o exame das questões em torno da evolução do Direito Comercial, sua autonomia, os sujeitos de direito da atividade empresarial, a empresa e o estabelecimento, categorias que permitem o entendimento do novo direito da empresa até a autonomização dos títulos de crédito. Seguidamente, apresenta-se uma visão sobre os princípios dos títulos de crédito e o alcance das disposições do Código Civil no tocante à matéria. Destaca-se aqui a abordagem dos princípios dos títulos de crédito a partir da concepção pós-positivista. Busca-se demonstrar a importância dos sistemas de insolvência empresarial para o desenvolvimento de mercados eficientes, bem como a necessidade de o novo sistema de recuperação de empresas brasileiro equilibrar os interesses do devedor e dos credores, na busca pela preservação da empresa e eficiência econômica. Posteriormente, aborda-se a importância dos títulos de crédito para a economia moderna, trazendo, ainda, um estudo comparativo das orientações traçadas pela Diretiva 2002/47 para os contratos de garantia financeira no âmbito da União Européia, completando com uma abordagem sobre a propriedade fiduciária (alienação fiduciária e cessão fiduciária), o endosso-fiduciário, a responsabilidade do avalista na recuperação judicial de empresas e as contribuições do exercício jurisprudencial. Ao final são sintetizados os aspectos nodais do pensamento explanado no decorrer do trabalho, a partir da apresentação das posições individuais expostas e o posicionamento adotado.

Palavras-chave: Direito empresarial. Títulos de crédito. Sociedades comerciais – Recuperação. Negócio fiduciário.

ABSTRACT

This thesis examines the transfer of trust in guaranteed debt securities, expected in the Law of Capital Markets, and its effects on judicial recovery of the company, focusing on the principles of preservation of the company, the economic efficiency and focusing on the private interests of creditors. The investigation has focused on Article 49, Paragraph 3 of Law 11.101/05 there to include the sale of trust debt securities in order to facilitate and stimulate economic development from the increased possibility of obtaining and granting credit. The work begins with an examination of the issues surrounding the development of commercial law, their autonomy, the subjects of law of business activity, the company and the establishment, categories that allow the understanding of the new company's right to autonomy of debt securities. Then, it presents a vision on the principles of debt securities and scope of the provisions of the Civil Code regarding the matter. It is here the novel approach of the principles of debt securities from the post-positivist conception. It aims to demonstrate the importance of systems of corporate insolvency for the development of efficient markets and the need for the new system for recovery of Brazilian companies balance the interests of the debtor and creditors, in seeking to preserve the business and economic efficiency. Later, addressing the importance of debt securities for the modern economy, bringing Furthermore, a comparative study of the guidelines drawn by the Directors for the 2002/47 financial guarantee contracts within the European Union, supplementing with an approach on property Trust (fiduciary transfer and assignment Trust), the endorsement-Trust, the responsibility of recovery in court guarantor of companies and contributions of the legal year. At the end are summarized the nodal points of thought explained during the work, from the submission of individual positions and exposed position adopted.

Keywords: Business law. Debt securities. Commercial companies - Recovery. Business Trust.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DE UM ESCORÇO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL À AUTONOMIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO	17
2.1	Antecedentes históricos: do direito comercial ao direito empresarial	19
2.2	O movimento de unificação do direito privado	32
2.3	A adoção da teoria da empresa no Código Civil	38
2.4	A tríade: empresário, empresa e estabelecimento	45
2.5	A autonomização dos títulos de crédito	55
3	TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	59
3.1	Os princípios dos títulos de crédito	61
3.2	O alcance das disposições do Código Civil no tocante aos títulos de crédito.....	76
3.3	A circulação dos títulos de crédito no Código Civil: endosso sem garantia, endosso-mandato e endosso-penhor	80
4	O SISTEMA DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA	85
4.1	O regime jurídico de transição operado pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência no direito brasileiro	85
4.2	O sistema de insolvência empresarial numa perspectiva de direito e economia	102
4.3	O regramento dogmático da recuperação judicial de empresas no direito brasileiro	115
4.3.1	<i>Os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito na recuperação judicial de empresas</i>	133
4.3.2	<i>Os créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação</i>	137
4.3.3	<i>A disciplina dos créditos fiscais na recuperação judicial de empresas</i>	139
5	TÍTULOS DE CRÉDITO, RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E EFICIÊNCIA ECONÔMICA	143
5.1	A importância dos títulos de crédito no regime de insolvência empresarial	143
5.2	As declarações cambiárias e a recuperação judicial de empresas	147
5.2.1	<i>A declaração cambiária sucedânea e a recuperação judicial de empresas</i>	151
5.2.2	<i>O aval e a responsabilidade do avalista na recuperação judicial de empresas</i>	155

5.3	A cessão fiduciária na recuperação judicial de empresas e a circulação dos títulos de crédito em garantia	166
5.3.1	<i>A recuperação de empresas e os contratos de garantia financeira na comunidade europeia</i>	167
5.3.2	<i>As garantias fiduciárias no direito positivo brasileiro</i>	172
5.3.3	<i>O endosso-fiduciário e a recuperação judicial de empresas ..</i>	183
5.4	A cédula de crédito bancário garantida por termo de cessão fiduciária de títulos de crédito	187
5.5	Os efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação judicial de empresas	203
6	CONCLUSÃO	215
	REFERÊNCIAS	225

1 INTRODUÇÃO

Se nos perguntassem qual a contribuição do direito comercial na formação da economia moderna, outra não poderíamos talvez apontar que mais tipicamente tenha influído na economia do que o instituto dos títulos de crédito.

Tullio Ascarelli

No direito privado moderno existem temas restritos ainda não explorados, que representam contribuição original de ordem teórica e, principalmente, pragmática para a solução dos conflitos.

A presente proposição é exemplo de um desses temas, pois pretende, em decorrência da edição da Lei 10.931, de 2004, que acrescentou o artigo 66-B à Lei 4728, de 1965 e da Lei 11.101, de 2005, investigar a *cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa*.

A problemática da presente investigação reside na análise dos efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação de empresas, tendo como pressupostos o endosso-fiduciário, os princípios cambiários, da segurança jurídica, da autonomia privada e da eficiência econômica.

O trabalho abordará a hipótese de um devedor empresário, que, passando por dificuldades financeiras, obtém um empréstimo junto a uma instituição financeira, com reduzido *spread* bancário¹, a partir da emissão de uma cédula de crédito

¹ Segundo o Banco Central do Brasil, *spread* bancário é definido como a diferença entre as taxas de juros de aplicação (empréstimos) e de captação. Quanto maior o *spread*, maior o lucro dos bancos. O economista Pierre Lucena apresenta a sistemática do *spread* bancário: “Vamos supor que a taxa na qual o banco pode remunerar seu capital sem risco seria a taxa Selic (isso sem levar em conta os impostos), que atualmente é de 11,25%. Neste caso, se o banco empresta a 31,25% a você, ele está com um *spread* de 20% (31,25%-11,25%). Com esse *spread* ele paga seus custos bancários (funcionamento de agência, pessoal, etc.), paga também a possível inadimplência, além de outros custos agregados, como impostos (o IOF, por exemplo). O que sobra é o lucro, que é legítimo. Outras variáveis ainda entram neste cálculo, como o compulsório, mas para facilitar, esqueçamos ele. Vamos supor dois tipos de empréstimos: consignado e cheque especial. A taxa média do primeiro é 26% ao ano, a do cheque especial gira em torno de 130%. É quase 100 pontos percentuais de diferença. Como as variáveis são as mesmas, apenas o risco de inadimplência do cheque especial é maior, considera-se que se o banco estiver praticando uma taxa de acordo com uma “concorrência leal”, teríamos uma a cada duas pessoas ficando inadimplente no cheque especial. Para a taxa ser justa, este seria o risco. É parecido com o risco de ser assaltado com uma mala cheia de dinheiro no Centro

bancário garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito. Todavia, o devedor consegue o deferimento do processamento de seu pedido de recuperação judicial, pretendendo viabilizar o respectivo plano recuperacional com os créditos materializados pelos títulos de crédito fiduciariamente cedidos, tornando-se, por outro lado, inadimplente perante a instituição financeira. Deve-se, assim, resolver questões como:

1. A cessão fiduciária em garantia de títulos de crédito sofrerá os efeitos da recuperação judicial, devendo o credor fiduciário (instituição financeira) aderir ao plano de recuperação e integrar a Assembléia-Geral de Credores?
2. Uma vez consolidada a propriedade com a inadimplência do devedor fiduciante, o credor fiduciário, portador legitimado das cártulas pelo endosso-fiduciário, poderá valer-se dos meios judiciais cabíveis para receber os títulos diretamente dos coobrigados, exercendo todos os direitos deles emergentes, protegido ainda pelo princípio da inoponibilidade das exceções pessoais?
3. Na falência do devedor fiduciante, permite-se ou não ao credor fiduciário pleitear restituição dos recebíveis representados pelos títulos de crédito?
4. Deferindo-se o processamento da recuperação judicial do devedor fiduciante, a instituição financeira credora fiduciária poderá cobrar diretamente seus créditos dos coobrigados e deverá mantê-los depositados em conta vinculada durante o período de cento e oitenta dias, conforme previsto nos artigos 6º, § 4º e 49, §§ 4º e 5º da Lei 11.101, de 2005²?

do Recife. Como os bancos trabalham no limite da racionalidade, posso afirmar que preferem emprestar a qualquer cidadão no cheque especial do que ao Governo. Mesmo que este pague uma das taxas de juros mais altas do mundo.” Disponível em: <<http://acertodecontas.blog.br/economia/respondendo-a-uma-leitora-sobre-spread-bancario/>> Acesso em: 4 out. 2008.

² BRASIL. Lei n. 11.101, de/2005. Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...) § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é compreender o instituto da cessão fiduciária de títulos de crédito dentro das diretrizes traçadas pelas Leis 10.931, de 2004 e 11.101, de 2005, procurando harmonizar as suas normas com os princípios da preservação da empresa, da eficiência econômica e da autonomia privada.

A interpretação do disposto no artigo 49, § 3º da Lei 11.101, de 2005³ no sentido de ali incluir a cessão fiduciária de títulos de crédito propiciará e estimulará o desenvolvimento econômico a partir da maior possibilidade de obtenção e concessão de crédito no *middle market*⁴, voltado, principalmente, para as microempresas e as empresas de pequeno porte.

Já os objetivos específicos são:

1. mostrar que, no atual estágio do Direito Empresarial, com a adoção da teoria da empresa, os títulos de crédito mantêm relevante importância para o desenvolvimento da economia moderna;
2. demonstrar que a cessão fiduciária de títulos de crédito e a alienação fiduciária em garantia integram a propriedade fiduciária em seu sentido lato;
3. demonstrar se o credor de cessão fiduciária de títulos de crédito se sujeita à recuperação judicial de empresas, podendo ou não exercer todos os direitos emergentes das cártulas diretamente contra os coobrigados, protegido pelo princípio da inoponibilidade das exceções pessoais;
4. demonstrar se na falência do devedor fiduciante, o credor de cessão fiduciária de títulos de crédito poderá valer-se do procedimento de restituição previsto na Lei n. 11.101, de 2005;

³ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

⁴ Trata-se do mercado creditício voltado para as pequenas e médias empresas, tendo como foco a estruturação de operações com lastro em recebíveis, oferecendo: desconto de recebíveis; conta garantida; cobrança caucionada/vinculada; fiança bancária; capital de giro, entre outros produtos.

5. ressaltar a importância dos princípios cambiários e das declarações cambiais, principalmente a figura do endosso-fiduciário;
6. analisar a recuperação da empresa no contexto da eficiência econômica e autonomia privada dos credores, como pano de fundo para dirimir as questões em torno da cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia.

Nesse contexto, não deve ser olvidada a importante função dos títulos de crédito para a economia moderna, principalmente quando se trata de fomentar a atividade empresarial utilizando-os como garantia para a obtenção de crédito junto aos agentes financeiros.

É certo que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência instaurou uma nova ordem jurídica no direito privado brasileiro. A busca da preservação da empresa em situação de crise econômico-financeira contribuiu para a mudança e reconstrução de novos paradigmas, focados no regime anterior apenas na liquidação do acervo patrimonial do devedor em estado de insolvência e pagamento de seus credores.

A atual evolução do direito concursal brasileiro supera a fase de uma legislação orientada pelo modelo pró-credor, voltada apenas ao incentivo da liquidação dos ativos do devedor e sua partilha entre os credores.

O impacto da falência, contudo, não se restringe apenas às empresas que se tornem insolventes ou aos seus credores particulares, mas afeta diretamente a economia, que sofre os efeitos das crises econômicas, fatores conjunturais, problemas de liquidez, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias e até mesmo insolvência de fornecedores ou clientes.

Os nefastos efeitos sócio-econômicos da falência impunham uma ordem jurídica mais coerente e adequada, visando diminuir os impactos causados pela insolvência empresarial na economia.

A necessidade de conciliação dos interesses dos credores e da preservação da empresa fez com que o regime de insolvência empresarial abandonasse os modelos exclusivamente pró-credor ou pró-devedor e buscasse equilibrá-los.

Confiante nessa orientação caminhou o legislador brasileiro, sem, contudo, deixar de observar os interesses dos credores, a autonomia privada e a eficiência econômica.

Impõe-se, assim, um estudo da Lei n. 11.101, de 2005 de forma a equilibrar a preservação da empresa, a eficiência econômica e autonomia privada centrada nos interesses dos credores, permitindo que, com uma detida análise dogmática, possa ou não concluir se o crédito que tem por garantia a cessão fiduciária de títulos de crédito deve ser incluído e se submeter a recuperações judiciais, segundo a interpretação do art. 49, §§ 3º e 5º da Lei n. 11.101, de 2005.⁵

A cessão fiduciária de direitos creditórios (recebíveis) e de títulos de crédito é modalidade de garantia preferível pelas instituições financeiras que atuam principalmente no *middle market*, em razão da sua liquidez e da sua exclusão do alcance da Lei n. 11.101, de 2005.

Para tanto, no segundo capítulo serão examinadas as questões em torno da evolução do Direito Comercial, sua autonomia, os sujeitos de direito da atividade empresarial, a empresa e o estabelecimento, categorias que permitem o entendimento do novo direito da empresa até a autonomização dos títulos de crédito, com caráter meramente informativo.

A seguir, o capítulo terceiro apresenta uma visão sobre os princípios dos títulos de crédito, o alcance das disposições do Código Civil no tocante à matéria, principalmente o endosso, como pano de fundo para o trabalho. Destaca-se aqui a abordagem dos princípios dos títulos de crédito a partir da concepção pós-positivista.

No capítulo quarto busca-se demonstrar a importância dos sistemas de insolvência empresarial para o desenvolvimento de mercados eficientes, bem como a necessidade do novo sistema de recuperação de empresas brasileiro equilibrar os interesses do devedor e dos credores, na busca pela preservação da empresa e eficiência econômica.

⁵ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (...) § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

O capítulo quinto aborda a importância dos títulos de crédito para a economia moderna, as declarações cambiárias e a cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia de cédulas de crédito bancário e seus efeitos na recuperação judicial do devedor fiduciante, trazendo, ainda, um estudo comparativo das orientações traçadas pela Diretiva 2002/47 para os contratos de garantia financeira no âmbito da União Européia. Completa o capítulo, uma abordagem sobre a propriedade fiduciária (alienação fiduciária e cessão fiduciária), o endosso-fiduciário, a responsabilidade do avalista na recuperação judicial de empresas e as contribuições do exercício jurisprudencial.

Por fim, no capítulo conclusivo são sintetizados os aspectos nodais do pensamento explanado no decorrer do trabalho, apresentando as posições individuais expostas e o posicionamento adotado.⁶

⁶ Conforme anota Salomon, “A característica do pensamento científico é ser um pensamento de preocupação, não um sistema de verdades demonstradas. Por conseguinte, o processo heurístico, de descoberta, de problematização, de questionamento, de abertura, onde o exercício da consciência crítica é uma constante, onde a mente se vê desprovida de resposta, se vê assaltada por dúvidas, mas também se sente motivadas a tentar por conta própria.” (SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 13).

2 DE UM ESCORÇO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL À AUTONOMIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

O direito comercial, mercantil, dos negócios, empresarial, da empresa⁷ constitui uma categoria histórica⁸, que nasceu como direito especial frente ao direito civil, objetivando satisfazer concretas exigências da realidade econômica.

É necessário assim identificar os principais aspectos do direito empresarial moderno, com base no método histórico-comparativo⁹, desde as corporações dos mercadores até a concepção moderna de empresa. Segundo Carvalho de Mendonça:

Não é sem interesse estudar o movimento orgânico do direito comercial na sucessão dos tempos. Ele, como todo o direito, na sua manifestação positiva, é um fato social, um produto histórico. Para apreender o seu caráter hodierno, completar o seu estudo teórico ou científico, e se explicarem os institutos existentes, depois de transformados ou modificados pela evolução econômica, moral e social, torna-se indispensável apreciar a sua historia, ainda que a traços largos.¹⁰

⁷ Segundo COELHO, “Direito Comercial é uma disciplina de muitos nomes, no mundo todo: Mercantil, Empresarial, dos Negócios etc. O Código Civil abriga, desde 2002, parte das disposições legais que regem a matéria objeto de estudo da disciplina no seu Livro denominado ‘Direito de Empresa’, com o que lhe deu mais um nome.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XV). Conforme SILVA, “a origem histórica do comércio remonta a eras remotíssimas, não se podendo perfeitamente delimitar o seu início: ele surgiu com as próprias necessidades do homem, a lutar com a adversidade do meio, em que fatalmente tinha que viver.” (SILVA, De Plácito. *Noções práticas de direito comercial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I, p. 24).

⁸ BROSETA PONT apresenta o Direito Comercial ou Mercantil como uma categoria histórica, por várias razões: Em primeiro lugar, porque como disciplina autônoma não tem existido sempre, sendo que, sua aparição surge em um momento histórico determinado. Em segundo lugar, porque nasce como um ramo do Direito Privado ao lado do Direito Civil, por circunstâncias e exigências históricas. E, finalmente, porque sua transformação visa alcançar seu conteúdo atual e é resultado de uma série de fatores (econômicos e político-sociais) de grande relevância. (PONT, Manuel Broseta. *Manuel de derecho mercantil*. 14 ed. Atualizada por Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007, v. I, p. 44).

⁹ ROCCO adverte que em “poucos campos do direito o problema do método se apresenta tão interessante como no campo do direito comercial. A especial natureza e característica posição do direito comercial no sistema tornam particularmente complexas e ricas de aspectos novos todas as questões relativas às fontes e processos do conhecimento do direito. O estudo científico do direito comercial implica investigações de quadro ordens: 1º O estudo técnico e econômico das relações sociais reguladas pelo direito comercial; 2º O estudo histórico-comparativo do desenvolvimento das várias formas dos institutos do direito comercial no tempo e no espaço; 3º O estudo exegético das normas do direito comercial positivo italiano; 4º O estudo sistemático dos princípios do direito comercial italiano, da sua coordenação com as normas e princípios gerais do direito civil e com os princípios gerais de todo o direito positivo italiano.” (ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 94-95).

¹⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 49.

Destaca-se o avanço legislativo no direito brasileiro, com a positivação da teoria da empresa no Código Civil de 2002, tendo como paradigma o *Codice Civile* italiano de 1942, bem como a paralela regulação dos títulos de crédito pelo Código Civil.

Sem dúvida alguma, o direito comercial ocupa posição de destaque nos ordenamentos jurídicos. Propulsor do desenvolvimento econômico apresenta como características básicas ser oneroso, rápido, dinâmico, cosmopolita, fragmentado e informal¹¹, tendo em seus institutos elementos suficientes e seguros para atender aos agentes econômicos e ao mercado. Logo, um estudo sobre os antecedentes históricos do direito comercial¹² nos situa melhor para a compreensão da sua especialidade e universalidade¹³, bem como o problema que se instala no centro desta tese.

¹¹ “Desde sua difusão medieva, como direito da classe profissional mercante, o direito comercial vem sendo objeto de inúmeras modificações, tendo em conta sua principal característica: a elasticidade. A adaptabilidade do direito comercial às transformações sócio-político-culturais e, sobretudo, econômicas que o mundo tem experimentado decorre tratar-se, este especial ramo das ciências jus-privatísticas, de um direito cosmopolita, marcado pela profissionalidade, simplicidade, celeridade e internacionalidade.” (SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 224-240).

¹² “O Direito Comercial não pode ser compreendido se não ponderarmos as suas origens, a sua evolução e o papel que, mau grado inúmeros constrangimentos, ainda hoje se lhe atribui (...) Em suma: o Direito Comercial não provém de qualquer definição lógica pré-elaborada. Como (boa) disciplina jurídico-privada, ele apresenta-se fruto de condicionamentos histórico-culturais complexos. A própria dogmática mercantil sofre as conseqüências ainda que – ou não seria Direito! – intente, até aos confins do possível, oferecer reduções coerentes e soluções harmônicas para os problemas.” (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41).

¹³ Conforme destaca Francesco Galgano: “Al diritto commerciale si suole attribuire il carattere della ‘specialità’ e, al tempo stesso, della ‘universalità’. Il primo carattere gli viene conferito in ambito endo-statuale, rispetto Allá restante normazione nazionale e, nello stesso diritto privato, rispetto al diritto civile. Il secondo carattere gli viene riconosciuto in ambito meta-statuale, in virtù di una sua asserita attitudine ad espandersi, come diritto uniforme, oltre ogni confine nazionale.” (GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 19). Tradução livre: Ao direito comercial tem-se costume de atribuir o caráter de especialidade e, ao mesmo tempo, de universalidade. O primeiro caráter é conferido em domínio intra-estatal, em relação ao restante das normas nacionais e, no mesmo direito privado, em relação ao direito civil. O segundo caráter vem reconhecido em âmbito ultra-estatal, em virtude da sua afirmada aptidão de se estender, como direito uniforme, para além de cada fronteira nacional. Para Cordeiro, “A afirmação de natureza especial do Direito mercantil é útil: permite justificar a aplicação subsidiária do Direito civil. (...). A comercialística dos nossos dias mantém-se-lhe fiel. Também aqui teremos de observar que a relação de especialidade se obtém, apenas, a nível de sistema. Há áreas comerciais importantes que não têm, subjacente, qualquer regra civil: pense-se, por exemplo, nos títulos de crédito.” (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 39-40).

2.1 Antecedentes históricos: do direito comercial ao direito empresarial

O direito comercial sempre foi alvo de inúmeras expectativas por parte da sociedade, “com sua força naturalmente expansiva, como produto histórico, imposto pela realidade econômica”.¹⁴ Desde os tempos remotos, centrado na figura do comerciante sempre se apresentou como fator de desenvolvimento econômico, ampliando, gradativamente, o seu campo de aplicação, desde a Antigüidade até os tempos modernos.¹⁵

Em Roma, porém, não se desenvolveu especificamente um direito especial do comércio (*jus mercatorum*). Os romanos não diferenciavam ato de comércio de ato civil, não obstante a intensidade do comércio em todas as partes do Império.¹⁶ Os costumes sociais consideravam o comércio como de condição servil e os romanos só o exerciam por intermédio dos seus escravos. Segundo Requião:

Roma, devido à organização social estruturada precipuamente sobre a propriedade e atividades rurais, prescindiu de um direito especializado para

¹⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 17.

¹⁵ Segundo Spencer Vampré, costuma-se estudar o desenvolvimento histórico do direito comercial em três períodos: a Antigüidade, a Idade Média e os Tempos Modernos. Na Antigüidade, os fenícios, povo de navegadores e comerciantes, que atuavam entre a Ásia e as costas do Mediterrâneo, fundaram números colônias, estabelecendo, provavelmente, as primeiras regras especiais para disciplinas as operações do comércio terrestre e marítimo. Muitas dessas regras se incorporam, mais tarde, ao direito romano, e assim chegaram até nós. Na Idade Média, com o desmembramento do Império Romano, desenvolveu-se o direito marítimo, a falência, o contrato de câmbio, o uso das letras ou títulos de crédito, sob a jurisdição consular das corporações de mercadores. Na Idade Moderna, com o alargamento do comércio, as grandes invenções e o Renascimento, o direito comercial recebeu grande impulso, sendo seus princípios consolidados, em França, pelas Ordenanças de Luiz XIV até chegar aos tempos modernos com a adoção da teoria da empresa. (VAMPRE, Spencer. *Tratado elementar de direito commercial*. Vol. 1. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921, p. 21-26). Por sua vez, Salles apresenta a divisão da história do direito comercial em quatro fases: 1) fase primitiva; 2) fase corporativa; 3) fase do ato de comércio; 4) fase da empresa. (SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Vol. 118. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2000, p. 94-108). No mesmo sentido, confira-se, também, MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 51.

¹⁶ Segundo Carvalho de Mendonça, “os romanos não tiveram um direito comercial, isto é, um corpo orgânico de disposições relativas às especulações mercantis. A índole do seu direito era pela idéia unitária de pessoas e de coisa. Os jurisconsultos romanos não podiam compreender a divisão do direito privado em duas categorias, reservado um ramo especial para a atividade mercantil. Certo é, porém, que Roma constituiu grande centro comercial.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 53).

regular as atividades mercantis. Os comerciantes, geralmente estrangeiros, respondiam perante o *praetor peregrinus*, que a eles aplicava o *jus gentium*.

Na era cristã, ao se aproximar a decadência, transformações acentuadas da estrutura econômica de Roma deixavam antever a expansão comercial. As leis que proibiam aos senadores e patrícios o exercício da atividade mercantil, por ser degradante, foram contornadas ou burladas. Fortalece-se um intenso capitalismo mercantil e urbano, que a demagogia procura enfrentar, dando dilações aos devedores, e criando uma situação de relaxamento no cumprimento de obrigações, contra os devedores, que os romanistas habitualmente registram.

O nascente capitalismo mercantil em Roma, todavia, sofre sério colapso, em seu desenvolvimento, com a invasão dos bárbaros e fracionamento do território imperial, iniciando-se a fase feudal.¹⁷

A natureza essencialmente dinâmica do direito romano, a sua extraordinária condição de acomodação e de flexibilidade diante das novas exigências sociais e o seu peculiar sistema de aplicação pelo *praetor*¹⁸ tornou desnecessária a aparição de um direito especial para o comércio, distinto e separado do *jus civile*, como destaca Broseta Pont:

De lo ocurrido en Roma podemos concluir que, para que aparezca el Derecho mercantil como Derecho especial, no basta la existencia de una intensa actividad económica, sino que es además necesario que el Derecho común no pueda o sí mismo regular satisfatoriamente las exigências que de Ella nacen.¹⁹

Para Vampré, o direito romano não sentiu “necessidade de disciplinar especialmente o comércio, bastando o direito civil, continuamente evoluindo sob a ação dos pretores, às necessidades práticas.”²⁰

Assinala-se na Idade Média, com a queda do Império Romano²¹, o período de formação do direito comercial. Não como um direito oriundo de uma obra legislativa

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 8.

¹⁸ O pretor era um magistrado romano investido de poderes extraordinários. Era hierarquicamente subordinado ao Cônsul e equivalia modernamente ao juiz ordinário ou de primeira instância. Tinha por função administrar a justiça e era posto privativo das famílias nobres, até 337, quando os plebeus puderam ascender ao cargo. Os pretores, cujo cargo era vitalício, estabeleciam as audiências do fórum, cujo processo inspirou o Direito Processual, especialmente da área cível, no Ocidente atual. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/pretor>> Acesso em: 01 out. 2008.

¹⁹ PONT, Manuel Broseta. *Manuel de derecho mercantil*. 14 ed. Atualizada por Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007, v. I, p. 43.

²⁰ VAMPRE, Spencer. *Tratado elemental de derecho commercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921, v. I, p. 22.

²¹ Esclarece Roberto que “A queda de Roma, em 476, marca o fim da Antiguidade e o início da Idade Média. A queda de Constantinopla, em 1453, marca o fim da Idade Média e o início da Idade

ou criação de juristas, mas proveniente do trabalho dos próprios comerciantes, “que o construíram com seus usos e com as leis, que, reunidos em classe, elaboraram”, como esclarece Carvalho de Mendonça:

Com a queda do Império Romano, dominou a insegurança numa Europa presa da anarquia. Faltou um poder político nas condições de manter a paz interna e a realização do direito. Dai a constituição das corporações de classe, entre elas as *corporações de mercadores*, para a proteção e assistência dos comerciantes, tanto no interior como no exterior. Cada corporação formava como que um pequeno Estado, dotado de um poder legislativo e de um poder judiciário.²²

A origem do direito comercial remonta à Idade Média. Com o surgimento de uma nova economia urbana frente à feudal²³, essencialmente agrária; a própria crise do feudalismo; o desenvolvimento do comércio marítimo e das feiras, conta-se com a aparição de um novo sujeito: o comerciante.²⁴

De fato, no medievo pode-se perceber o surgimento do direito comercial como um direito autônomo, tendo na Itália seu maior berço e propagação, centrando-se o tráfego mundial no Mediterrâneo²⁵. Pisa, Amalfi, Veneza²⁶ e Gênova foram as primeiras praças marítimas do mundo; Siena, Lucca, Milão, Bolonha e

Moderna.” (ROBERTO, Giodano Bruno Soares. *Introdução histórica do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 9-10.)

²² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 58-59.

²³ Segundo FIUZA, o Direito Feudal “Durou quatro séculos, sem qualquer legislação escrita significativa, nem ensino ou saber jurídico. Dependia este Direito dos costumes e, eventualmente, da intervenção de algum suserano inovador.” (FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 66).

²⁴ PONT, Manuel Broseta. *Manuel de derecho mercantil*. 14 ed. Atualizada por Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007, v. I, p. 43.

²⁵ O desenvolvimento histórico do Direito Comercial perpassa pela época pré-romana, na qual os fenícios, os assírios, os babilônios e os gregos não trouxeram contribuições diretas para o desenvolvimento posterior da matéria. Roma não cuidou especificamente de um direito especial do comércio, contentando-se com algumas normas fragmentadas para regular certas relações comerciais, mesmo porque o comércio era exercido por meio dos escravos.

²⁶ Segundo Huberman, Veneza sempre foi uma cidade comercial, apresentando uma localização ideal para a época, já que o bom comércio era o do Oriente, tendo o Mediterrâneo como saída. (HUBERMAN, Leo. *A história da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 19).

Florença, as mais importantes cidades comerciais e industriais; Florença a maior praça bancária e cambiária.²⁷

Não obstante a desconfiança da Igreja, que via na atividade dos mercadores e comerciantes a nefasta prática de acumulação de riquezas e incentivo de fáceis e rápidos lucros, por meio da cobrança de juros, o direito comercial encontrou sua especialização nas chamadas corporações dos mercadores ou corporações de ofício e nas jurisdições consulares.²⁸

A ética paternalista cristã do período medieval condenava severamente a cobiça, a acumulação e a cobrança de juros. Emprestar dinheiro a juro era usura²⁹, e a usura era pecado³⁰. Adotava-se assim o que Hunt e Sherman chamaram de *doutrina do justo preço*:

²⁷ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 12.

²⁸ Não se trata dos cônsules romanos, mas, sim, dos *chefes das corporações*, que tinham, a princípio, somente funções administrativas e disciplinares, assumindo, bem depressa, a incumbência de resolver as controvérsias levantadas entre os sócios (comerciantes), e entre estes e os seus caixeiros, aprendizes e operários. “Teve-se, assim, uma verdadeira *jurisdição consular*, da qual o desenvolvimento autônomo do direito comercial recebeu notável impulso. As decisões dos cônsules, de fato, não só serviam para dar forma concreta e certa aos costumes, mas, mediante o trabalho de interpretação e de adaptação das várias normas, consuetudinárias e legislativas, vigentes, concorriam eficazmente para a formação e evolução dos institutos jurídicos comerciais.” (ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 17). A este respeito, confira-se também MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 58, que se refere aos cônsules dos comerciantes ou *consules mercatorum*, eleitos pela assembleia dos comerciantes, tendo funções políticas, executivas e judiciais.

²⁹ Conforme destaca VENTURA, “Os autores eclesiásticos invocam tanto o Antigo quanto o Novo Testamento para condenar a USURA, adiantam também um certo número de motivos que relevam da moral natural. Dois deles são particularmente interessantes. Em primeiro lugar, o prestamista não realiza um verdadeiro trabalho, não cria nem transforma a matéria, um objeto; explora o trabalho de outrem, o trabalho daquele a quem empresta. Isto tem uma implicação direta com a doutrina da qual surgiu a própria Igreja, meio rural e artesanal judeu, somente esse trabalho criador é fonte legítima de ganho e riqueza. Era uma visão muito estreita que não concebia as mudanças que estavam sendo processadas com as classes urbanas no Ocidente, entre os séculos X e XIII, com a ascensão dos trabalhadores, incluindo os mercadores cristãos, de ofício itinerante.” (VENTURA, Eloy Câmara. *A evolução do crédito da antiguidade aos dias atuais*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 30.

³⁰ Esclarece Huberman que na “época feudal, a influência da Igreja sobre o espírito do povo era muito maior do que hoje. Mas não era apenas a Igreja que condenava a usura. Os governos municipais, e mais tarde os governos dos Estados, baixavam leis contra ela. Uma ‘lei contra a usura’, aprovada na Inglaterra dizia: ‘Sendo a usura pela palavra de Deus estritamente proibida, como vício dos mais odiosos e detestáveis... proibição essa que nenhum ensinamento ou persuasão pode fazer penetrar no coração de pessoas ambiciosas, sem caridade e avarentar deste Reino... fica determinado... que nenhuma pessoa ou pessoas de qualquer classe, estado, qualidade ou condição, por qualquer meio corrupto, artificioso ou disfarçado, ou outro, emprestem, dêem, entreguem ou passem qualquer soma ou somas de dinheiro... para qualquer forma de usura, aumento, lucro, ganho ou juro a ser tido, recebido ou esperado, acima da soma ou somas dessa forma emprestadas... sob pena de confisco da soma ou somas emprestadas... bem como da usura... e ainda da punição de prisão.’” (HUBERMAN, Leo. *A história da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 34-35).

A ética paternalista cristã condenava com severidade a cobiça e acumulação de riquezas. A doutrina do justo preço servia como freio a esta atitude gananciosa e socialmente perigosa. Como nos dias de hoje, naqueles tempos, a acumulação de riquezas materiais implicava a acumulação de poder e facilitava a mobilidade social ascendente que teria, por fim, efeitos profundamente destrutivos para o sistema medieval, na medida em que acabaria dissolvendo as relações de status que formavam a espinha dorsal da sociedade feudal.

Outra sanção importante, visando também inibir a acumulação de riquezas, era a proibição da usura, isto é, do empréstimo de dinheiro a juros.³¹

Assim, na Idade Média, a face do direito comercial começou a se modular, lastreado nos usos, práticas e costumes congregados pelas corporações de ofício, formando os germens preciosos de uma legislação comercial. O rompimento dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano-canônico comum ocasionou o surgimento da burguesia das cidades, e com ela a classe dos comerciantes.³² Como afirma Huberman,

Chegou o dia em que o comércio cresceu, e cresceu tanto que afetou profundamente toda a vida da Idade Média. O século XI viu o comércio evoluir a passos largos; o século XII viu a Europa ocidental transforma-ser em consequência disso.

.....

Depois do século XII, a economia de ausência de mercados se modificou para uma economia de muitos mercados; e com o crescimento do comércio, a economia natural do feudo auto-suficiente do início da Idade Média se transformou em economia de dinheiro, num mundo de comércio em expansão.³³

As corporações de mercadores passaram a cuidar das questões envolvendo a atividade comercial, incrementada pelo crescimento das cidades, tendo o costume como sua fonte propulsora e principal, originando a difusão de práticas uniformes e obrigatórias a serem seguidas pelos comerciantes.

Várias eram as funções das corporações; elas organizavam e presidiam as feiras e aos mercados; mandavam cónsules para o estrangeiro para proteger os sócios, assistiam-lhes quando fossem atingidos por infortúnios

³¹ HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. 23. ed. Tradução de Jaime Larry Benchimol. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 19-20.

³² ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. Sorocaba-SP: Minelli, 2007, p. 9.

³³ HUBERMAN, Leo. *A história da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 18 e 24.

ou doenças, tutelavam a segurança das comunicações e, por fim, função importantíssima, dirimiam as questões que pudessem surgir entre os sócios.³⁴

Os comerciantes, assim, passaram a se reunir em *associações* ou *corporações*,³⁵ que conservavam sua autonomia própria para dirimir, com base no direito consuetudinário, as demandas envolvendo a atividade comercial.³⁶

O juízo consular, inerente às *corporações de mercadores*, ditava a justiça, sem maiores formalidades e segundo a equidade. A aplicação dos *estatutos (statuta mercatorum, o jus mercatorum)*³⁷ pelos cônsules dos comerciantes (*consules mercatorum*) restringia-se aos comerciantes que, para serem considerados como tal, deveriam atender à formalidade da *inscrição matricular* em uma *corporação*.

As *corporações de mercadores* da Idade Média constituíram-se no órgão primário de desenvolvimento do direito comercial como um direito especial e autônomo, destacando-se, sem dúvida alguma, a Itália como o seu local de nascimento a partir da criação espontânea da prática comercial.

Pode-se dizer que o direito comercial, nesse seu estágio de surgimento italiano, apresentou-se com um caráter subjetivo, ou seja, o direito dos comerciantes, inscritos nas *corporações de mercadores*.

Nota-se assim que na Idade Média o traço marcante para a aplicação do direito comercial era a profissionalidade dos litigantes, obtida mediante a inscrição

³⁴ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 16.

³⁵ Informa BORGES que “Na Alemanha, entre as corporações, guildas de comerciantes, salientaram-se as hansas, que eram corporações em trânsito para defesa de seus interesses fora de sua cidade.” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 28).

³⁶ Segundo ARNOLDI e SOUZA, “O direito comercial, desde o seu surgimento na baixa Idade Média, teve com o característica marcante a internacionalização da atividade econômica. Com o desenvolvimento comercial, surgiu a *lex mercatoria*, cujas peculiaridades principais eram a autonomia e a praticidade. Atualmente, com o processo de globalização, tais características são novamente consideradas. É esta a razão de desenvolver-se, no cenário interacional, a *nova lex mercatoria* – método legislativo utilizado pelas empresas transnacionais que se baseia nos contratos e tem na arbitragem uma alternativa ao Judiciário. No Brasil, a aplicação deste método ainda não é pacífica, mas a assinatura e a ratificação de Convenções relacionadas à matéria refletem uma progressiva abertura.” (ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; SOUZA, Israel Alves Jorge de. *A nova lex mercatoria e o futuro do direito empresarial brasileiro*. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/2006, n. 28, p. 212-220).

³⁷ Segundo Carvalho de Mendonça, “As ordens dos cônsules, as deliberações do conselho dos anciãos e da assembleia geral dos comerciantes matriculados na corporação, normas escritas e consuetudinárias, formaram os chamados *estatutos*.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 59).

nas *corporações de mercadores*. Somente podiam se valer da jurisdição consular os comerciantes assim considerados mediante a inscrição nas *corporações*.

Por isso adverte Rocco que o maior incentivo para a inscrição nas *corporações de mercadores* era a falta de um poder político que assegurasse a paz pública e a realização do direito:

(...) todos aqueles que tinham interesses comuns a fazer valer, e especialmente aqueles que exerciam a mesma profissão, arte ou mister, reuniam-se em *associações* ou *corporações*, a fim exercitarem mais eficazmente a autodefesa. Em virtude do lugar de destaque que veio adquirindo o comércio na vida social da época e da força sempre crescente da classe comercial, grande importância e autoridade tiveram, bem depressa, também as corporações dos mercadores (*mercantiae, curiae mercatorum*, mais tarde, *universitates mercatorum*).³⁸

Destaca Cesare Vivante³⁹ que os comerciantes, para se defenderem contra os abusos dos poderosos, e talvez para os cometerem por sua vez, uniram-se até o número de mil, seguindo a tendência da época, em corporações distintas das outras classes sociais. Formaram *colégios*⁴⁰ constituídos segundo os vários ramos de seu comércio, denominados artes, *pararici, covivia*, que deram mais tarde origem a uma corporação principal designada com o nome de universidade, de comunidade dos comerciantes e por vezes simplesmente com o nome de *mercanzia*.

Segundo Ascarelli,

O direito mercantil se afirma assim como um direito autônomo de classe profissional, fruto do costume dos mercadores, com uma jurisdição fundada na autonomia corporativa; direito fruto do costume e da autonomia corporativa dos comerciantes e por isso só a estes aplicável. Precisamente por isto as regras são aplicáveis segundo um critério subjetivo; seguem na sua aplicabilidade a competência da magistratura mercantil.⁴¹

Ferri também releva o caráter do direito comercial como o *direito de classe*, ou seja, da classe dos mercadores e comerciantes:

³⁸ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 15.

³⁹ VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. Campinas-SP: LZN, 2003, p. 14.

⁴⁰ Esclarece REQUIÃO que “Em um ambiente jurídico e social tão avesso às regras do mercantil, foram os comerciantes levados a um forte movimento de união, através das organizações de classe que os romanos já conheciam em fase embrionária – os colégios.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 9).

⁴¹ ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao estudo do direito mercantil*. Sorocaba-SP: Minelli, 2007, p. 48.

Il diritto commerciale è sorto come diritto di classe, come diritto degli iscritti nella matricula mercatorum, nei confronti dei quali erano applicabili le norme elaborate nello stesso ceto mercantile e trasfuse negli statuti delle corporazioni dei mercanti e rispetto ai quali le controversie erano devolute alla giurisdizione dei consoli.⁴²

O direito comercial, contudo, prescindia de uma regulação codificada; o direito costumeiro ditado pelo juízo consular dirimia as controvérsias instauradas entre a classe dos comerciantes. Assim, o caráter subjetivo do direito comercial evidenciava-se, pois tinha como escopo regular os atos praticados pelos comerciantes inscritos nas *corporações*.

As corporações, contudo, lutavam pelo alargamento de sua jurisdição aos estranhos a elas. A tendência era a aplicação do direito comercial a quem praticasse certos atos de comércio, os quais foram elevados a critério para determinar a profissão do litigante.

Típico, portanto, direito profissional de uma classe⁴³, direcionado para a regulação das atividades econômicas uniformes e universais exercidas pelos comerciantes, gradativamente o direito comercial foi se desprendendo de tal invólucro quando passou a considerar o ato de comércio em si, independentemente da qualidade de quem o praticou; “isto é, conceber um ato de comércio isolado, praticado por um não comerciante. E a isto só se devia chegar muito mais tarde.”⁴⁴.

E, de fato, chegou. Com a edição do Código Comercial francês de 1807, em grande parte extraído das Ordenanças de Luís XIV (1673 e 1681)⁴⁵, o direito

⁴² FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Roma: UTET Giuridica, 2006, p. 5. Tradução livre: O direito comercial surgiu como um direito de classe, como um direito dos inscritos na matrícula mercantil, aos quais eram aplicáveis as regras estabelecidas na mesma classe mercantil e transcritas nos estatutos das corporações dos mercadores as disputadas a respeito das quais foi aplicada a jurisdição consular.

⁴³ Esclarece Rachel Sztajn que o “Direito Comercial, para muitos direito de uma classe de pessoas, os comerciantes, e por ela imposto à sociedade, aparece em período no qual a pluralidade de direitos especiais, direitos de classe que vigoravam paralelamente ao direito comum e geral, era aceita pelas sociedades. Mas, apesar da crítica sobre ser o Direito Comercial criado por comerciante para disciplinar sua atividade, ele não é um direito classista. Ele pretendia ser direito das atividades econômicas, uniforme, universal, regendo práticas iguais ou muito próximas em diferentes locais.” (*Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 88).

⁴⁴ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 26.

⁴⁵ Segundo BORGES, “a primeira codificação mercantil de importância foi realizada em França, sob Luís XIV, pelo seu grande ministro Colbert. Dividiu-se ela em duas *ordonnances*. A primeira, de 1673, é a *Ordonance sur le commerce de terre*, também denominada Código Savary, devido à grande preponderância de um comerciante, Jacques Savary, na comissão de magistrados e comerciantes que a elaborou. A segunda, muito superior à primeira, data de 1681, constituindo a *Ordonance sur le*

comercial abandonou o caráter subjetivo de aplicação, centrado na figura do comerciante, passando a adotar um sistema objetivo com base na teoria dos atos de comércio.

Não mais se sujeitava às comandos normativos mercantis que estivesse inscrito nas *corporações dos mercadores*, mas, sim, quem praticasse certos atos descritos pela legislação. A codificação francesa influenciou muitos países, entre eles, Espanha, Holanda, Itália, Portugal e o Brasil, em seu Código Comercial de 1850.⁴⁶ Como nos diz Ferri,

Con l'abolizione dei privilegi e delle corporazioni, conseguente alla rivoluzione francese, il diritto commerciale ha perso formalmente la sua caratteristica di diritto di classe e per la prima volta nel codice Napoleone ha trovato una giustificazione oggettiva (artt. 631-633 cod. Nap.).

Alla nozione di commerciante si è aggiunta, assumendo preminente rilievo, la nozione di atto di commercio, ma sono rimasti notevoli residui del periodo precedente, primo fra tutti quello di una speciale giurisdizione per le controversie commerciali, i tribunali di commercio.

Anche nel codice Napoleone l'ambito del diritto commerciale è in funzione della giurisdizione commerciale (ciò risulta espressamente dall'art. 631), con la differenza però che la competenza dei tribunali di commercio si determina non più soltanto in funzione del commerciante, iscritto o reputato tale, ma anche in funzione dell'atto di commercio.⁴⁷

commerce de mer. Além de serem precursoras do primeiro grande código de direito comercial – o de 1807, - essas ordenanças deram origem na França a pequenos trabalhos de comentários e de exegese. Além de Savary, cujo livro *Le Parfait Negociant* tem apenas cunho prático e moral, não jurídico, comentaram as ordenanças Jousse, Borner e Boutaric (a de 1673) e Valin e Emérigon (a de 1681). Ao lado destes, cuja obra carece de importância, deve ser citado Pothier, o grande pandectista do século XVII, cuja obra sobre letras de câmbio expõe a doutrina tradicional francesa, doutrina que, segundo Escarra, sobreviveu em parte à própria reforma legislativa de 1935.” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 32).

⁴⁶ Segundo BORGES, “o *Code de Commerce* de 1807 influenciou e serviu de base a todos os códigos mercantis do século passado, na Europa e na América. Com razão Vidari denominou-o pai de todos os códigos modernos.” (BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 33). Para MARTINS, “Apesar de não haver inovado muito em matéria de Direito Comercial, conservando quase tudo o que dispunham as Ordenanças de Comércio Terrestre, de 1673, e da Marinha, de 1681, não obstante o desenvolvimento comercial que se verificava, dando lugar à criação de regras jurídicas para aplicação dos casos concretos, o Código de Comércio francês teve grande influência nas legislações, principalmente nas dos povos latinos. Adotaram-no, entre outros, o reino de Nápoles, a Bélgica e São Domingos. Influenciados por ele, direta ou indiretamente, surgiram o Código do Haiti, 1820, o espanhol, de 1829, o português, de 1833, o da Sardenha (Código Albertino), de 1842, o brasileiro, de 1850, o mexicano, de 1854, o italiano, de 1865. Orientação diversa seguiu o Código espanhol que foi adotado em vários países sul-americanos tais como a Bolívia, em 1834, e o Paraguai, em 1844.” (MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10-11).

⁴⁷ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Roma: UTET Giuridica, 2006, p. 5-6. Tradução livre: Com abolição dos privilégios das corporações, consequência da revolução francesa, o direito comercial perdeu formalmente a sua característica de direito de classe e pela primeira vez no Código Napoleão encontrou uma justificação objetiva (art. 631-633 cod. Nap.). A noção de comerciante é acrescentado, assumindo primeiro relevo, a noção de ato de comércio, mas continuaram a ser considerados resíduos do período precedente, primeiro entre todos os de uma especial jurisdição para as controvérsias comerciais, os tribunais de comércio. Mesmo no código Napoleão o domínio do direito comercial está com a jurisdição comercial (isto resulta expresso do art.

A teoria dos atos de comércio, portanto, inaugurou o carácter objetivo do direito comercial, ou seja, passou a considerar comerciante, sujeito à jurisdição comercial, aquele que praticasse tais atos descritos pela legislação. Isso se deve ao fato de que o direito comercial chegou ao século XIX como o direito dos comerciantes, com uma jurisdição própria, privilégio com o qual a Revolução Francesa não poderia aceitar. Cordeiro explica a adesão do direito comercial ao sistema objetivo:

O Código de comércio francês beneficiou de ter sido precedido pelo Código Civil, de 1804. Pôde simplificar a matéria, atendo-se às questões mais directamente comerciais. Ele não tem sido considerado, ao contrário do Código Civil. Elaborado de modo apressado, ele ressentir-se-ia, ainda, de ter precedido a revolução industrial: esta exigiria quadros jurídicos bem mais flexíveis. De todo modo e formalmente, ainda hoje, o Código se mantém em vigor; todavia, dos seus iniciais 648 artigos, apenas pouco mais de 100 não foram revogados; e ainda desses, somente 33 subsistem, na sua redacção original.

.....

Resultou daí a adopção do sistema dito objectivo: o *Code* visava os actos do comércio, indicando depois, num sistema fechado, que actos seriam esses, para efeitos de jurisdição comercial. E os próprios comerciantes vinham definidos por referência aos actos de comércio. Segundo o artigo 1/1, do *Code de Commerce*, 'São comerciantes aqueles que exercem actos de comércio e disso fazem a sua profissão habitual'.⁴⁸

A objetivação, portanto, do carácter do direito comercial foi desencadeada pelo Código de Comércio francês de 1807 (Código de Napoleão), que marcou época na evolução histórica de tal ramo do direito como o primeiro ensaio de uma codificação completa da matéria, no centro do liberalismo.⁴⁹

631), com a diferença, contudo, que a competência dos tribunais do comércio não mais se determina apenas em função do comerciante, inscrito ou reputado tal, mas também em função do ato de comércio.

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51-52.

⁴⁹ O liberalismo, fruto dos anseios político, social e económico do século XVIII, trouxe importantes contribuições para a construção da concepção moderna do direito empresarial. Como movimento político, o liberalismo rompeu com o regime absolutista, centrado na figura do rei. O *anciên regime* foi deixado de lado. Ademais, a inserção da razão como fator propulsor da realidade jurídica inaugurada, decorrente do iluminismo jusracionalista, colocou a razão humana no centro do sistema, em substituição à divindade característica do medievo, base do absolutismo. O jusracionalismo conferiu à vontade humana grande destaque, a partir da prevalência dos direitos subjetivos, igualdade e liberdade, típicos do *laissez-faire*. No campo económico, o novo papel da burguesia fez-se sentir no crescimento e desenvolvimento da atividade comercial, já incipiente e exigida na derrocada no sistema feudal. Contudo, a igualdade, meramente formal, permitiu a acentuada exploração do

Assim, o direito comercial deixou de ser o direito dos comerciantes e passou a ser o direito dos atos de comércio, os quais, praticados por quem quer que fosse, estavam sujeitos às leis e ao juízo comercial.

Todavia, o segredo do êxito, e ao mesmo tempo o maior defeito do Código de Napoleão, foi ter codificado aquele direito mercantil universal do passado, atendendo aos interesses comuns do comércio em vários países, tendo, por isso, já nascido velho, pois foi incapaz de reger as novas relações decorrentes da revolução econômica e industrial do século XIX, que “iria assinalar-se pelo desenvolvimento da navegação a vapor, das estradas de ferro, da mobilização da riqueza através dos títulos de crédito, das sociedades anônimas, dos bancos etc”.⁵⁰

A técnica de enumeração legislativa dos atos de comércio, contudo, não conseguiu alcançar a completude da realidade mercantil, pois se olvidou da constante expansão do direito comercial. Esse foi o erro em que incorreu a concepção objetivista.

O Código alemão de 1897 e o Código Civil italiano de 1942 descartaram o sistema objetivista, codificando um novo direito comercial destinado a regular aqueles que profissionalmente realizavam uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, convertendo-se no *sistema subjetivo moderno*, regulador do empresário e da atividade por ele realizada, ou seja, a empresa.⁵¹ Nasce, assim, um novo direito comercial, agora chamado de direito empresarial, ou direito de empresa.⁵²

proletariado, ou seja, o que foi a origem e centro do liberalismo também deu causa à sua ruína. Em outras palavras, o afastamento do Estado das atividades privadas, tornando-o mero expectador e garantidor de direitos subjetivos, que num primeiro momento se fez necessário para romper com o sistema absolutista, permitiu, por outro lado, a exploração do mais fraco pelo mais forte. A propósito, os códigos oitocentistas colocaram a autonomia da vontade como epicentro, consagrando, principalmente a propriedade. Os códigos napoleônicos (Código Civil de 1804 e Código Comercial de 1807), frutos do positivismo, conceberam o direito como sistema fechado, de subsunção do caso concreto à norma abstrata previamente estipulada. Napoleão Bonaparte, idealizador do Código Civil de 1804, não permitiu a sua interpretação, entendendo-o como um diploma legal perfeito e acabado. Eventuais dúvidas na sua aplicação deveriam ser resolvidas pela mera interpretação gramatical e sistemática, a que se debruçou a chamada “Escola da Exegese”. Aliás, quanto aos advogados, é célebre a passagem em que Napoleão intencionava “cortar-lhes a língua.”

⁵⁰ BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 33.

⁵¹ PONT, Manuel Broseta. *Manuel de derecho mercantil*. 14 ed. Atualizada por Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007, p. 51.

⁵² Destaca-se que o Código Comercial francês fez referência à empresa, porém, compreendendo-a como a repetição de atos de comércio em cadeia, diversamente da amplitude que lhe conferiu o Código Civil italiano de 1942, como sendo “a organização dos fatores de produção, para a criação ou

Comparativamente com a transição do sistema feudal para a economia burguesa, os antigos comerciantes, a partir do século XIX, se viram atraídos para o exercício da atividade produtiva de produção dos bens de consumo e da prestação de serviços, deixando de lado a mera intermediação e tornando-se um *empresário da indústria*. O comércio cedeu espaço para a empresa.⁵³

No Brasil⁵⁴, a evolução do direito comercial, desde o período de colonização portuguesa, onde imperavam as diretrizes traçadas pelos colonizadores por meio das Ordenações do Reino, tem seu marco principal no desembarque da família real, em 1808⁵⁵, em terras brasileiras. Segundo, Gomes:

Duzentos anos atrás, o Brasil não existia. Pelo menos, não como é hoje: um país integrado, de fronteiras bem definidas e habitantes que se identificam com os brasileiros, torcem pela mesma seleção de futebol, usam os mesmos documentos, viajam para fazer turismo ou trabalhar em cidades e estados vizinhos, freqüentam escolas de currículo unificado e compram e vendem entre si produtos e serviços. Às vésperas da chegada da corte ao Rio de Janeiro, o Brasil era um amontoado de regiões mais ou menos autônomas, sem comércio ou qualquer outra forma de relacionamento, que tinham como pontos de referência apenas o idioma português e a Coroa portuguesa, sediada em Lisboa, do outro lado do Oceano Atlântico.⁵⁶

oferta de bens ou de serviços”. Nesse sentido, consulte-se REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 13-14.

⁵³ DUARTE, Ronnie Preuss. *Teoria da empresa*: São Paulo: Método, 2004, p. 23-24. Segundo Jorge Lobo, o século XVIII não conheceu um conceito jurídico de empresa, diante do predomínio do comércio e das indústrias de manufaturados, centrando a riqueza na agricultura. No século XIX, a situação não sofreu modificação substancial, existindo poucas e isoladas fábricas, não obstante a influência do liberalismo econômico. (A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2002, n. 125, p. 29-40)

⁵⁴ Carvalho de Mendonça, em obra editada na década de 30, resume a história do direito comercial brasileiro a três fases: a primeira fase inicia-se em 1822 e vai até meados do século da Independência, representando a herança colonial; a segunda fase tem como marco o Código Comercial de 1850, estendendo-se até 1890, ano em que o Governo Provisório expediu o Decreto n. 917, de 24 de outubro, reformando a parte terceira deste Código; a terceira fase, de 1890 em diante. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 75-126). Ainda, pode-se acrescentar uma quarta fase, a partir do Código Civil de 2002, com a adoção da teoria da empresa em abandono à teoria dos atos de comércio, até os dias atuais.

⁵⁵ GOMES revela que Napoleão Bonaparte, nas suas memórias escritas pouco antes de morrer no exílio da Ilha de Santa Helena, referindo-se a D. João VI, rei do Brasil e de Portugal disse: “Foi o único que me enganou.” (GOMES, Laurentino. *1808: com uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 6).

⁵⁶ GOMES, Laurentino. *1808: com uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p.120.

Com a chegada da família imperial português ao Brasil, deu-se a abertura ao comércio dos povos. A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 abriu os portos brasileiros ao comércio direto estrangeiro⁵⁷, criando-se, em 23 de agosto daquele mesmo ano, a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação com a finalidade de incentivar o desenvolvimento da economia na Colônia. Por meio do Alvará de 12 de outubro de 1808 criou-se o Banco do Brasil.⁵⁸ Ainda sob os auspícios da coroa portuguesa vivia-se um direito comercial fundado basicamente nos costumes.

Conquistada a sua independência, o Brasil viu-se na necessidade de criação de normas próprias para regular a atividade comercial, não obstante ainda se valesse da Lei da Boa Razão de 1769, legislação que, embora proveniente de Portugal, era invocada para dirimir as contendas em matéria comercial. Como afirma Cordeiro,

Após a independência de 1822, o Brasil manteve as leis anteriores em vigor, com relevo para as Ordenações do Reino. No plano jurídico-científico, conservou-se a tradição de fazer estudar, em Coimbra, os jovens candidatos a juristas: assim se assegurou, num primeiro momento, uma especial proximidade dos Direitos português e brasileiro.

As condições específicas reinantes na grande Nação, dobradas por uma evolução política própria e pela criação e funcionamento de prestigiadas Faculdade de Direito (S. Paulo e Olinda/Recife), facultaram uma Ciência própria que acabaria por dar frutos em grandes codificações privadas.⁵⁹

Tal situação não perdurou por muito tempo, sendo aprovado, pela Lei n. 556, de 23 de junho de 1850, o Código Comercial brasileiro, inspirado no modelo napoleônico, adotando-se, portanto, a teoria dos atos de comércio.⁶⁰

O artigo 4º do Código Comercial brasileiro considerava comerciante quem estive inscrito em um dos Tribunais do Comércio do Império e praticasse atos de

⁵⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 76.

⁵⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, p. 43-46.

⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.115.

⁶⁰ “Organizado na época em que o direito comercial era tido e havido como direito de classe, o nosso código, em substancia não se afastara dessa orientação; procurou regular exclusivamente a atividade profissional dos comerciantes.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 105).

mercancia (atos de comércio). A imposição normativa fez com que o direito brasileiro adotasse uma natureza híbrida, ou seja, subjetiva (pessoa do comerciante) e objetiva (exercício da mercancia).

A determinação dos atos de comércio foi feita pelo Regulamento 737 de 1850, que enumerava cinco categorias deles, tais como, a compra e venda ou troca de móveis ou semoventes, as operações de câmbio, de banco e corretagem, as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação, transporte de mercadorias e os seguros.

Não obstante alguns traços do caráter subjetivo, a objetivação do direito comercial brasileiro, fundada na teoria dos atos de comércio, perdurou até a edição do Código Civil de 2002, o qual passou a adotar a teoria da empresa, com base no Código Civil italiano de 1942⁶¹, revogando a parte primeira do Código Comercial de 1850, o que será tratado mais adiante.

2.2 O movimento de unificação do direito privado

Em 1867, Augusto Teixeira de Freitas⁶² defendeu a unificação do Direito Privado a partir da elaboração de um Código Geral de Direito Privado, sob os seguintes argumentos:

Não há tipo para essa arbitrária separação de leis a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os actos da vida jurídica, exceptuados os benéficos, podendo ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência. Não há mesmo alguma razão para tal selecção de leis; pois que, em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil,

⁶¹ “Em 1942, na Itália, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de teoria da empresa. O Direito Comercial em sua terceira etapa evolutiva deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8).

⁶² Teixeira de Freitas foi o responsável pela primeira tentativa de codificação civil do Brasil, sua obra o “Esboço” influenciou as codificações civis da Argentina, Paraguai e Uruguai.

aparecem raros casos em que seja de mister distinguir o fim comercial, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos.⁶³

Embora a embrionária idéia de unificação do Direito Privado não tenha sido levada a cabo no Brasil, a Exposição de Motivos do Código Civil brasileiro de 2002, nas palavras de Miguel Reale, conferiu a Teixeira de Freitas merecida menção, destacando as suas idéias de vanguarda:

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito de Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglez de Sousa até os já referidos projetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964 (...) Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de Teixeira de Freitas, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um 'Código de Direito Privado'. (...) Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos juristas, Teixeira de Freitas, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a Consolidação das Leis Civas, de autoria daquele ínclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da Consolidação, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malgrado Esboço de Código Civil, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional.⁶⁴

Após Teixeira de Freitas, a autonomia do Direito Comercial foi bastante discutida na Itália, a partir da famosa controvérsia instaurada pelo comercialista Cesare Vivante em aula inaugural na Universidade de Bolonha, em 1892. O autor italiano, num primeiro momento, defendeu a unificação do Direito Privado, vindo, em 1919, diante da reação autonomista de Alfredo Rocco, a se retratar e reconhecer a permanência do Direito Comercial como ciência autônoma.⁶⁵

⁶³ CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*. Coimbra: s.n., 1985, p. 40, citado por WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_163/R163-17.pdf> Acesso em: 22 out. 2008.

⁶⁴ BRASIL. Código Civil (2002). *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002, p. 32-34.

⁶⁵ Segundo VERÇOSA, a autonomia do direito comercial não se trata "de uma discussão meramente acadêmica, mas voltada para efeitos de enorme amplitude na prática jurídica. Na dependência de uma ou outra conclusão a ser tirada de tal estudo é que se saberá o rumo correto a ser tomado em diversas esferas da atividade empresarial na solução de conflitos, como também na pavimentação adequada do caminho a ser adotada quanto aos contratos empresariais, entre outros aspectos."

Não obstante a retratação de Vivante, a Itália presenciou, em 1942, a unificação legislativa do Direito Privado, com a promulgação de um Código Civil, englobando as matérias civis e comerciais.

Pode-se perceber que o movimento de unificação do Direito Privado teve em Teixeira de Freitas o seu precursor, precedendo de muitos anos a Vivante, como salienta Tullio Ascarelli.⁶⁶

Contudo, apesar dos históricos debates unificadores, o Direito Comercial, hoje Direito Empresarial, mantém a sua autonomia, que no direito brasileiro, em conformidade com o artigo 22, I da Constituição da República e com o retorno da concepção subjetivista no Código Civil, pode ser defendida sobre três aspectos: didática, formal e substancial ou jurídica.

A autonomia didática é facilmente perceptível quando se tem o Direito Empresarial sendo ministrado como disciplina autônoma nas estruturas curriculares dos cursos jurídicos⁶⁷, inclusive na Itália, que não conta com um Código Comercial, mas, apenas, um Código Civil (*Codice Civile* - 1942).

Segundo o autor italiano Francesco Galgano,

Em 1942 o direito comercial perde, no nosso país, a antiga autonomia legislativa; um unitário código civil toma o posto precedentemente ocupado, e ainda ocupado alhures, por separados códigos civis e de comercio. Não obstante isso, os juscomercialistas italianos dão vida novamente ao direito comercial, com uma hábil operação de 'retalho', no interior do código civil, de diversos conjuntos de normas, algumas do Quinto, outras do Quarto Livro, cujo elemento unificador em outra coisa não reside senão no fato de que elas eram, uma época, encerradas dentro do código de comércio (e ao mesmo título são incluídas no 'direito comercial' algumas leis especiais, aquelas sobre falência, sobre a cambial e sobre o cheque etc., cuja 'comercialidade' deriva também do fato de elas regularem matérias já reguladas pelo código de comércio).

O antigo particularismo se transformou, assim, em 'autonomia científica' do direito comercial. A integração do direito comercial ao direito civil é, quanto menos em sede de sistematização e interpretação, esconjurada; a juscomercialística continua, como no passado, a elaborar separadamente as próprias categorias.⁶⁸

(VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 82).

⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1962.

⁶⁷ No Brasil, não podemos olvidar da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda, estabelecendo como cadeiras distintas a da matéria de direito pátrio civil (3º ano) e a de direito comercial e marítimo (4º ano). Já despontava, assim, a autonomia do direito comercial. "Pelos menos se acentuava sua autonomia didática." MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 81).

⁶⁸ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2003, n. 129, p. 226.

A autonomia formal diz respeito à existência de codificação diversa, ou seja, um Código Comercial e um Código Civil. No Brasil, o Direito Empresarial sofreu parcial perda de sua autonomia formal, com a inserção de sua parte geral, antes regulada pelo Código Comercial de 1850, no Código Civil de 2002, nos artigos 966 a 1195. Na Itália, como abordado, não existe a autonomia formal (codificação) do Direito Comercial. Como dizem Arnoldi e Souza,

Com a consolidação do processo de globalização iniciada após a 2ª guerra mundial, as diferenças entre o direito civil e o direito comercial, ou modernamente empresarial, tornam-se cada vez mais evidentes. O direito civil permanece ligado às suas tradições, sem grandes alterações. Por outro lado o direito comercial é profundamente afetado, afirmando cada vez mais a necessidade de sua autonomia. Não se trata de uma autonomia formal no sentido de mera separação de códigos, como até recentemente ocorria no Brasil com o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, ainda refletindo uma positividade tipicamente nacional em prejuízo à universalidade. A referência é a um direito comercial autônomo material e cientificamente, no sentido de incorporar-se, cada vez mais, a *nova lex mercatoria*.⁶⁹

A autonomia substancial ou jurídica é que realmente interessa, conforme destacado por Galgano e Arnoldi, já que se observa um corpo orgânico e complexo de normas próprias reguladoras do direito empresarial. Este tem um objeto de regulação e estudo específico, isto é, o empresário e a atividade econômica por ele organizada (a empresa).⁷⁰

Para Verçosa⁷¹, o Direito Comercial continua vivo e ativo, agora com um campo maior de abrangência e podendo chamar-se Direito Empresarial em sentido

⁶⁹ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; SOUZA, Israel Alves Jorge de. *A nova lex mercatoria e o futuro do direito empresarial brasileiro*. *Revista de Direito Privado* n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/2006, p. 212-220. Para SZTAJN, a “universalidade das relações mercantis, resultantes de não haver barreiras nacionais impeditivas da aplicação das normas corporativas, também sofre com a criação dos Estados nacionais, retornando sua importância no comércio internacional em anos mais recentes com o aparecimento de uma nova *lex mercatoria*.” (SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 86).

⁷⁰ Importante a observação de Leães no sentido de que “O Código acompanha, portanto, a tese da autonomia substancial do Direito Mercantil e adota o processo de unificação parcial do Direito Privado, na parte relativa ao Direito das Obrigações, deixando para leis esparsas as matérias que reclamam disciplina especial autônoma (*in primis*, falência, concorrência etc.), certo de que os institutos do chamado Direito Comercial, estejam normatizados em um Código único, conjuntamente com os de Direito Civil, ou incorporados a legislações extravagantes, sempre serão substancialmente distintos dos de Direito Civil, posto que informados por princípios próprios.” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2002, n. 128, p. 7-14).

estrito, embalado em berço próprio do Código Civil e cujos braços estendem-se para fora das normas deste, por meio de leis empresariais especiais.

Tem-se, portanto, que o Código Civil de 2002 não conseguiu ser o palco da pretendida unificação do Direito Privado brasileiro. Longe disso, apenas tratou de regular a nova parte geral do Direito Empresarial, reconhecendo a sua autonomia com o retorno da concepção subjetivista voltada agora para a tutela do empresário individual e das sociedades empresárias⁷². Sendo assim, as concepções unificadoras não se sustentam como bem observa Ferri:

La inserzione delle norme commerciali nel codice civile è un fatto che può essere eliminato, ma che non può essere disconosciuto, fin quando rimane: l'autonomia del diritto commerciale non può pertanto essere sostenuta sotto il profluo formale, ma può esserlo soltanto sotto il profluo sostanziale, e cioè sotto il profilo della particolarità del fenomeno regolato, la quale si traduce inevitabilmente in una specializzazione e differenziazione della disciplina giuridica.

La esistenza nel codice di una disciplina specializzata e differenziata per i rapporti che attengono alla predisposizione dei mezzi atti a soddisfare i bisogni del mercato è un altro dato incontrovertibile, del quale è necessário tener conto. E questo dato è sufficiente a giustificare il permanere di una scienza del diritto commerciale accanto a una scienza del diritto civile, dato che la particolarità del fenomeno economico-tecnico necessariamente si riverbera sui criteri e sul método di indagine, presupponendo particolari conoscenze e particolari attitudini.⁷³

⁷¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 165.

⁷² Esclarece Calixto Salomão Filho que “no Código Civil o termo ‘empresário’, mais que uma disciplina, é uma *fattispecie*. Ora, como o sentido da última se faz ver pela presença da primeira, é de esperar que em leis especiais a *fattispecie* ‘empresário’ venha a ganhar disciplina concreta e, então, função específica. É curioso, pois isso representará nada mais, nada menos que um retorno ao particularismo do direito comercial (ou, como visto, na versão atual, direito empresarial), caminho absolutamente natural no movimento historicamente pendular das codificações. Essa contínua movimentação é dada pela tensão constante entre interesses que exigem tratamento diferenciado (ou pela profissionalidade – como era o caso dos comerciantes, e agora dos empresários, que requer, em muitos casos, que a eles seja dado tratamento jurídico mais rigoroso; ou, ao contrário, pela necessidade de proteção especial de determinados grupos de hipossuficientes, como é o caso da legislação do consumidor) e as forças constantes, historicamente importantes no campo do direito civil, no sentido de generalização e universalização de tratamento jurídico uniforme. É bom sempre lembrar que, em especial em presença de enormes disparidades econômicas geradas pela sociedade moderna, a generalidade de tratamento atribuídas pelas normas civis clássicas, ao invés de uma garantia do cidadão, com freqüência revela ser um grave risco e uma importante fonte de aprofundamento dos desequilíbrios sociais e econômicos.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie ‘empresário’ no Código Civil de 2002*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2006, n. 144, p. 15).

⁷³ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Roma: UTET Giuridica, 2006, p. 10. Tradução livre: A inserção das regras comerciais no Código Civil é um fato que pode ser eliminado, mas que não pode ser desconsiderado, desde quando é que: a autonomia do direito comercial não pode, portanto, ser sustentada sob o perfil formal, mas pode ser, sobretudo, sob o perfil substancial, isto é sobre o perfil da particularidade do fenômeno regulado, o que inevitavelmente se traduz em

Rocco já chamava a atenção para o fato de não se poder confundir autonomia de uma ciência com sua independência. Autonomia científica não significa isolamento científico⁷⁴. Segundo o mestre italiano,

Para que um corpo de doutrinas tenha razão de existir e de ser considerado como ciência autônoma, é necessário e suficiente:

1º. Que ele seja bastante vasto a ponto de merecer um estudo adequado e particular;

2º. Que ele contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informadores de outras disciplinas;

3º. Que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objeto das suas investigações.

Ora, satisfaz a ciência do direito comercial a estas condições?

Evidentemente que sim.⁷⁵

A autonomia do direito comercial, empresarial, mercantil ou de empresa, continua, portanto, evidente, com leis especiais aperfeiçoadas, progressiva afirmação de disciplinas especializadas⁷⁶, como é o caso dos títulos de crédito, recuperação de empresas e falência, além de contar, há séculos, com uma vasta e robusta literatura.

uma especialização e diferenciação da disciplina jurídica. A existência no código de uma disciplina especializada e diferenciada para satisfazer as relações e as necessidades do mercado é outro dado incontestável, que deve ser tido em conta. Este dado é suficiente para justificar a continuação da existência de uma ciência do direito comercial ao lado de uma ciência do direito civil, uma vez que as peculiaridades do fenômeno técnico-econômico necessariamente se revelam sobre os critérios e método de investigação, pressupondo particulares conhecimentos e atitudes especiais

⁷⁴ Carvalho de Mendonça, comentando esta passagem da obra de Alfredo Rocco, conclui que “Não é possível ser commercialista sem conhecer a fundo o direito civil. Com o mesmo Prof. Rocco, podemos dizer que o commercialista na se limita a assumir as vestes de civilista; precisa ir além do próprio civilista, em virtude da continua evolução das relações mercantis, para as quaes muitas vezes o direito civil, já como presupposto, já como fonte do direito commercial, se revela insufficiente.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, v. I, p. 31-32).

⁷⁵ ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 86-87.

⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

2.3 A adoção da teoria da empresa no Código Civil

A teoria da empresa, disposta nos artigos 966 a 1195 do Código Civil brasileiro de 2002, fez retornar o caráter subjetivo do direito comercial, passando, novamente, a ditar a aplicação de suas normas ao invólucro profissional do empresário, considerado como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços. Quem se enquadrar nesse conceito será considerado empresário e, como tal, sujeito ao novo direito comercial, empresarial ou de empresa.

Segundo Verçosa, persiste, contudo, um elemento objetivo vinculado ao exercício profissional e habitual para a caracterização do empresário:

O empresário deve ser qualificado pelo exercício da empresa – ou seja, da atividade econômica organizada. Nos termos do art. 2.082 do CClt de 1942, ‘é empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços.’

Dessa forma – conforme Ascarelli - a natureza da atividade juntamente com seu exercício profissional e habitual são os elementos qualificadores do empresário, e não mais a qualidade do sujeito. Nota-se, nesse caso, a persistência de um elemento objetivo quando se faz referência, juntamente, a um campo determinado de atuação humana para tal finalidade.⁷⁷

Para Calixto Salomão Filho, o conceito de comerciante, formado apenas por características subjetivas, não obstante o seu desaparecimento no direito brasileiro é mais apto para captar situações em que a especificidade da disciplina se justifica exatamente em função dessas características subjetivas especiais, ao contrário da noção de empresário que inclui, ao lado destas, também características objetivas (organização).⁷⁸

De outro lado, instrumento de desenvolvimento social e econômico, a empresa encontra inúmeras definições. No âmbito da economia, considera-se empresa a reunião dos fatores de produção: capital, mão de obra, matéria prima e

⁷⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 52.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* ‘empresário’ no Código Civil de 2002. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2006, n. 144, p. 8.

tecnologia⁷⁹; juridicamente, a empresa⁸⁰ é uma atividade econômica organizada profissionalmente pelo empresário para a produção de produtos e serviços direcionados ao mercado.

A doutrina italiana produziu a teoria poliédrica da empresa, elucidando os seus díspares significados. Coube a Alberto Asquini⁸¹ apresentar os perfis da empresa: subjetivo, objetivo, funcional e corporativo. Subjetivamente a empresa seria sujeito de direito, ou seja, centro de imputação de direitos e deveres; objetivamente, a empresa corresponderia à reunião de bens corpóreos e incorpóreos, traduzindo-a como estabelecimento; a funcionalidade da empresa é destacada como uma atividade econômica exercida pelo empresário (individual ou coletivo); corporativamente a empresa expressa a comunhão dos propósitos de empresários e trabalhadores.⁸²

Acrescente-se ainda a concepção institucional da empresa, tendo à frente a figura do empresário, objetivando desempenhar uma atividade produtiva, implicando necessariamente na organização de meios e/ou pessoas. Como instituição, a empresa “é um centro de convergência de variados interesses”⁸³, desempenhando papel relevante para o desenvolvimento econômico-social.

⁷⁹ Segundo Bruscato, “Sob o ponto de vista econômico, a empresa é considerada como uma combinação de fatores de produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, encadeada por uma ação organizadora – ou seja, toda organização econômica destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo como objetivo o lucro.” (BRUSCATO, Wilges. Os princípios do Código Civil e o direito de empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2005, n. 139, p. 55).

⁸⁰ “Empresa, como instituto ou fenômeno ou fato econômico é gênero de organização da atividade, admitindo várias espécies conforme o tipo de atividade, o setor da economia em que esta fosse ubicada, o porte, e uma espacial. Ter-se-á, então, empresas comerciais, agrícolas, artesanais, de serviços, de criação intelectual; micro, pequenas, médias e grandes; locais, regionais, nacionais, internacionais, ou multinacionais. Empresa será atividade econômica organizada para a criação de utilidades destinadas a mercados.” (SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/2006, n. 25, p. 231-249).

⁸¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Profili dell’impresa. Rivista del Diritto Commerciale 41, I, 1943). Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 104, p. 109.

⁸² Para Fábio Ulhoa Coelho, o “perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a idéia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletariados e capitalista apenas existe em ideologias populistas de direito, ou totalitárias (como a fascista, que dominava a Itália na época.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 19). Fundador do partido fascista italiano, Benito Mussolini, num discurso proferido na Câmara dos Deputados no dia 26 de Maio de 1927, disse uma frase que define concisamente a ideologia do fascismo: “*Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*” (Tradução livre: Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Fascismo>> Acesso em: 01 out. 208).

⁸³ DUARTE, Ronnie Preuss. A teoria da empresa: à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004, p. 146-149. “A concepção institucional, além de dar uma maior relevância ao fenômeno empresarial, permitindo uma concepção da empresa que abranja suas múltiplas

O direito brasileiro adotou, a partir da edição do Código Civil de 2002, a teoria da empresa, considerando-a como uma *atividade*, exercida pelo empresário, conforme a dicção do artigo 966 do estatuto civil⁸⁴, seguindo o modelo italiano. A esse respeito, anota Rachel Sztajn

A empresa, até então ausente do ordenamento jurídico pátrio, embora a doutrina não a ignorasse, ganha cidadania no novo ordenamento privado. Claro que o desenvolvimento doutrinário que enfoca a empresa atinha-se e repetia o ensinamento de juristas italiano que sobre o tem se debruçaram anteriormente. A recepção da empresa pelo ordenamento jurídico positivo, talvez por isso, seguiu a mesma linha de orientação presente no *Codice Civile*, que parte da noção de empresário, definição estipulativa. Essa forma de apresentar o instituto, tendo no sujeito o foco, acompanha e está fulcrada no ensinamento de Alberto Asquini, em texto de 1943 que aborda os perfis da empresa.⁸⁵

Na dogmática brasileira, o perfil subjetivo da empresa corresponde, portanto, ao empresário; o objetivo ou patrimonial, ao estabelecimento empresarial; o corporativo e a concepção institucional⁸⁶, à função social da empresa.⁸⁷

Empresa, portanto, na teoria do direito empresarial, tal como no modelo do *Codice Civile* italiano, é uma *atividade*⁸⁸ econômica organizada para a produção ou

manifestações, não deixa de dar o necessário relevo à atividade (que até agora não pode ser considerada mais do que um conceito metajurídico), meio pelo qual a instituição-empresa alcança o seu escopo produtivo.” O referido autor considera a empresa uma instituição do Direito Privado, tomando com exemplo o disposto nos artigos 978 do Código Civil e 7º, inciso XI da Constituição Federal, ao estabelecerem, respectivamente, uma separação patrimonial entre os bens pessoais e bens da empresa; e a participação nos lucros ou resultados e na gestão. E conclui o seu entendimento valendo-se do paralelo metafórico com a própria existência humana: “a estrutura jurídica da empresa é o corpo, a atividade é o viver, e a empresa é a própria vida”.

⁸⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Já na Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação de Empresas e Falência – a concepção institucional da empresa se destaca, como se observa dos princípios e prioridades dispostos em seu artigo 47: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação 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.”

⁸⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 7.

⁸⁶ Não se pode, contudo, identificar a empresa à corporação. A empresa na concepção institucional não está ligada à existência de uma pluralidade de indivíduos, mas, sim, à organização para a obtenção de uma finalidade, conforme anota Ronnie Preuss Duarte, *in Teoria da empresa: à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2004, p. 160.

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* ‘empresário’ no Código Civil de 2002. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2006, n. 144, p. 10.

⁸⁸ *Atividade* não se confunde com *ato*. “São independentes as disciplinas de direito privado para atos e atividades. Estas são analisadas tem em vista o fim perseguido – lícito ou ilícito – mas, por serem fatos, realidade, não se lhes aplicam os critérios de nulidade ou anulabilidade. Existentes ou não, são exercidas de forma regular – observadas as normas específicas, autorizações, proibições – por exemplo. A imputação dos efeitos criados pelo exercício de uma atividade independe da ilicitude, da

circulação de bens e serviços, sob a titularidade do empresário individual (firma individual) ou empresário coletivo (sociedades empresárias).⁸⁹

Não obstante as disposições legislativas, que tratam a empresa como sujeito de direitos, como estabelecimento ou como instituição⁹⁰, o Código Civil brasileiro adotou a teoria da empresa no seu perfil funcional.

Não podemos, contudo, restringir a importância da empresa como mera *atividade* exercida pelo empresário, para atender aos seus interesses privatísticos, centrados na busca pelo lucro. Deve-se ter em mente que a função social é da empresa-instituição; o objetivo de apuração e distribuição de lucros é do empresário, individual ou coletivo.⁹¹

regularidade, do cumprimento de normas administrativas ou regulamentares. Atividades empresariais caracterizam-se por serem econômicas e organizadas para a produção de bens e serviços para mercados; são exercidas profissionalmente, e o escopo de lucro, que tanto pode ser representado pela partilha de excedentes financeiros quanto pela partilha de utilidades econômicas patrimoniais é outro elemento presente na definição de empresa.” (SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/2006, n. 25, p. 231-249).

⁸⁹ Rachel Sztajn, analisando a empresa como um “feixe de contratos”, adverte que “a revisão, ou releitura da discussão que tem na empresa o cerne, precisa ser empreendida, o que já começa a ocorrer na Itália. Salienta-se que o ensinamento de Asquini que aparece como coroação dos debates doutrinários à época, resumindo o entendimento então vigente, é insuficiente para explicar as razões que levam agentes econômicos a criar empresas e seu crescimento. Estrutura econômica, a empresa merece destaque no plano jurídico, tal como o que lhe conferem os economistas. Fenômeno econômico por excelência, a matéria foi e continua sendo objeto de atenção de economistas, começando com, e em posição de destaque, Ronald H. Coase e sua análise da atividade econômica nos Estados Unidos da América na década de 1930.” (SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa. São Paulo: Atlas, 2004, p. 8). Outrossim, confira-se Leães, para quem a “concepção econômica de empresa oferecida por Coase e pelos demais autores filiados à corrente chamada *transaction cost economics*, entendida como uma organização dos agentes econômicos do mercado, orientada no sentido de obter mecanismos de redução dos custos de transação, não se opõe à noção unitária de empresa” concebida por Alberto Asquini. (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2002, n. 128, p. 13).

⁹⁰ Como exemplo dessa diversidade de tratamento legislativo, temos os seguintes artigos da Lei 11.101, de 2005: Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas. (*perfil subjetivo*); Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei: (...) II – na recuperação judicial: (...) c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial. (*perfil funcional*); 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. (*perfil institucional*); Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; (*perfil objetivo*).

Na ótica do sistema capitalista, é inerente à figura do empresário a livre iniciativa e o risco. Ademais, em um cenário altamente competitivo, a busca pelo lucro é fator condicionante para a manutenção da atividade produtiva. O lucro, porém, não é elemento caracterizador do empresário⁹², mas, sim, o exercício da atividade própria de empresário⁹³ e a capacidade⁹⁴.

O artigo 981 do Código Civil⁹⁵, por exemplo, define a sociedade como um contrato celebrado por pessoas (sócios) que reciprocamente destinam bens, direitos e serviços para a consecução de um objetivo comum e a partilha, entre si, dos resultados (dos lucros).⁹⁶ Trata-se da teoria clássica⁹⁷, que toma a sociedade como catalisadora de lucros para os seus sócios. Em tempos modernos, porém, a sociedade empresária não tem a sua constituição apenas para atender aos interesses privativos de seus sócios, ou seja, a busca pelo lucro, mas visando, sobretudo, ao alcance de objetivos sociais, demonstrando um viés institucional ao lado da empresa, no contexto do Estado Democrático de Direito.

⁹¹ Nesse ponto, ousamos divergir da formulação de Comparato ao considerar que “o objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros”. O autor confunde empresa com empresário, pois é possível a existência de uma atividade (empresa) que não almeje lucros, como é o caso de uma sociedade de propósito específico constituída apenas para prestar garantia fidejussória a seus sócios nas transações com terceiros. Por outro lado, concordamos com o referido autor no sentido de que a “tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.” (COMPARATO, Fábio Konder. Empresa, Estado e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996, n. 732, p. 38-46).

⁹² O intuito lucrativo, contudo, não é essencial para a caracterização do empresário, bastando, para isso, o exercício da atividade própria de empresário e a capacidade. Igualmente, a efetiva obtenção do lucro é elemento natural e não essencial, pois, caso fosse, não teríamos o sistema de insolvência empresarial. Esclarece Boiteux que o legislador, ao definir empresário no artigo 966 do Código Civil, não incluiu o objetivo lucrativo como elemento de sua qualificação. (BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2002, n. 125, p. 48-57).

⁹³ Constitui atividade própria de empresário, consoante artigo 966 do Código Civil, a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁹⁴ Conforme artigo 972 do Código Civil, a atividade de empresário somente pode ser exercida pelos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos. O registro na Junta Comercial tem efeito meramente declaratório.

⁹⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

⁹⁶ No campo do direito societário, apresenta Cavalli mais um argumento para arredar o intuito lucrativo da caracterização do empresário: “É que o intuito de lucro, nas sociedades empresárias ou não, não é o intuito das sociedades, mas dos sócios, que o desejam partilhar num futuro. Assim, jamais haverá uma sociedade que terá por objeto social o intuito de lucro. O objeto social será produzir ou circular mercadorias ou serviços.” (CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2003, n. 131, p. 151-184).

⁹⁷ SALOMÃO Filho, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 25-50.

Segundo Calixto Salomão Filho, o empresário (individual ou coletivo) e a organização são perfis de uma mesma realidade, com característica institucional, isto é, a empresa.

É aqui que a quadripartição de Asquini, tão repetida quanto despida de eficácia aplicativa, ganha relevância prática. Exatamente ao compreender que empresário e organização são perfis de uma mesma realidade – a empresa – é que é possível dar coerência ao dispositivo comentado. A consequência de tudo isso é muito relevante: a possibilidade de atribuir à empresa e à sociedade empresária (art. 982) característica institucional terá relevância fundamental para toda a aplicação da disciplina societária.⁹⁸

A importância da empresa como instituição social é destacada por Comparato:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definido da civilização contemporânea é indubitável: essa instituição é a empresa.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa desde país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional.

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores os prestadores de serviços.⁹⁹

Atualmente, o perfil institucional da empresa, como concebido por Asquini, não tem o alcance necessário para a decidibilidade dos conflitos em torno da recuperação da empresa. A empresa, núcleo central da produção e da criação de riqueza, não se foca, como instituição social, apenas na viabilização da participação de empregados em seus órgãos diretivos, como sugere o autor italiano. Interesses extra-societários devem ser almejados, em detrimento ao mero objetivo liberalista de obtenção de lucro¹⁰⁰ de seus titulares.

⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie 'empresário' no Código Civil de 2002. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2006, n. 144, p. 10.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

¹⁰⁰ Sob a ótica de Arnoldo Wald, "A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a melhoria dos salários e que ensejam a criação

Wald, aliás, é explícito sobre este ponto, defendendo o que chama de *democracia empresarial*, a partir da substancial modernização das regras legais aplicadas à atividade empresarial, que atendem, sobretudo, a importante função social da empresa.

Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada a concepção do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse exclusivo dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil de 2002, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos, mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas, atendendo-se inclusive aos legítimos interesses daqueles que sofrem as conseqüências de sua atividade (consumidores, meio-ambiente etc).¹⁰¹

Revela-se, portanto, a empresa como importante fator de desenvolvimento econômico-social, atendendo a interesses gerais da comunidade, mantendo e criando empregos, utilizando e desenvolvendo a poupança, satisfazendo as necessidades dos consumidores¹⁰², desempenhando, assim, importante função social¹⁰³ e estimulando a atividade econômica.

dos empregos de amanhã.” (WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de direito mercantil, industrial econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-junho/95, n. 98, p. 51-57).

¹⁰¹ WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (organizadores). *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 32.

¹⁰² WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-junho/95, n. 98, p. 56.

¹⁰³ Conforme anota Marlon Tomasevicius Filho, a função social da empresa toma como base os parâmetros do artigo 170 da Constituição Federal, assentando-se em dois pilares: trabalho e capital, por meio dos quais é possível o exercício da livre iniciativa, que consiste na liberdade de exercício da atividade econômica. “O empresário ou a sociedade empresária só devem auferir os benefícios dessa liberdade na medida em que essa atividade empresarial possa proporcionar a todos um aumento das condições de vida da sociedade ou mantê-las, caso essa sociedade já tenha atingido um bom grau de desenvolvimento econômico. Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios.” (TOMASEVICIUS FILHO, Marlon. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 203, n. 810, p. 33-50).

2.4 A tríade: empresário, empresa e estabelecimento

O artigo 966 do Código Civil de 2002 definiu o empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O dispositivo legal faz referência ao empresário no sentido lato, ou seja, compreendendo o empresário individual (antigo comerciante individual) e o empresário coletivo (sociedades empresárias).

Constituem elementos qualificativos e distintivos do empresário: a) o exercício de uma atividade; b) a natureza econômica da atividade; c) a organização da atividade; d) a profissionalidade do exercício da atividade¹⁰⁴; e) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços para o mercado.¹⁰⁵

O elemento profissionalidade se encontra presente tanto na pessoa natural quanto na pessoa jurídica. “Quanto à pessoa jurídica, deveria ser observado o seu escopo, ou seja, o fim em vista, o exercício de uma empresa, ou seja, de uma atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços.”¹⁰⁶

Ademais, a atividade do empresário deve ser criadora de riquezas, ter uma finalidade lícita e ser sempre dirigida ao mercado e não ao consumo pessoal.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Betyna Ribeiro de Almeida entende que a atividade empresarial deve obedecer aos critérios da economicidade, organização e profissionalidade. Para ela, “A economicidade refere-se à criação de riquezas, a organização refere-se à coordenação dos fatores de produção e a profissionalidade, por sua vez, ao exercício habitual e sistemático, com ânimo de lucro.” (Aspectos da teoria jurídica da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2000, n. 119, p. 236-254).

¹⁰⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa*. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 63-118. Para Oppo, não estamos diante apenas de um novo direito de empresa, inserido no sistema de direito privado, mas diante de um direito de mercado. (OPPO, Giorgio. *Tratato di diritto commerciale*. Torino: Gianppichelli, 2001, p. 37). Segundo Gontijo, “empresário, que pode ser pessoa natural ou jurídica, é aquele que exerce profissionalmente, em nome próprio, atividade organizada que vise ao lucro decorrente da produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado.” (GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 76-88).

¹⁰⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa*. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 63-118.

¹⁰⁷ ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladolid A. e N. França. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2003, n. 132, p. 203-215.

De outro lado, como abordado anteriormente, o Código Civil não definiu a empresa, preferindo seguir o modelo italiano ao definir apenas o empresário.¹⁰⁸ A empresa é fruto da organização estática e dinâmica pelo empresário dos fatores de produção (natureza, capital, trabalho e tecnologia¹⁰⁹) e das transações jurídicas.¹¹⁰ A empresa é a *atividade*¹¹¹ e o empresário, seu titular, o sujeito de direito que organiza fatores da produção para o exercício da atividade econômica em e para mercados. “Daí ser o conceito de empresário, sendo o de empresa residual, pois é deduzido.”¹¹²

Se o empresário optar pelo exercício da atividade organizada (empresa) isoladamente, caracterizar-se-á como empresário individual (antigo comerciante individual), adotando nome empresarial na modalidade firma (daí, porque também intitulado “firma individual”), “constituída por seu nome completo ou abreviado,

¹⁰⁸ Estabelece o art. 2.082 do Código Civil italiano que: “È imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”. (IUDICA, Giovanni. *Codice civile: costituzione leggi collegate trattati EU e CE*. 2. ed. Milana: Egea, 2005). Para Rachel Sztajn, “Empresários são propulsores da atividade econômica, são os agentes que organizam a produção.” (SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 13).

¹⁰⁹ COMPARATO. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 31.

¹¹⁰ A empresa apresenta um aspecto estático (fatores produtivos) e um dinâmico (transações ou relações jurídicas). Segundo PIMENTA, “a empresa pode ser economicamente concebida como a organização dos fatores produtivos, deve ser compreendida não apenas como o conjunto composto por terra, capital, trabalho, tecnologia e matérias-primas (visão estática da empresa), mas também como o rol das transações jurídicas (contratos) que se deve implementar para organização e manter em funcionamento tais fatores de produção (visão dinâmica da empresa). Pode-se tomar a empresa tanto como um complexo organizado de recursos economicamente relevantes (os fatores de produção ou insumos) quanto como o conjunto de transações ou relações jurídicas contratuais destinadas ao constante agrupamento e organização destes mesmos fatores de produção. Na primeira apreensão, têm-se uma visão estática da empresa. Sob a segunda perspectiva, a empresa é vista em funcionamento, em atividade, sendo, por isso, uma visão dinâmica.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, 41).

¹¹¹ Como vimos anteriormente, existem dificuldades na percepção doutrinária sobre a natureza jurídica da empresa. Precisa, nesse sentido, é a lição de Jorge Lobo, para quem: “A propósito desse intrincado e polêmico tema, a doutrina, pátria e alienígena, divide-se, fundamentalmente, em três correntes: a subjetivista ou personalista, a objetivista ou materialista e a unitária. Para os subjetivistas, a empresa é sujeito de direito, decorrência natural e necessária de sua personificação, titular de direitos, interesses e obrigações próprios, distintos e autônomos dos de seus sócios. Para os objetivistas, a empresa é objeto de direito, pois ela consiste apenas na afetação de certos bens e direitos, de propriedade de uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, a determinada atividade organizada dos fatores de produção, não existindo nem ativa, nem passivamente, não respondendo nem por obrigações, nem dívidas, por carecer de personalidade jurídica.” (LOBO, Jorge. Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência. *Revista Jurídica*. Curitiba: Fonte do Direito, maio de 2007, n. 344, p. 47-57). Mesmo considerando a empresa como instituição, não se deixa de lado, como vimos, a importância da atividade.

¹¹² SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/2006, n. 25, p. 231-249.

aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade”¹¹³.

Caso o empresário pretenda realizar o empreendimento de forma coletiva, com a contribuição de outras pessoas, poderá constituir uma sociedade empresária, dentro dos tipos permitidos pela legislação vigente, quais sejam: sociedade em nome coletivo¹¹⁴, sociedade em comandita simples¹¹⁵, sociedade limitada¹¹⁶, sociedade anônima¹¹⁷ ou sociedade em comandita por ações¹¹⁸.

¹¹³ BRASIL. Lei 10.406, de 2002. Art. 1.156: O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.

¹¹⁴ BRASIL. Lei 10.406, de 2002. Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um. Art. 1.040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omissivo, pelas do Capítulo antecedente. Art. 1.041. O contrato deve mencionar, além das indicações referidas no art. 997, a firma social. Art. 1.042. A administração da sociedade compete exclusivamente a sócios, sendo o uso da firma, nos limites do contrato, privativo dos que tenham os necessários poderes. Art. 1.043. O credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor. Parágrafo único. Poderá fazê-lo quando: I - a sociedade houver sido prorrogada tacitamente; II - tendo ocorrido prorrogação contratual, for acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de noventa dias, contado da publicação do ato dilatatório. Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.

¹¹⁵ BRASIL. Lei 10.406, de 2002. Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota. Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários. Art. 1.046. Aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas da sociedade em nome coletivo, no que forem compatíveis com as deste Capítulo. Parágrafo único. Aos comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo. Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado. Parágrafo único. Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais. Art. 1.048. Somente após averbada a modificação do contrato, produz efeito, quanto a terceiros, a diminuição da quota do comanditário, em consequência de ter sido reduzido o capital social, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes. Art. 1.049. O sócio comanditário não é obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço. Parágrafo único. Diminuído o capital social por perdas supervenientes, não pode o comanditário receber quaisquer lucros, antes de reintegrado aquele. Art. 1.050. No caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição do contrato, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente. Art. 1.051. Dissolve-se de pleno direito a sociedade: I - por qualquer das causas previstas no art. 1.044; II - quando por mais de cento e oitenta dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio. Parágrafo único. Na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para praticar, durante o período referido no inciso II e sem assumir a condição de sócio, os atos de administração.

¹¹⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 2002. Artigos 1.052 a 1.087.

¹¹⁷ BRASIL. Lei 6.404, de 1976 e artigos 1088 e 1089 do Código Civil. Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir. Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

Como firma individual, o empresário deverá proceder ao seu registro na Junta Comercial¹¹⁹, indicado o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; a firma, com a respectiva assinatura autógrafa; o capital; o objeto e a sede da empresa. Igualmente, a sociedade empresária deverá realizar idêntico registro, observando as regras específicas de cada tipo societário, através do qual adquirirá personalidade jurídica¹²⁰.

No direito brasileiro o empresário individual não possui dupla personalidade, ou seja, uma referente à sua pessoa natural e outra referente à pessoa que exerce a atividade empresarial.

A inscrição no empresário individual no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas é apenas para fins tributários, uma vez que o fisco o equipara a pessoa jurídica para tratamento do imposto de renda e para conferir-lhe os benefícios do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, previstos na Lei Complementar n. 123/2006, que ampliou os ditames da Lei n. 9.317/96 (Lei do

¹¹⁸ BRASIL. Lei 6404, de 1976 e artigos 1090 a 1092 do Código Civil: Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação. Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade. § 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais. § 2º Os diretores serão nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social. § 3º O diretor destituído ou exonerado continua, durante dois anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração. Art. 1.092. A assembléia geral não pode, sem o consentimento dos diretores, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures, ou partes beneficiárias. Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

¹¹⁹ Não obstante a obrigatoriedade de prévia inscrição do empresário na Junta Comercial, ditada pelo artigo 967 do Código Civil (“É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”), o efeito do registro é declaratório, ou seja, não é pelo registro que alguém se torna empresário, mas, sim, pelo exercício da atividade própria de empresário prevista no artigo 966 do mesmo diploma legal: atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Lembre-se que a inscrição do empresário individual e o registro dos atos constitutivos das sociedades empresárias regulam-se pela Lei 8.934, de 1994 e Decreto-Lei 1800, de 1996.

¹²⁰ Segundo o Código Civil: Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro. Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150). Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Simples), caso se caracterize, pela receita bruta auferida, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que, a partir de 1º de julho de 2007, revogou as Leis n. 9.317/96 e n. 9.841/99, manteve a distinção entre firma individual e pessoa jurídica. Para os efeitos da legislação complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte o empresário, a pessoa jurídica (sociedade empresária ou sociedade simples), ou a ela equiparada (firma individual).

A firma individual, portanto, não é pessoa jurídica e está inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas apenas para fins tributários, motivo pelo qual não se deve acolher despropositada preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* quando o seu titular ingressa em juízo em nome próprio na defesa de seus interesses.

Aliás, a designação do empresário individual pelo seu próprio nome, completo, abreviado ou aditado, encontra-se em consonância com a regra disposta no artigo 1156 do Código Civil, podendo ainda utilizar as letras “ME” ou “EPP”, caso se enquadre como microempresa ou empresa de pequeno porte, em conformidade com o artigo 72 da Lei Complementar n. 123, de 2006.¹²¹

Faculta-se, ainda, ao empresário individual a utilização de título de estabelecimento na identificação do local onde exerce a atividade empresarial. O título de estabelecimento, conhecido na linguagem popular como “nome fantasia” não possui registro específico, sendo um elemento incorpóreo que compõe o estabelecimento empresarial (fundo de comércio, fundo de empresa, estabelecimento comercial).

Requião¹²² explica muito bem que a firma individual do empresário individual também é chamada de empresa individual, sendo mera ficção do direito tributário a sua transformação (equiparação) em pessoa jurídica, somente para efeito do imposto de renda. O empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, indistintamente.¹²³

¹²¹ BRASIL. Lei Complementar 123, de 2006: Art. 72. As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.

¹²² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 68.

¹²³ Para MELO “a legislação em vigor não é capaz de regular a realidade fática do empresário individual, o que acaba por trazer efeito contrário ao pretendido, ou seja, desestimula a exploração de atividade empresarial de forma individual, gerando, ainda, a formação de sociedades montadas, nas quais não há *affectio societatis*, sociedades constituídas somente para usufruir o benefício da

Por outro lado, as pessoas jurídicas de direito privado são contempladas pelo Código Civil em seu artigo 44¹²⁴, onde faz referência às associações, fundações, sociedades, partidos políticos e entidades religiosas.

Já o estabelecimento empresarial está regulado pelos artigos 1.142 a 1.149 do Código Civil de 2002¹²⁵, os quais se referem ao seu conceito, natureza jurídica, trespasse¹²⁶, usufruto ou arrendamento, anuência dos credores, repercussões patrimoniais, concorrência desleal, sub-rogação legal e cessão de créditos.

Não obstante o Código Civil fazer menção apenas a “estabelecimento”, sua designação mais adequada é aquela que insere a palavra “empresarial”, tendo em

responsabilidade limitada dos sócios.” (MELO, Cinira Gomes Lima. A limitação da responsabilidade do empresário individual. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2005, n. 137, p. 57).

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; (Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003, DOU 23.12.2003); V - os partidos políticos. (Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003, DOU 23.12.2003).

¹²⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. 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 trinta dias a partir de sua notificação. Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento. Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

¹²⁶ Inicialmente, destaca-se que a palavra trespasse revela-se como indicativa da alienação de estabelecimento empresarial. Venda ou cessão não são expressões muito adequadas à espécie, pois podem não abranger todo o negócio. “Ambos integram o estabelecimento, porém, por si sós, não constituem o trespasse na acepção que a prática de mercado lhe deu, como transferência onerosa do estabelecimento empresarial.” (cf. POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. São Paulo: Manole, 2006, p. 115). Na busca pela preservação da empresa em crise econômico-financeira, o trespasse do estabelecimento empresarial pode se afigurar a única alternativa plausível e aceitável por parte dos credores envolvidos. Destaca, ainda, Paula Castello Miguel que a importância do estabelecimento empresarial “é demonstrada pelo interesse que surge por parte do empresário em negociá-lo cada vez mais.” (O estabelecimento comercial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-junho/2000, n. 118, p. 59).

vista a adoção da teoria da empresa pelo direito brasileiro, com base no modelo italiano.¹²⁷

Assim, considera-se estabelecimento empresarial todo complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário (individual ou coletivo), juntamente com os débitos àquele referidos, estes desde que devidamente contabilizados.¹²⁸

Tal definição é esclarecedora para o propósito de especificar quais são os sujeitos de direito da atividade empresarial (empresário individual ou sociedades empresárias), o objeto (complexo de bens) e a atividade organizada (empresa).

De outro lado, a natureza jurídica do estabelecimento empresarial é palco de calorosos debates doutrinários, sendo discutido o seu enquadramento como *universitas juris*¹²⁹, *universitas facti*¹³⁰, patrimônio afetado¹³¹ ou propriedade incorpórea¹³².

¹²⁷ Segundo Fères, o caráter universalista do Direito Comercial concorre para diversas designações do estabelecimento: estabelecimento comercial, casa de comércio, *fonds de commerce*, *azienda*, *good will of a trade*, ou apenas *goodwill*. (FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial*: trespasses e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-5).

¹²⁸ “Mas levando em conta os termos do art. 1.146 do NCC, acima comentado, o conceito de ‘estabelecimento’ estaria completo com o acréscimo referente a elementos do passivo, da seguinte forma: ‘Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária, juntamente com os débitos àquele referidos, estes desde que devidamente contabilizados.’ (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 243).

¹²⁹ Tal posição é defendida, por exemplo, por Fábio Tokars: “Em aplicação do disposto no art. 1.146, que torna o estabelecimento um conjunto de relações jurídicas ao impor a responsabilidade ao adquirente quanto aos débitos vinculados ao fundo, tem-se que a nova definição legal de universalidade de direito se amolda ao conceito e estabelecimento. Assim, temos que deverá ser construída uma nova orientação doutrinária, conferindo ao fundo de empresa a natureza de universalidade de direito.” (TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006, p. 28). Por sua vez, Gladston Mamede adota uma posição mista, ao admitir o estabelecimento empresarial tanto como uma universalidade de direito com uma universalidade de fato: “O estabelecimento é, portanto, uma *universitas bonorum* e uma *universitas iuris*, na forma como antevista pelos artigos 90 e 91 do Código Civil, vale dizer, como pluralidade de bens singular que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, e como “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.” (MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 179).

¹³⁰ Os argumentos que defendem a natureza do estabelecimento como universalidade de direito, contudo, não convencem. Tal posição doutrinária prescinde da abordagem de um único elemento definidor do enquadramento do estabelecimento como universalidade de direito ou de fato, ou seja, a vontade de seu titular. Em outras palavras, mesmo que o estabelecimento venha a ser composto por relações jurídicas, isso apenas ocorre pela vontade do empresário, seu titular, e não pela lei, conforme ressalva constante da parte final do artigo 1.146 do Código Civil (passivo contabilizado). Diante disso, aderimos à posição da doutrina majoritária que considera o estabelecimento como uma universalidade de fato. Nesse sentido, a lição de Verçosa: “Tendo em conta que a organização do complexo de bens formado pelo empresário é ditada, na sua qualidade e quantidade, pela vontade do titular do estabelecimento, e não pela lei, este continua classificado pelo Código Civil/2002 na categoria das universalidades de fato.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 243).

Segundo Paula Castello Miguel, na doutrina brasileira predomina o entendimento de que o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato¹³³, sendo as demais teorias incompatíveis com a legislação nacional.

O direito brasileiro, portanto, considera, a partir da concepção doutrinária majoritária e pelo previsto no estatuto civil, o estabelecimento empresarial como uma universalidade de fato, assim estabelecida como complexo de bens móveis que, pertencentes a uma mesma pessoa, tenha destinação unitária, em conformidade com o artigo 90 do Código Civil, como o que não divergimos.¹³⁴ Segundo Féres,

Em suma, ressaltam-se as seguintes características do estabelecimento: a) não é pessoa jurídica; b) é uma universalidade de fato; c) nele, não se compreendem relações obrigacionais; d) identifica-se a partir da aptidão funcional; e) integra o patrimônio do empresário, seja individual ou coletivo; f) está continuamente em construção.¹³⁵

É desse modo que Campinho, demonstrando a convergência da doutrina na opinião de que o estabelecimento empresarial constitui-se em uma universalidade de fato, afirma que

É um complexo de bens, cada qual com individualidade própria, com existência autônoma, mas que, em razão da simples vontade de seu titular,

¹³¹ No direito brasileiro, tratando-se de empresário individual, não seria possível identificar em seu estabelecimento um patrimônio separado de seu patrimônio pessoal, que viesse a responder, de forma segmentada, pelas obrigações de natureza empresarial. Verçosa faz uma comparação interessante, ao explicar tal concepção teórica. Tomando a fundação como referência, esclarece: “tem-se uma situação semelhante, porque também nela existe um patrimônio destinado a uma determinada finalidade. No entanto, o Direito expressamente acolhe a fundação como uma pessoa jurídica, não ocorrendo isto em relação ao estabelecimento comercial.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 233).

¹³² Para a doutrina francesa, o estabelecimento teria a natureza de propriedade incorpórea, pois constituiria no direito de exploração da clientela. Segundo Tokars, “não se pode decorrer a afirmação de que o estabelecimento se constitui na titularidade da clientela ou, por outra via, no direito à sua exploração”, já que ninguém é titular da clientela, cuja exploração decorre dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, “não derivando especificamente da titularidade de um estabelecimento”, podendo se esvaír. (TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006, p. 30).

¹³³ MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-junho/2000, n. 118, p. 7-61.

¹³⁴ Estabelece o artigo 90 do Código Civil de 2002 que “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.” Segundo Pimenta, “O que importa, do ponto de vista prático, é ter sempre em mente que o estabelecimento vincula-se, nos termos explicitados, aos conceitos de empresa e empresário e que, por consequência, constitui-se em objeto de direito, ou seja: é desprovido de capacidade jurídica para contrair direitos ou obrigações.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. *Direito de empresa no novo Código Civil*. RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 99).

¹³⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

encontram-se organizados para a exploração da empresa, formando, assim, uma unidade, adquirindo um valor patrimonial pelo seu todo.
O Código Civil, em seu artigo 90, ao definir universalidade de fato, bem demonstra o enquadramento do estabelecimento nessa categoria.¹³⁶

Como diz Fernando Campos Scaff,

O estabelecimento representa, mesmo, uma verdadeira universalidade de fato, noção que melhor serve para que se compreenda a destinação funcional e direcionada do conjunto de bens agregados pelo empresário para a consecução das atividades desenvolvidas pela empresa. (...) Nesse ponto, posicionamo-nos no caminho seguido pela doutrina que cremos ser majoritária e mais bem consolidada, a qual vê no estabelecimento, exatamente, uma efetiva universalidade de fato, que pode ser assim considerada mesmo que se reconheça como formada por elementos outros, que não apenas bens móveis e corpóreos.¹³⁷

Tem-se, ainda, a clássica lição de Rocco, que afasta qualquer dúvida que possa persistir no tocante ao enquadramento do estabelecimento empresarial como universalidade de fato:

A universalidade de direito é, com efeito, um complexo de coisas destinadas a um fim pela vontade da lei. Assim, por exemplo, a herança, os bens do comerciante falido durante o processo da falência, ou o dote. Nestes casos, é evidente que o complexo de coisas não pode ser destinado a um fim diverso e que os elementos que o constituem não podem ser distraídos desse fim sem uma forte razão de necessidade ou de utilidade. Pelo contrário, no estabelecimento comercial tudo depende da vontade do proprietário, que pode muito bem alterar, quando lhe aprouver, o destino tanto do complexo, como das diferentes coisas que constituem. Assim, pode ele, não só liquidar ou vender o estabelecimento, quando lhe aprouver, mas diminuí-lo ou acrescentá-lo, segundo lhe convenha. Tanto pode destinar ao seu patrimônio privado ou para os vender. O que tudo demonstra à saciedade que o estabelecimento é uma simples *universitas facti*, para cuja constituição e cuja vida é sempre decisiva a vontade do proprietário.¹³⁸

Assim, o estabelecimento empresarial constitui-se uma universalidade de fato, criado, constituído e dirigido pela vontade do empresário individual ou sociedade empresária para realizar um fim comum, podendo os elementos que o compõem ser objeto de atos jurídicos unitários.¹³⁹

¹³⁶ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 301.

¹³⁷ SCAF, Fernando Campos. *Teoria geral do estabelecimento agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85-87

¹³⁸ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 312-313.

¹³⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 19.

No tocante à composição do estabelecimento empresarial tem-se a presença de elementos corpóreos ou materiais e incorpóreos ou imateriais. Os elementos corpóreos são os móveis que o guarnecem, utensílios, estoque, veículos, entre outros. Os elementos incorpóreos são o ponto empresarial (protegido pela Lei 8245/91, artigo 51¹⁴⁰), o título de estabelecimento (protegido pelos artigos 195, V e 209 da Lei 9279/96¹⁴¹), os bens industriais (invenção, modelo de utilidade, desenho industrial e marcas, protegidos pela Lei 9279/96, mediante registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI) e o *trade dress*.¹⁴² O nome empresarial não integra o estabelecimento diante da vedação de sua alienação isolada pelo artigo 1164 do Código Civil, em consonância do artigo 52 do mesmo diploma legal.¹⁴³

¹⁴⁰ BRASIL. Lei n. 8.245, de 1991. Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário. 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade. 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub - rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo. 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo. 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

¹⁴¹ BRASIL. Lei n. 9.276, de 1996. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

¹⁴² “O conjunto de todos os elementos exteriores e interiores de um produto ou serviço – marca, embalagem, disposição ou combinação de cores, grafismo, invólucro, rótulo, recipiente, interiores e exteriores de estabelecimentos, padronização, uniformes etc. – denominam-se *trade dress*.” (cf. POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. São Paulo: Manole, 2006, p. 97). A Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) protege o *trade dress* (conjunto-imagem), prevendo em seu artigo 122 que “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Em síntese, paralelamente aos perfis da empresa dispostos por Alberto Asquini: empresário¹⁴⁴ é o sujeito de direito da atividade empresarial (perfil subjetivo); empresa é a atividade econômica organizada exercida pelo empresário (perfil funcional); e estabelecimento empresarial é o complexo de bens necessários para o desenvolvimento da empresa pelo empresário (perfil objetivo).¹⁴⁵

Destaca-se que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência aplica-se especificamente ao empresário individual e sociedades empresárias, designados simplesmente como *devedores*.¹⁴⁶

2.5 A autonomização dos títulos de crédito

Em dado momento, as operações comerciais, hoje empresariais, necessitaram tornar-se mais rápidas e mais amplas. Para isso, o crédito ocupou ponto de destaque, pois possibilitou que uma pessoa pudesse gozar de imediato da mercadoria ou serviços oferecidos no momento da transação, relegando o respectivo pagamento para o futuro.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

¹⁴⁴ Para Wald, “À transformação da economia corresponde um novo tipo de empresário, que, além de ter o espírito empresarial, deverá ser um manager, um organizador preparado para se adaptar à volatilidade do mundo atual. Por outro lado, a complementação crescente dos recursos dos países em vias de desenvolvimento e dos países já totalmente industrializados está levando a uma nova concepção do empresariado, que deverá necessariamente ter dimensões multinacionais. As próprias qualidades básicas do empresário sofreram modificações. Não lhe bastam, como outrora, a racionalidade e a audácia; ele ainda precisa ter a intuição e a ponderação. Exige-se que seja um administrador eficiente e um hábil negociador, dominando as técnicas da informação e da comunicação.” WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (organizadores). *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 15.

¹⁴⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2002, n. 128, p. 13. Segundo Pimenta, “o direito brasileiro tem, com a entrada em vigor do Código Civil, o seu ‘eixo’ constituído pela tríade empresário/empresa/estabelecimento sendo este último, como se sabe, o complexo patrimonial empregado pelo primeiro no exercício do segundo destes elementos.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. *Direito de empresa no novo Código Civil*. RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 99).

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Rocco ressaltou o crédito como um dos pontos favoráveis à defesa da autonomia do direito comercial, pois o direito civil não oferecia nem simplicidade de formas nem a sua tutela eficaz.

Ora, o direito comercial como direito especial do comércio surgiu e desenvolveu-se, precisamente, porque o direito comum não oferecia nem simplicidade de formas nem tutela eficaz do crédito. E não os oferecia, porque nem de uma parte nem de outra coisa tinham necessidade as relações econômicas privadas, que, pelas condições econômicas e sociais da época, se diferenciavam completamente das relações comerciais, neste aspecto. (...)

Do crédito, pois, fora das relações comerciais, pouco ou nada se sentia a necessidade; e, de resto, o desenvolvimento do crédito encontrava um obstáculo intransponível nas idéias religiosas e nas proibições canônicas à estipulação de juros.¹⁴⁷

O crédito traz implícitos os elementos confiança e tempo¹⁴⁸. Confiança de quem aceita, em troca de sua mercadoria, a promessa de pagamento futuro; tempo entre a prestação presente e atual e a prestação futura¹⁴⁹. Operação de crédito, portanto, é aquela mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura.¹⁵⁰

A modernização das práticas comerciais, impulsionadas pela figura do crédito, necessitou ainda de que a obrigação futura em troca de um valor ou mercadoria atual fosse exteriorizada em um documento¹⁵¹ – o título de crédito – com o escopo de incorporá-la e dar garantia ao credor.

Ao lado da multiplicação das atividades empresariais, o título surgiu como um mecanismo perfeito e eficaz da mobilização da riqueza e da circulação do crédito, influenciando todos os negócios jurídicos de natureza econômica.

¹⁴⁷ ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 81.

¹⁴⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 49.

¹⁴⁹ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2-3.

¹⁵⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 51).

¹⁵¹ A propósito, registre-se aqui a observação de Borges de que “nem todo documento será título de crédito; mas, todo título de crédito é, antes de tudo, um documento no qual se consigna a prestação futura prometida pelo devedor”. (BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 8).

Borges destaca o entusiasmo de economistas e comercialistas¹⁵² que chegaram a afirmar que os títulos de crédito contribuíram

(...) mais que todas as minas do mundo para o enriquecimento das nações. Por meio deles, o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando com facilidade bens distantes e materializando no presente – atualizando-as – as possíveis riquezas futuras.¹⁵³

A finalidade precípua dos títulos de crédito é circular com facilidade e segurança, servindo como meio de prova da relação de direito existente entre emissor e portador.¹⁵⁴ Apresentam princípios marcantes, obedecendo, sobretudo, técnicas específicas de realização do direito neles se materializa.

Os títulos de crédito são formais e abstratos, munidos de valor documental, somente podendo ser atacados por provas claras, terminantes e concludentes, exercendo papel de primeira ordem no mundo dos negócios.¹⁵⁵

Tal circunstância torna a disciplina dos títulos de crédito autônoma frente aos demais conteúdos do direito comercial, dispondo de “juristas habilitados que lhes dominam os contornos e o conteúdo”, conforme destaca Cordeiro:

O Direito comercial residual é o que resta depois de terem sido autonomizados ramos como o Direito das sociedades comerciais, o Direito da concorrência, o Direito dos títulos de crédito, o Direito da propriedade industrial, o Direito mobiliário, o Direito Bancário e o Direito dos seguros. (...) O Direito dos títulos de crédito pertence ao cerne mais tradicional do Direito comercial. (...)

A sua ligação ao Direito comercial, em termos dogmáticos ou racionais, sempre foi lassa: afinal, os títulos de crédito podem ser usados por não-comerciantes e isso fora de qualquer actuação comercial. Grande parte dos pagamentos civis concretiza-se através de cheques.

Além do aspecto sublinhado, deve ter-se presente que os títulos de crédito dispõem de fontes próprias – e, sobretudo, que obedecem a regras muito estritas e específicas, bem distantes de hipotéticos princípios comerciais.

(...)

Estudados em livros separados dos manuais clássicos, os títulos de crédito têm já uma tradição de autonomia há muito conquistada, mesmo entre nós.

¹⁵² Como vimos no capítulo anterior, com a edição do Código Civil de 2002, abandonou-se a figura do comerciante, substituindo-a pelo empresário (artigo 966), como sendo aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços. Filiou-se, portanto, o direito brasileiro à teoria da empresa (modelo italiano), deixando de lado a teoria dos atos de comércio (modelo francês).

¹⁵³ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 9.

¹⁵⁴ MENDES, Octávio. *Dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 2-3.

¹⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito cambiário*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 48.

Poderemos englobá-los numa noção ampla de Direito comercial: não numa restrita.¹⁵⁶

Sabe-se que os títulos de crédito representam uma enorme contribuição do Direito Comercial¹⁵⁷ para a evolução da economia moderna, embora atualmente venham sofrendo críticas em função dos avanços tecnológicos, que procuram, principalmente, afastar a sua existência física, enquanto cártula.

Ascarelli¹⁵⁸ destaca que graças aos títulos de crédito pôde o mundo moderno mobilizar riquezas, vencendo o tempo e o espaço, satisfazendo a exigência de certeza e segurança; certeza na existência do direito; segurança na sua realização.

Não se pode olvidar que a criação dos títulos de crédito trouxe novos contornos às práticas então comerciais, na medida em que valorizou a figura do crédito, dando-lhe posição de destaque no fomento das atividades desenvolvidas pelos outrora comerciantes e os modernos empresários.

De fato, a importância dos títulos de crédito na vida econômica moderna autoriza a criação e articulação de um sistema eficiente, autônomo, fundado em forte base principiológica, para assegurar garantia e satisfação dos direitos das pessoas que deles se valem em seus negócios jurídicos.

¹⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.144, 152-153.

¹⁵⁷ Atualmente designado como Direito Empresarial ou Direito de Empresa, em razão da adoção da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002, inspirado no Código Civil italiano de 1942.

¹⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 25 e 27.

3 TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

A realidade empresarial é, sem dúvida, muito complexa. A abertura das economias, o crescimento dos processos de competitividade e a inserção da empresa como núcleo básico da atividade econômica reclamam novas exigências dos agentes econômicos, assim como da Ciência.

Impressiona a dinâmica do desenvolvimento do conhecimento no âmbito do Direito Empresarial. Segundo levantamento anual do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário¹⁵⁹, mais de 3.510.804 normas legais foram editadas desde 1988, entre leis ordinárias, complementares e delegadas, medidas provisórias, decretos, emendas constitucionais nos âmbitos federal, estaduais e municipais. Não obstante a fúria legiferante nacional cabe ao intérprete e ao aplicador do texto legal questionar a validade e o alcance de certas interpretações meramente positivistas, não apenas tomando-as como se fossem verdades absolutas.

Nesse contexto, o avanço tecnológico tem sido propulsor de novas realidades contratuais, envolvendo o comércio eletrônico, a tributação de *software*, entre outras evoluções. Contudo, o direito cambiário, baseado na cártula, ainda continua mantendo a sua importância para o desenvolvimento e segurança das relações ou situações jurídicas¹⁶⁰.

O sistema cambiário, fundado em princípios construídos ao longo de décadas, a partir da contribuição de renomados doutrinadores, não pode, realmente, sucumbir, principalmente em virtude da forte base principiológica que o norteia.

Os princípios do direito cambiário ainda resistem às inovações dos tempos modernos.¹⁶¹ Tanto é assim que o Código Civil de 2002, concebido para ser um

¹⁵⁹ Disponível em <www.ibdt.com.br>. Acesso em: 22 out. 2008.

¹⁶⁰ Segundo César Fiuza, "Situação jurídica e relação jurídica confundem-se um pouco, na medida em que a situação é composta pela relação. Situação jurídica seria, então, um conjunto dinâmico de circunstâncias em que se acham relacionadas duas ou mais pessoas." E, adverte: "É fundamental compreender bem o que seja uma relação, uma situação jurídica e entender seu dinamismo para melhor compreensão do fenômeno dos negócios jurídicos." (FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*, 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 198).

¹⁶¹ A Medida Provisória n. 442, de 6 de outubro de 2008 é prova disso, pois, ao criar a Letra de Arredamento Mercantil – LAM, determinou a aplicação subsidiária da legislação cambial. Não obstante tenha autorizado a criação do título sem a declaração cambial do saque, para o efeito de circulação escritural, a Medida Provisória não regulou como ficarão as declarações cambiais sucessivas e eventuais (endosso e aval), eis que se concretizam mediante aposição física de assinatura na cártula, conforme regulado pela Lei Uniforme de Genebra.

diploma moderno em sua época, positivamente incorpora os princípios cambiários ao definir título de crédito em seu artigo 887 como “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido”.

Adverte Bezerra Filho que

Ao contrário do que eventualmente se poderia pensar, o Código Civil, ao estabelecer regras para os títulos de crédito (títulos atípicos) em seus artigos 887 a 926, deixou ainda mais clara a individualidade do direito cambial ante o direito civil, sem embargo da aplicação subsidiária prevista no artigo 903.¹⁶²

Na mesma linha observa Jorge Lobo que os títulos de crédito, mesmo diante da chamada desmaterialização do crédito, pelos meios eletrônicos de cobrança, não perderam a sua importância e atualidade.

(...) limitando-se a nossa exposição apenas aos títulos cambiais ou títulos de crédito próprios, que não perderam nem importância, nem atualidade, apesar da corrente, que já conta com ilustres adeptos, segundo a qual estão, inexoravelmente, os títulos de crédito próprios em declínio, fadados ao desaparecimento, devido à materialização do crédito, em virtude dos meios magnéticos de cobrança.

D.v., não cremos, porquanto os processos informatizados de cobrança, simples, econômicos e rápidos em relação a devedor e credor originários, só vieram realçar a imperiosa necessidade de serem estudados, com vagar, os predicados e os dogmas do Direito Cambial, indispensáveis para proteção dos direitos e interesses dos terceiros de boa-fé, endossatários legítimos de títulos cambiais, que só podem tornar-se partícipes da multiplicação e circulação do crédito se este for, válida e eficazmente, incorporado a um documento, materializando-se em uma cártula.¹⁶³

Impõe-se, portanto, dispensar rígidos cuidados ao direito cambiário para que suas normas sejam estritamente observadas, sob pena de, equivocadamente, entender que os títulos de crédito não subsistem diante da simplificação e informatização dos meios de cobrança bancária.

Na realidade, a partir do momento em que permitiu a mobilização e circulação do crédito, o título de crédito assumiu importante papel para o desenvolvimento econômico. Especificamente, como é objeto do presente

¹⁶² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico de dois acórdãos, à luz da necessidade de preservação dos princípios cambiários. PENTEADO, Mauro Rodrigues (coordenador). Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, 3º e legislação complementar). São Paulo: Editora Walmar, 2004, p. 235.

¹⁶³ LOBO, Jorge. As dez regras de ouro dos títulos cambiais. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2000, n. 117, p. 7-15.

trabalho¹⁶⁴, destaca-se a sua função de garantia na cessão fiduciária como facilitador da concessão de crédito no *middle market*, principalmente.¹⁶⁵

3.1 Os princípios dos títulos de crédito

Na assunção de uma postura pós-positiva pela teoria hermenêutica contemporânea, os princípios assumem posição de imperatividade no sistema jurídico, diferente do observado no jusnaturalismo e no positivismo jurídico. Não mais se concebe utilizar as expressões *norma* e *regra* como sinônimas, sob pena de incorrer no risco de se esvaziar os princípios do alcançado conteúdo normativo.

Nesse sentido, observa Berberi:

Assim, diante da imperatividade de que são dotados os princípios, é preciso que se lhes dê um lugar na teoria da norma, diferente do que lhes atribui o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. E para isso, necessário se faz o abandono da superposição dos conceitos de norma e regra e, por conseguinte, a construção de uma nova teoria da norma. Neste passo, a distinção entre norma e regra se impõe, até porque, em assim não se procedendo, resta uma dificuldade intransponível de se atribuir normatividade aos princípios, o que se explica pela seguinte indagação: se norma e regra são a mesma coisa, e princípio (não positivado) não é regra – e, portanto, não e norma -, como os princípios podem ser dotados de normatividade?¹⁶⁶

¹⁶⁴ A respeito da abrangência do estudo dos títulos de crédito, esclarecedora a lição de Carvalho de Mendonça: “Assunto vastíssimo é o dos títulos de crédito, que, no terreno doutrinário, nos levaria, sem o sentirmos, a intrincado labirinto... Debalde procurar-se-á um sistema sólido para a generalização dos princípios que, explicando a essência das relações jurídicas quanto à formação, circulação e extinção desses títulos, se acomodem às normas esparsas nas leis pátrias, civis ou comerciais. As teorias a esse respeito, aliás preparando poderosamente a solução do problema, são tantas e apresentam-se tão divergentes, que dificultam sobremodo a tarefa de resumi-las, classificá-las e analisá-las. Se tentássemos expô-las nas suas minúcias, precisaríamos de encher volume maior do que este, resvalando para campo diferente do que nos propusemos perflustrar (...) Parece-nos de dificuldades insuperáveis um tratado orgânico dos títulos de crédito. De ordinário, somente encontramos estudos sobre cada um deles singularmente.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V. livro III, p. 48-49).

¹⁶⁵ Segundo FERRI, “La funzione dei titoli di credito è essenzialmente quella di agevolare la circolazione dei crediti, apprestando all'acquirente una posizione di sicurezza che non è dato realizzare nel sistema della cessione dei crediti.” Tradução livre: A função dos títulos de crédito é essencialmente aquela de favorecer a circulação dos créditos, apresentando ao adquirente uma posição de segurança que não é dado realizar no sistema da cessão de créditos. (FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Roma: UTET Giuridica, 2006, p. 636)

¹⁶⁶ BERBERI, Marco Antônio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80.

A norma jurídica se divide em princípios e regras¹⁶⁷. Segundo Fábio de Oliveira,

No atual estágio da Ciência Jurídica, não podem subsistir dúvidas sobre os princípios serem normas. Diferenciar as duas modalidades normativas citadas é essencial para operar não só o direito positivo constitucional, mas todo o sistema jurídico.¹⁶⁸

No sistema jurídico, portanto, os princípios, ao lado das regras, constituem-se em normas jurídicas.¹⁶⁹

José Afonso da Silva diz serem os princípios, “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais.”¹⁷⁰

Juarez Freitas esclarece que

Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição

¹⁶⁷ Nos limites do presente trabalho, é importante destacar que não objetivamos discorrer sobre a dicotomia - se é que existe - entre regra e princípio. Seguindo a orientação do professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a distinção entre regras e princípios “se presta na atualidade tão-somente para justificar a técnica de ponderação de valores (...) ligada às tradições, usos e hábitos jurídicos formados há mais de cem anos.” Para o constitucionalista mineiro, “Ficamos, pois, tal qual São Tomé, à espera de que alguém formule um critério que nos convença da racionalidade/utilidade de tal distinção, mas que o faça dentro da aplicação do direito e que não promova uma cisão de ontologia hermenêutica. Assim repudiamos desde já uma postura preguiçosa e estática de simplesmente rejeitar nossas objeções e confirmar a distinção sem nos preocuparmos com a demonstração de uma base racional para sustentá-la. Assim, não podemos mais tolerar que os operadores do direito procedam tal como a sociedade o faz em relação às suas credices, o que pode ser sintetizado no conhecido adágio: ‘Não acredito em bruxas, mas que elas existem, existem...’” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 322-323).

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 43.

¹⁶⁹ Com escopo diverso, não se pretende nesta obra aprofundar no estudo das teorias que procuraram explicar o que são princípios. Para tanto, sugere-se consultar GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 170-198. Para o referido autor, a doutrina diverge quando visa explicar o que são os princípios. Del Vecchio e Bobbio identificam os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Robert Alexy defende que os princípios não se aplicam integral ou plenamente a qualquer situação, sendo identificados como *mandados de otimização*, com conteúdo valorativo. Por fim, a teoria discursiva do direito identifica os princípios com normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas e não se confundem com valores, tendo como adeptos mais expressivos Josef Esser, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther, guardando-se as diferenças de pensamentos entre eles. Ver também: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 94.

hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas.¹⁷¹

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio jurídico como sendo o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁷²

Observa-se, contudo, em todos esses conceitos de princípios defeitos capitais: a omissão de sua normatividade e a sua análise no plano axiológico. Não podemos, de fato, confundir princípios com valores, como sugere a teoria alexyana¹⁷³. Princípios são normas, inseridos no âmbito deontológico, não podendo ser hierarquizados.

Não obstante respeitáveis vozes que consideram princípios como sendo valores, admitindo, inclusive, a metodologia da ponderação de valores para a solução de conflitos entre princípios, acredita-se não ser essa a melhor solução, pois princípios são normas e não valores, conceitos que não se confundem, pois são categorias diferentes.¹⁷⁴ Conforme anota Habermas,

(...) normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.¹⁷⁵

Bonavides¹⁷⁶ descreve as três fases distintas pelas quais passa a juridicidade dos princípios: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Para a

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 41.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 450-451.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

¹⁷⁴ GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 135.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 317.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 253-266.

jusnaturalista os princípios são concebidos como axiomas jurídicos, de caráter universal, constitutivos de um Direito ideal. Na fase juspositivista os princípios são erigidos à categoria de fonte normativa subsidiária. Já na fase pós-positivista os princípios passam a ser tratados como direito, tendo como destacado precursor Ronald Dworkin¹⁷⁷, para quem tanto uma regra positivamente estabelecida como uma constelação de princípios podem impor obrigação legal.

Buscando luzes à questão, recorre-se à obra *O Império do Direito*, de autoria de Ronald Dworkin, o qual é bastante elucidativo para se compreender uma (re) leitura sobre os princípios¹⁷⁸.

Em 1977, Dworkin começa a sistematizar sua idéia de Direito, lançando o livro *Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)*, publicado no Brasil em 2002. Inicialmente, Dworkin insurge-se contra a idéia de Hart¹⁷⁹ sobre o fato de que, em algumas situações, o juiz possuiria uma margem de liberdade para escolher a melhor decisão, pois o direito não apresentaria uma solução para o caso.

Das palavras de Hart extrai-se a sua principal divergência à tese dworkiana:

O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46-47.

¹⁷⁸ Ronald Dworkin ainda nos oferece uma (re)leitura dos conceitos de interpretação. Interpretação da conversação: interpreta-se os sons ou sinais que determinada pessoa faz; interpretação científica: o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los; Interpretação artística: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar ponto de vista acerca de seu significado; interpretação de uma prática social: assemelha-se à interpretação artística – interpreta-se algo criado pelas pessoas como uma entidade distintas delas (formas de interpretação criativa); interpretação intencional: analisa a intenção do orador ao dizer o que disse; interpretação causal: pretende explicar, por exemplo, os sons que uma pessoa emite. A interpretação da conversação é intencional, pois atribui significados a partir de supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresentam suas conclusões como afirmações sobre a “intenção” deste ao dizer o que disse. A solução dworkiana é de que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. Preocupa-se essencialmente com os propósitos (propósitos do intérprete e não do autor) e não com a causa. A interpretação criativa é um caso de interação entre propósito (do intérprete) e objeto, observada sob o ponto de vista construtivo. A interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado. Um cientista social deve participar de uma prática social se pretende compreendê-la, o que é diferente de compreender seus adeptos. (*O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55-108).

¹⁷⁹ Trata-se do jusfilósofo inglês Herbert L. A. Hart, para quem os juízes devem usar a discricionariedade para escolher a interpretação que consideram a mais apropriada. Para Hart, quando a regra aplicada é imprecisa, o juiz não tem outra saída a não ser escolher, prudentemente, a opção que considerar mais adequada. Nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está aplicando o direito, eis que as regras não lhe indicam uma ou outra direção, senão criando o direito para caso concreto.

tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.¹⁸⁰

Para Dworkin, o juiz não possui discricionariedade judicial exatamente porque o ordenamento jurídico não é formado apenas por regras jurídicas, como acreditava Hart, mas também por princípios.

A tese dworkiana parte da premissa da existência de uma única resposta correta para os chamados casos controversos, sendo, pois, atacado por defender a tese da única decisão correta e por lançar mão de um juiz Hércules para resolver todos os problemas jurídicos, de maneira isolada.

Respondendo tais críticas, Dworkin formula a idéia de integridade no Direito, propondo a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito, pressupondo, ainda, uma espécie de personificação de uma determinada comunidade. Cada decisão deve ser integrada em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio aplicável.

Nesse contexto, a análise da estrutura das normas jurídicas revela que estas são de duas espécies: princípios e regras jurídicas. Reportando-se à obra *O Império do Direito*, Heloisa Helena Nascimento Rocha afirma que o Direito não é concebido como um sistema fechado de regras, como no positivismo preconizado por Hart, ao contrário:

Regras e princípios são diferentes, mas ambos são normas de caráter vinculante e deontológico. Contudo, existem diferenças que precisam ser esclarecidas. Regras apresentam em sua estrutura uma hipótese e uma consequência determinadas, ou seja, descrevem situações e imputam resultados específicos. Ora, se duas regras colidem, a solução de tal conflito só poder ser a eliminação de uma delas ou o estabelecimento de uma cláusula de exceção. Regras funcionam na base do tudo ou nada. Os princípios tratam de questões de justiça e apresentam um caráter aberto por não pretenderem estabelecer sua condição de aplicação. Ademais, princípios possuem uma dimensão de importância ou peso, de modo que em caso de colisão não há perda de validade, mas aplicação do princípio adequado ao caso.

¹⁸⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*, 4. ed., Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2005, p. 335.

No entanto, o Direito não deve ser compreendido como um conjunto de princípios e regras fixos. Dworkin deixa claro que regras e princípios não são facilmente distinguíveis. Muitas vezes se torna difícil estabelecer, *a priori*, se uma norma é um princípio ou uma regra. Isto porque princípios podem desempenhar em um caso específico o papel de uma regra e vice-versa.¹⁸¹

Segundo Calsamiglia, o esquema utilizado por Dworkin para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais, podendo assim ser sintetizado:

A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; C) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) Nos casos difíceis o juiz deve conceder vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; F) O juiz - ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garanti-lo.¹⁸²

No campo do direito cambiário, a doutrina não se mostra consente, designando indistintamente a *cartularidade*, a *literalidade* e a *autonomia* dos títulos de crédito como características¹⁸³, elementos essenciais¹⁸⁴, atributos¹⁸⁵, requisitos essenciais¹⁸⁶, predicados¹⁸⁷ ou princípios¹⁸⁸.

A cartularidade, a literalidade e a autonomia não podem ser tratadas meramente como elementos de qualificação dos títulos de crédito (característica, atributos, elementos, predicados e requisitos), mas, sim, como fundamento de

¹⁸¹ ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 248-249.

¹⁸² CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. *Derechos en Serio*. Tradução de Patrícia Sampaio, Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html> Acesso em: 28 ag. 2007.

¹⁸³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 359.

¹⁸⁴ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 45.

¹⁸⁵ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 12; COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70.

¹⁸⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Títulos de crédito*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 62.

¹⁸⁷ LOBO, Jorge. As dez regras de ouro dos títulos cambiais. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2000, n. 117, p. 7-15.

¹⁸⁸ MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 371; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59.

juízo do direito cambiário, “com o que se enrijece o seu sistema e se lhe permite ser disciplina inconfundivelmente separada das outras.”¹⁸⁹

Apropriando-se da palavra *característica*, Rizzardo¹⁹⁰ menciona que se refere a literalidade, autonomia, abstração e cartularidade, mas adverte que tão importantes essas qualidades que mais se constituem em princípios, reconhecidos universalmente. Tal discrepância doutrinária, contudo, não se arreda do conceito de título de crédito ditado por Cesare Vivante como sendo “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado.”¹⁹¹

Para o direito cambiário, portanto, a cartularidade, a literalidade e a autonomia¹⁹² não são meras características, requisitos, elementos ou atributos, mas verdadeiramente princípios, ou seja, normas voltadas, sobretudo para uma comunidade personificada¹⁹³, como sugere a tese dworkiana.

Referir-se, assim, à cartularidade, literalidade e autonomia como “princípios” é mais adequado, levando-se em consideração que se constituem verdadeiros comandos normativos da teoria geral dos títulos de crédito, servindo como alicerce de todo o instituto.¹⁹⁴

São, portanto, os princípios que norteiam os títulos de crédito os responsáveis pela certeza e a segurança esperada por aqueles que depositam na cártula a confiança para a consecução de seus negócios jurídicos. Tais princípios, sem dúvida alguma, são frutos do esforço da doutrina que culminou numa das melhores

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito cambiário*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2001, p. 179.

¹⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13.

¹⁹¹ VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 151-152.

¹⁹² No princípio da autonomia insere-se a independências das obrigações cambiais, a abstração e a inoponibilidade das exceções pessoais.

¹⁹³ Segundo Ronald Dworkin, “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.” (*O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271).

¹⁹⁴ Faria refere-se, ainda, ao princípio da legitimação, pelo qual o portador do título, contanto que esteja legitimado na forma prescrita na lei, tem o direito de receber a prestação nele mencionado. (FARIA, Werter R. Os títulos de crédito e o Código Civil. *Revista e direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 135. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, p. 69-75). De outro lado, Rosa Júnior adverte não se poder confundir legitimação com literalidade, “porque a literalidade refere-se à obrigação, ao direito mencionado no documento e prende-se, justamente, ao conteúdo e aos limites desse direito; a legitimação, ao contrário, refere-se ao documento quanto ao exercício do direito nele mencionado. Tanto isso é verdade que existem documentos, os títulos impróprios ou pseudotítulos de crédito, que preenchem uma função de legitimação, embora não sejam literais, como, v.g., o bilhete de passagem, porque são meros documentos probatórios da relação causal.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Janeiro: Renovar, 2002, 62).

demonstrações da capacidade criadora de ciência jurídica nos últimos séculos, chegando, inclusive, a restarem positivados.¹⁹⁵

Berberi, quando aborda a questão da positivação dos princípios, adverte:

(...) é de se assinalar que nem todos os princípios estão expressos no ordenamento jurídico. Há vários deles que não se encontram positivados mas nem por isso são de somenos importância. Ao contrário, configuram o arcabouço não só do sistema jurídico, mas também do sistema político de um Estado, como, por exemplo, o princípio democrático no Brasil, derivado que é do princípio republicano.¹⁹⁶

Segundo Newton de Lucca¹⁹⁷, o Direito apresenta-se como um ordenamento, ou seja, como um sistema complexo de normas que estejam em coerência umas com as outras, parecendo “razoável concluir-se, assim, que a teoria geral dos títulos de crédito refere-se ao sistema de princípios próprios aplicáveis a tais instrumentos.”

Na abordagem de tais princípios, coube a Cesare Vivante o mérito da construção de uma teoria unitária para os títulos de crédito, definindo o título de crédito como o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado.”¹⁹⁸

Explica Vivante que

o direito contido no título é um direito literal, porque seu conteúdo e os seus limites são determinados nos precisos termos do título; é um direito autônomo, porque todo o possuidor o pode exercer como se fosse um direito originário, nascido nele pela primeira vez, porque sobre esse direito não recaem as exceções, que diminuiriam o seu valor nas mãos dos possuidores precedentes.¹⁹⁹

Nos dizeres de Borges o “título de crédito é, antes de tudo, um documento. O documento, no qual se materializa, se incorpora a promessa da prestação futura a ser realizada pelo devedor, em pagamento da prestação atual realizada pelo credor.”²⁰⁰

¹⁹⁵ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: RED Livros, 1999, p. 25.

¹⁹⁶ BERBERI, Marco Antônio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86.

¹⁹⁷ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 4.

¹⁹⁸ VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003, p. 151.

¹⁹⁹ VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003, p. 152.

²⁰⁰ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 8.

Vivante não poupou críticas aos que afirmaram estar o direito incorporado no título de crédito, preferindo, de acordo com a sua definição, a expressão estar o “direito mencionado no documento.” Para o autor italiano a perda do título não ocasiona o desaparecimento do direito, ele torna-se suspenso até que o título seja substituído por outro equivalente.

Newton De Lucca esclarece que

o direito, embora guardando profunda conexão com o documento e daí resultando o fenômeno da cartularidade, não tem a sua existência estritamente condicionada à cártula. O direito é algo imaterial e, como tal, não desaparece com o documento, como afirmou VIVANTE, porque sua conexão – mesmo íntima com o documento – não pode destruir sua imaterialidade que extrapola os limites da cártula.²⁰¹

Aliás, a Lei de Duplicatas n. 5.474, de 1968, em seu artigo 23²⁰², demonstra que a destruição do título não faz, necessariamente, desaparecer o direito cartular, em virtude da possibilidade de obtenção de uma triplicata. Assim, conforme preleciona Ascarelli, “sob esses aspectos se descobre o que há de exagero na imagem da incorporação.”²⁰³

Ademais, o Código Civil de 2002, em seu artigo 888, revela ter sido este o entendimento adotado pelo legislador brasileiro, ao estabelecer que “a omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem.” O direito, pois, não desaparece com o desaparecimento do título de crédito.

Tal discussão, conquanto de rigor científico, na prática não tem tanta relevância, pois falar-se que o direito está “mencionado”, ou “incorporado” ou “contido” no documento, tem os mesmos efeitos jurídicos, principalmente pelo fato de que é a lei que erige determinado documento à categoria de título de crédito, estabelecendo os requisitos indispensáveis à sua validade²⁰⁴.

A clareza com que Vivante definiu o título de crédito traz o conforto para poder elencar como seus princípios a cartularidade, a literalidade e a autonomia.

²⁰¹ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 13.

²⁰² BRASIL. Lei n. 5.478, de 1968. Art. 23. A perda ou extravio da duplicata obrigará o vendedor a extrair triplicata, que terá os mesmos efeitos e requisitos e obedecerá às mesmas formalidades daquela.

²⁰³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: RED Livros, 1999, p. 266.

²⁰⁴ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 15-16.

Para se constituir o título de crédito deve a declaração cambiária estar exteriorizada em um documento escrito, corpóreo, em geral uma coisa móvel²⁰⁵. Tal documento é necessário ao exercício dos direitos nele mencionados. Trata-se do princípio da cartularidade²⁰⁶.

Nos dizeres de Newton De Lucca:

O fenômeno da cartularidade decorre da literalidade e da autonomia. É em razão de ser o direito mencionado no título literal e autônomo que a apresentação da cártula torna-se necessária para o exercício desse direito. Cartularidade é, para nós, portanto, a necessidade de apresentação do documento para o exercício do direito.²⁰⁷

A cartularidade, portanto, está intimamente ligada ao documento para que possa ser considerado um título de crédito²⁰⁸, como expresso na definição de Vivante.

A literalidade ou completude, por sua vez, reside no fato de que só vale o que se encontra escrito no título, ou seja, somente pode ser exigido o conteúdo da cártula; o direito nele mencionado. O que não está expressamente consignado no título de crédito não produz consequência nas relações jurídico-cambiais²⁰⁹.

Mas por que é decisivo, em relação ao direito nele mencionado, o teor do título? A resposta encontra-se nas palavras do festejado mestre italiano Tullio Ascarelli:

²⁰⁵ MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 5. Segundo Rosa Júnior, “O título de crédito corresponde a bem móvel (CCB, arts. 47 e 48, e CCB de 2002, arts. 82 a 84), estando, portanto, sujeito aos princípios que disciplinam a circulação de tais bens, como, por exemplo, a posse de boa-fé vale como propriedade (LUG, art. 16, II, e LC, art 24). O portador do título, para ser considerado legítimo, deve justificar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco (LUG, art. 16 al. 1ª, LC, art. 22).” (ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Janeiro: Renovar, 2002, 54).

²⁰⁶ O princípio da cartularidade encontra-se relativizado no tocante aos títulos do agronegócio, regulados pela Lei 11.076, de 2006.

²⁰⁷ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 57.

²⁰⁸ A Medida Provisória n. 442, de 6 de outubro de 2008, ao criar a Letra de Arrendamento Mercantil – LAM, relativizou o princípio da cartularidade ao permitir a emissão do título sob a forma escritural, não obstante tenha deixado de regular como ficarão as declarações cambiais sucessivas e eventuais (endosso e aval), eis que se concretizam mediante aposição física de assinatura na cártula, conforme regulado pela Lei Uniforme de Genebra.

²⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

A explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característica essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (declaração cartular) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer das suas modalidades, exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título.

Se a nossa explicação não fosse exata, se o documento tivesse apenas uma eficácia probatória da declaração documentada, o portador do título - ao contrário do que antes lembramos - poderia gozar de direitos diversos dos decorrentes do título, mesmo sem recorrer a qualquer convenção extracartular.²¹⁰

Não se deve, porém, confundir literalidade com formalismo. “O formalismo estabelecido pela lei define o ‘teor específico’ do documento e é pertinente à existência da declaração cartular ‘como tal’. Já a literalidade visa à subordinação dos direitos cartulares unicamente ao ‘teor da escritura’, atribuindo relevância jurídica somente aos elementos expressos na cártula.”²¹¹

Por último, a autonomia do título de crédito determina que cada pessoa que a ele se vincula assume obrigação autônoma relativa ao título, não se vinculando uma à outra, de tal forma que uma obrigação nula não afeta as demais obrigações válidas no título, a teor dos artigos 7º do Decreto n. 57.663, de 1966 (Lei Uniforme de Genebra - LUG)²¹² e 13 da Lei de Cheque (Lei 7.357, de 1985)²¹³.

É também em razão da autonomia do título de crédito que o possuidor de boa-fé não tem o seu direito restringido em decorrência de negócio subjacente entre os primitivos possuidores e o devedor. Surge aqui o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, consagrado pelos artigos 17 da Lei Uniforme de Genebra

²¹⁰ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 68.

²¹¹ DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 52.

²¹² BRASIL. Decreto n. 57.663, de 1966. Artigo 7º. Se a letra contém assinaturas de pessoas incapazes de se obrigarem por letras, assinaturas falsas, assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que por qualquer outra razão não poderiam obrigar as pessoas que assinaram a letra, ou em nome das quais ela foi assinada, as obrigações dos outros signatários nem por isso deixam de ser válidas.

²¹³ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. Art. 13. As obrigações contraídas do cheque são autônomas e independentes. Parágrafo único. A assinatura de pessoa capaz cria obrigações para o signatário, mesmo que o cheque contenha assinatura de pessoas incapazes de se obrigar por cheque, ou assinaturas falsas, ou assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que, por qualquer outra razão, não poderiam obrigar as pessoas que assinaram o cheque, ou em nome das quais ele foi assinado.

(Decreto n. 57.663, de 1966)²¹⁴, 25 da Lei de Cheque (Lei n. 7.357, e 1985)²¹⁵ e 916 do Código Civil de 2002²¹⁶.

Destaca-se que as inoponibilidades²¹⁷ que tratam de vícios na constituição do direito cartular e vícios formais do título são oponíveis ao terceiro de boa-fé; ao contrário, as inoponibilidades relacionadas às convenções extracartulares, que dizem respeito ao negócio subjacente, e as referentes à aquisição *a non domino* do título, não podem ser opostas ao terceiro de boa-fé, em conformidade com os artigos 16 do Decreto n. 57.663, de 1966²¹⁸, 24 da Lei n. 7.357, de 1985²¹⁹ e 905, parágrafo único do Código Civil²²⁰.

Sobre o tema, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível n. 1.0024.07.425641-3/001:

CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO CAMBIAL - SUSTAÇÃO DE PROTESTO - CHEQUE - ENDOSSO - TERCEIRO DE BOA-FÉ - EXCEÇÃO PESSOAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A DESCONTENTO - ART. 25 DA LEI 7.357/85 - INOPONIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. Ao terceiro de boa-fé, portador de cheque regularmente emitido, não poderão ser opostas as exceções pessoais relacionadas ao negócio subjacente, consoante o disposto no artigo 25 da Lei 7.357/85. É cediço que a transferência do cheque, por endosso, legitima o endossatário para a cobrança do título, inclusive para protesto, como legítimo credor, ficando imune às exceções pessoais ligadas ao negócio jurídico subjacente. Não tendo sido

²¹⁴ BRASIL. Decreto n. 57.663, de 1966. Artigo 17. As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor.

²¹⁵ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. Art. 25. Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

²¹⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 916. As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

²¹⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre a disciplina das inoponibilidades, consulte-se a obra de Newton De Lucca, *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*, São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 97-103.

²¹⁸ BRASIL. Decreto n. 57.663, de 1966. Artigo 16 O detentor de uma letra é considerado portador legítimo se justifica o seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo se o último for em branco (...) Se uma pessoa foi por qualquer maneira desapossada de uma letra, o portador dela, desde que justifique o seu direito pela maneira indicada na alínea precedente, não é obrigada a restituí-la, salvo se a adquiriu de má-fé ou se, adquirindo-a, cometeu uma falta grave.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. Art. 24. Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo, se não o adquiriu de má-fé. Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão observadas, nos casos de perda, extravio, furto, roubo ou apropriação indébita do cheque, as disposições legais relativas à anulação e substituição de títulos ao portador, no que for aplicável.

²²⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 905. O possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor. Parágrafo único. A prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente.

comprovada a má-fé do endossatário, é vedado ao emitente de cheque buscar em sua defesa exceção pessoal que teria contra o endossante. Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.425641-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): IDALVA TEIXEIRA PAOLINELLI CABRAL - APELADO(A)(S): MAURÍCIO SA MOREIRA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17^a CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO E INDEFERIR A JUSTIÇA GRATUITA.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2007.

DES^a. MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Relatora

De outro lado, quando se trata de vício de constituição do direito cartular, tais como, incapacidade, falsidade ou homonímia de firma e falsificação do conteúdo do título, pouco importa a boa-fé do terceiro, o que poderá, inclusive, conduzir à nulidade da cártula caso não existam outros signatários coobrigados.²²¹ Nesse sentido, o seguinte acórdão:

EMBARGOS DEVEDOR - CHEQUE ROUBADO - OCORRÊNCIA POLICIAL - RECEBIMENTO POR TERCEIROS - PROVA PERICIAL - ASSINATURA FALSIFICADA - AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL - DESCARACTERIZAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO.

Como toda execução tem por base título executivo judicial e extrajudicial, não se presta para embasá-la o cheque que se comprovou ser falsa a assinatura do seu emitente, sendo descaracterizado como cambial por ocorrer condição extintiva ou modificativa do direito nele contido, que lhe retira a executabilidade, por faltar-lhe pressuposto de validade.

Se o exame grafotécnico e as demais provas são conclusivos na constatação da falsidade da assinatura aposta em cheque, deve-se acolher os embargos e declarar a nulidade do suposto título de crédito.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 305.104-9, da Comarca de UBERLÂNDIA, sendo Apelante (s): HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA CLARA LTDA. e Apelado (a) (os) (as): ISALTINA DAS DORES DE ALMEIDA,

ACORDA, em Turma, a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, NEGAR PROVIMENTO.

²²¹ Confira-se, a respeito, o artigo 915 do Código Civil: “O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a estes as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.”

Presidiu o julgamento o Juiz DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e dele participaram os Juizes DUARTE DE PAULA (Relator), KILDARE CARVALHO (Revisor) e EDILSON FERNANDES (Vogal).

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2000.

JUIZ DUARTE DE PAULA

Aliás, não se pode falar de autonomia dos títulos de crédito sem que se faça, ainda que rapidamente, uma abordagem sobre a abstração, outro princípio característico de tais documentos.

A autonomia dos títulos de crédito compreende dois aspectos: autonomia do título (abstração) e autonomia das obrigações nele assumidas (independência das obrigações cambiais).

Pela abstração temos que os direitos decorrentes dos títulos são abstratos, independentes do negócio que deu lugar ao seu surgimento²²². A abstração não se confunde com a autonomia das obrigações cambiais (princípio da independência das obrigações cambiais). Aquela traz a regra de que uma vez emitido o título este se libera de sua causa e esta disciplina que as obrigações assumidas no título são independentes umas das outras.

Segundo Fran Martins,

(...) a abstração do direito emergente do título significa que esse direito, ao ser formalizado o título, se desprende de sua causa, dela ficando inteiramente separado. Se o título é um documento, portanto, concreto, real, o direito que ele encerra é considerado abstrato, tendo validade, assim, independentemente de sua causa.²²³

Todavia, a jurisprudência tem limitado a aplicação do princípio da abstração quando inexistente a circulação do título, admitindo, assim, a discussão da *causa debendi* entre as partes do negócio subjacente. A esse respeito, novamente o Tribunal de Justiça mineiro se posicionou, no julgamento da Apelação Cível n. 1.0000.00.161055-9/000:

²²² MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.

²²³ MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.

Falência. Impontualidade. Título executivo extrajudicial. Ausência de liquidez. Princípio da abstração. Falta de circulação. Limitação. Relação jurídica originária. "Causa debendi." Discussão. Possibilidade. I - O princípio da abstração dos títulos de crédito sofre limitação quando ele não entra em circulação, permanecendo nas mãos do beneficiário da relação jurídica base. Nessa hipótese, o título não se desvincula da relação que o originou, possibilitando ao emitente discutir a "causa debendi." II - O pedido de falência, que tem como base a impontualidade do comerciante, exige liquidez do título para legitimar a execução coletiva, que fica desnaturada quando a prática de usura se evidencia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.161.055-9/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): EMCOB EMPRESA MINEIRA COBRANÇA LTDA - APELADO(S): GERAIS IND ALIMENTOS LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 1999.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO – Relator

O Superior Tribunal de Justiça, examinado caso envolvendo execução de duplicata sem aceite contra sacador-endossante e seus avalistas, assentou o entendimento de não ser lícito aos coobrigados invocarem a ausência de protesto ou do comprovante de entrega da mercadoria para se eximirem da obrigação de pagamento do título de crédito. Trata-se de típico exercício jurisprudencial do princípio da abstração cambiária.

DUPLICATA - AUSÊNCIA DE ACEITE E DE PROVA DA OPERAÇÃO COMERCIAL - EXECUÇÃO CONTRA ENDOSSANTE E AVALISTAS - POSSIBILIDADE. - A duplicata, mesmo sem aceite e desprovida de prova da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, pode ser executada contra o sacador-endossante e seus garantes. É que o endosso apaga o vínculo causal da duplicata entre endossatário, endossante e avalistas, garantindo a aceitação e o pagamento do título (LUG, Art. 15 c/c Arts. 15, § 1º, e 25 da Lei 5.474/68).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (Data do Julgamento)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

O presente caso se diferencia de tantos outros que aqui foram julgados pelo fato de a ação de execução ter sido ajuizada pelo Banco do Brasil S/A, na condição de endossatário, contra os fiadores da sacadora/endossante das duplicatas sem causa, e não contra o sacado.

Por isso, a solução jurídica é distinta.

In casu, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não é lícito ao emitente/endossante de duplicata simulada, e por consequência lógica aos seus garantes, invocar a ausência de protesto ou do comprovante de entrega da mercadoria para se eximir da obrigação de pagamento do título de crédito.

Disso se extrai que para esse efeito, ao contrário do que ficou decidido no acórdão recorrido, as duplicatas, mesmo sem causa, não perdem a natureza de título de crédito, estando aptas a embasar a execução da carta de fiança.

Acompanho, por isso, o Relator.

O título de crédito deve ainda obedecer ao princípio da tipicidade, sendo regulado por lei específica que lhe dite os requisitos essenciais para a sua existência e validade jurídica, observando os demais princípios que o regem, a fim de resguardar e dar eficácia aos ajustes entre as pessoas que com ele transacionam.

3.2 O alcance das disposições do Código Civil no tocante aos títulos de crédito

O legislador brasileiro dedicou, no livro I da parte especial do Código Civil de 2002, referente ao direito das obrigações, o título VIII aos títulos de crédito, mesma técnica utilizada pelo legislador italiano no *Codice Civile* de 1942, em seus artigos 1992 a 2002. Como efeitos de tal regulação destacam-se: a inaplicabilidade das disposições gerais do Código Civil aos títulos regulados por lei especial; e o surgimento do conflito entre as disposições do Código Civil e as contidas nas leis especiais.

No tocante ao primeiro efeito, o regramento autônomo dos títulos de crédito por leis especiais continua evidente pelo que se depreende da norma de envio

prevista no artigo 903 do Código Civil pátrio²²⁴, similar ao artigo 2001 do *Codice Civile* italiano²²⁵. Igualmente, o segundo efeito é dissipado pelos mesmos dispositivos, com o reforço do artigo 887 do Código Civil brasileiro²²⁶ que, ao conceituar o título de crédito, condicionando a sua eficácia ao preenchimento dos requisitos da lei, demonstra o caráter subsidiário das normas civis em relação às leis especiais.²²⁷

Wille Duarte Costa alertava que o Código Civil apenas reproduz inúmeros preceitos contidos em leis especiais, servindo tão somente para confundir o intérprete e beneficiar expedientes protelatórios de devedores, concluindo, com sua forma peculiar, que “aquela parte intitulada títulos de crédito deve ser excluída do novo Código, pois ela é de uma inutilidade a toda prova.”²²⁸

Três dispositivos representam o núcleo essencial e revestem valor qualificador da categoria dos títulos de crédito no Código Civil²²⁹. São eles: os artigos 887 (autonomia do direito cartular), 896 (efeitos da posse de boa-fé) e 915 (exceções oponíveis).

O Código Civil inicia o elenco de normas gerais sobre os títulos de crédito, invocando os seus princípios basilares: cartularidade, literalidade e autonomia, que constituem base essencial para a existência, validade e eficácia dos atos (negócios) jurídicos celebrados no âmbito do direito cambiário. E o fez em seu artigo 887, nos seguintes termos: “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os

²²⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. “Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.”

²²⁵ “Le norme di questo titolo si applicano in quanto non sai diversamente disposto da altre norme di questo codice o di leggi speciali.”

²²⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.”

²²⁷ O Código Civil não regulou os títulos de crédito já existentes Trata-se de impropriedade técnica designar o seu Título VIII como “Dos Títulos de Crédito”. Ademais, o Código Civil não permitiu a criação de títulos atípicos, como defende Mauro Rodrigues Penteado, pois o princípio da tipicidade é inerente ao direito cambiário. (PENTEADO, Mauro Rodrigues (coordenador). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, 3º e legislação complementar)*. São Paulo: Walmar, 2004, Nota Prévia, p. IX-XIII).

²²⁸ COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 64.

²²⁹ FARIA, Werter R. Os títulos de crédito e o Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 69-75.

requisitos da lei.”²³⁰ Mantém-se, assim, a consagrada autonomia do direito cambiário e da própria disciplina dos títulos de crédito.

Os artigos 887 e 903 citados arredam as dúvidas sobre a aplicação do Código Civil aos títulos de crédito hoje existentes, os quais, somente produzirão efeitos quando preenchidos os requisitos dispostos nas leis especiais que os regulam.

Por isso adverte Rizzardo que o Código Civil, na parte que disciplina os títulos de crédito, não traz uma idéia completa da matéria, necessitando conhecer o direito vigente em leis especiais para verificar o âmbito e o limite de sua incidência:

Questão de extrema importância, num primeiro passo, prende-se ao estudo da incidência do Código Civil ou de leis especiais na disciplina dos títulos de crédito. Inovando o diploma civil anterior, o Código de 2002 trouxe um capítulo específico sobre os títulos de crédito. Entrementes, no último dispositivo que regula os títulos de crédito em geral – art. 903 -, contém a seguinte regra, de grande relevância, e que importa em traçar o método da abordagem a ser desenvolvida: ‘Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código’.

Embora aparentemente singela a disposição, graves as decorrências que dela advêm. A principal está na incidência supletiva das regras do Código Civil, limitando-se, no dizer de Fernando Neto Boiteux, a traçar regras gerais, seguindo em vigor todos os diplomas especiais que regulam os mais diversos títulos de crédito, e, assim, o Decreto n. 2.044, de 1908, as leis uniformes, as leis do cheque, das duplicatas, dos conhecimentos de transporte e depósito, os warrants, as ações das sociedades anônimas, as debêntures, e os demais títulos de crédito. Apenas na omissão de alguma norma das leis que regulamentam os vários tipos de títulos de crédito é que têm lugar as disposições do Código Civil.²³¹

Como diz Fran Martins, o Código Civil, na parte que cuidou dos títulos de crédito, apenas

pretendeu estatuir regras gerais de estabelecimento da disciplina do instituto, sem revogar as diversas leis e convenções internacionais adotadas pelo Brasil que regulam esse assunto, sendo que a legislação brasileira anterior ao novo Código Civil sobre títulos de crédito é específica para cada tipo de título.

²³⁰ Sabe-se não ser função do legislador ministrar definições, as quais devem ser evitadas, porque de pouco adiantam num texto e fogem à missão simplesmente normativa deste. Muitas vezes, as definições feitas pelo legislador obstam a evolução de determinados institutos jurídicos, uma vez que, embora a doutrina e a jurisprudência os atualizem, o texto legal impede o seu aprimoramento, o que dependeria de uma burocrática e morosa alteração legislativa.

²³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-2.

O novo Código Civil também é inovador por conter normas gerais que definem os títulos de crédito e enunciam suas características básicas.

Dito isto, se conclui que o novo diploma civil não revogou a legislação anterior, a qual continua em pleno vigor, segundo se depreende da leitura do art. 903 (...)²³²

No direito brasileiro, portanto, leis especiais regulam os títulos de crédito, alguns usados em larga escala, outros sem grande utilização nas práticas empresariais. Podem ser mencionados: a letra de câmbio; a nota promissória; o cheque; a duplicata; as cédulas de crédito rural, industrial e comercial; o conhecimento de depósito e o *warrant*, inclusive destinados ao fomento do agronegócio (Lei n. 11.076/2005); o conhecimento de transporte; cédula de crédito bancário; e a recente Letra de Arrendamento Mercantil (Medida Provisória n. 442, de 2008), entre outros.²³³

É de se observar que o Código Civil em nada inovou quanto aos títulos de crédito, justificando, pois, a opinião da doutrina no sentido da generalidade de tais disposições, que, na sua grande maioria, revelam-se apenas como repetição de dispositivos da Lei Uniforme de Genebra.²³⁴

²³² MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 14. ed. Atualizada por Joaquim Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

²³³ Segundo Brasil, “há continuidade da legislação especial sobre títulos de crédito, v. g., as disposições da Lei Uniforme de Genebra – Decreto n. 57.663/66; Decreto n. 2.044/08 e da Lei n. 5.474/68, conforme artigo 903 do Código Civil.” (BRASIL, Francisco de Paula Eugênio Jardim de Souza. *Títulos de crédito: o novo Código Civil – questões relativas aos títulos eletrônicos e do agronegócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 81). Igualmente, ao comentar o artigo 903 do Código Civil, adverte Almeida que a “melhor interpretação do dispositivo legal nominado deixa evidente a subsistência das leis especiais, bem como as respectivas convenções internacionais.” (ALMEIDA, Amador Paes. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 504). Confira-se também Rosa Júnior, para quem as “normas das leis especiais que regem os títulos de crédito nominados, como, p. e., letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata, continuam vigentes e se aplicam quando disporem diversamente o CCB de 2002, por força do seu art. 903.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35). Toda a legislação especial, portanto, que rege os títulos de crédito continua em pleno vigor após a edição do Código Civil de 2002, sendo certo que este não regula os chamados *títulos atípicos* ou *inominados*. Os títulos de crédito devem seguir o princípio (norma) da tipicidade, como salta aos olhos pela redação do próprio artigo 887, parte final, do Código Civil. Como então falar em *títulos atípicos*? Apenas o poeta gaúcho pode explicar: “Quem não compreende um olhar, tampouco entenderá uma longa explicação.” (Mário Quintana – 1906-1994).

²³⁴ Conforme COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 66. Na realidade, o legislador criou normas gerais para os títulos de crédito, não fugindo, é certo, da repetição dos preceitos contidos em leis especiais, que deverão prevalecer quando conflitantes com os novos dispositivos do estatuto civil vigente.

Na realidade, o Código Civil, não modificou a teoria geral dos títulos de crédito²³⁵; não alterou os efeitos do endosso nos títulos regidos por leis especiais (endosso sem garantia); não tornou inválido o aval por falta de outorga; muito menos criou ou possibilitou a criação de títulos virtuais, desprovidos de cartularidade.

Por derradeiro, o Código Civil consagra, em seu artigo 896, a norma nuclear dos títulos de crédito, ou seja, os efeitos da posse de boa-fé, correspondendo ao artigo 1994 do *Codice Civile* italiano²³⁶. Assim, o título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação.²³⁷ Já o artigo 915 (exceções oponíveis) será objeto de exame no próximo tópico.

3.3 A circulação dos títulos de crédito no Código Civil: endosso sem garantia, endosso-mandato e endosso-penhor

Como regra geral, estabelece o artigo 893 do Código Civil que a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes. A circulabilidade do título de crédito dá-se por meio do endosso, o que será novamente analisado na abordagem das declarações cambiárias no capítulo cinco que aborda a recuperação judicial de empresas.

Destaca-se que, na circulação do título de crédito, o endossatário adquire direito autônomo, ficando imune das exceções pessoais que o devedor poderia opor ao beneficiário ou aos precedentes endossantes, ao contrário da cessão de crédito, regulada pelos artigos 286 a 298 do Código Civil²³⁸. Segundo Carvalho de

²³⁵ O Código Civil de 2002 não altera os efeitos do endosso nos títulos regidos por leis especiais (endosso sem garantia), muito menos cria ou possibilita a criação de títulos virtuais, desprovidos de cartularidade, prescindindo de uma legislação especial.

²³⁶ “Chi ha acquistato in buona fede il possesso di un titolo di credito, in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione, non è soggetto a rivendicazione.” (IUDICA, Giovanni. *Codice civile: costituzione leggi collegate trattati EU e CE*. 2. ed. Milana: Egea, 2005).

²³⁷ FARIA, Werter R. Os títulos de crédito e o Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 69-75.

²³⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

Mendonça, a inadmissibilidade dessas exceções é o mais natural predicado dos títulos à ordem, visto como a sua transferência representa nova emissão, purificando-os e libertando-os dos ônus pessoais que porventura anteriormente os gravassem.²³⁹

No Código Civil merece particular destaque o disposto no art. 914, sendo certo que o restante se trata apenas de mera repetição de dispositivos da Lei Uniforme de Genebra.

Com efeito, assim dispõe o Código Civil:

Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

§ 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário.

§ 2º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

No que concerne à garantia de pagamento do título pelo endossante, o artigo 15 do Decreto n. 57.663, de 1966, regulador da letra de câmbio e nota promissória, bem como o artigo 21 da Lei n. 7.357, de 1985 (Lei do Cheque) refletem a clássica posição legislativa, regulando o chamado *endosso sem garantia*, ou seja, “salvo disposição em contrário, o endossante garante o pagamento do título”. Vejamos os dispositivos legais:

Decreto 57.333, de 1966

Artigo 15

O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra.

O endossante pode proibir um novo endosso, e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada.

Lei 7.357, de 1985

Art. 21. Salvo estipulação em contrário, endossante garante o pagamento.

Parágrafo único. Pode o endossante proibir novo endosso; neste caso, não garante o pagamento a quem seja o cheque posteriormente endossado.

²³⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 101.

Particularmente, destaca-se na letra de câmbio e na duplicata que qualquer cláusula pela qual se exonera o sacador da garantia do pagamento considera-se como não escrita, a teor dos artigos 9º da Lei Uniforme de Genebra e 25 da Lei n. 5.474, de 1968.

Assim, o endosso próprio, translativo ou pleno transfere a propriedade do título e obriga o endossante ao seu pagamento, salvo se este fizer expressa ressalva no título, o que configurará o *endosso sem garantia* (p. e.: “transfiro o título, mas não me responsabilizo pelo seu pagamento”).

Relembre-se que o principal efeito do endosso próprio, translativo ou pleno resulta na transferência do título e de todos os direitos a ele inerentes²⁴⁰. Além disso, atribui legitimidade ao portador do título como credor; positiva a responsabilidade do endossante pelo cumprimento da prestação constante do título como co-devedor; e faculta ao endossatário a dispor do título reendossando-o a terceiro²⁴¹. São efeitos naturais do endosso previstos nas leis especiais. Segundo Adamek,

Estas, portanto, são as funções típicas do endosso próprio, translativo ou pleno, por meio do qual, aliado à tradição, se transfere a propriedade do título e o portador se legitima ao exercício dos direitos literais e autônomos nele mencionados. (...) há endossos em que não se verificam todos esses efeitos e, por isso, são denominados de endossos impróprios.²⁴²

Nos endossos impróprios, de que são espécies o endosso-mandato e o endosso-penhor, ocorre a transferência ao endossatário de direitos específicos sem a ele atribuir a propriedade do título, hipótese em que somente poderá endossar novamente o título na qualidade de procurador, ficando legitimados apenas ao *exercício de direitos cartulares*²⁴³. No endosso-mandato, pode o devedor opor ao

²⁴⁰ O endosso-fiduciário enquadra-se na categoria de endosso pleno, relegando o seu exame, em razão da metodologia empregada, para o capítulo 5, subtítulo 5.3.3.

²⁴¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 101-102.

²⁴² ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Endossos próprios e impróprios, endosso póstumo e circulação imprópria dos títulos de crédito (Código Civil, arts. 919 e 920). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2006, n. 141, p. 69-95.

²⁴³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Endossos próprios e impróprios, endosso póstumo e circulação imprópria dos títulos de crédito (Código Civil, arts. 919 e 920). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2006, n. 141, p. 73.

endossatário as exceções que tiver contra o endossante. Já no endosso-penhor²⁴⁴ não são oponíveis pelo devedor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se demonstrar a má-fé do endossatário.²⁴⁵

A disposição do artigo 914 do Código Civil, portanto, inverte a norma prevista na Lei Uniforme de Genebra, equiparando, indevidamente, o endosso à cessão de crédito²⁴⁶ uma vez que a regra geral é ficar o endossante como garantidor do pagamento do título, salvo se, de forma diversa e expressa, se exonerou (“endosso sem garantia”). Rompe-se, assim, com toda “a tradição do direito cambiário continental europeu, do qual o ordenamento jurídico brasileiro faz parte”.²⁴⁷

Assim, o artigo 914 do Código Civil, afronta o princípio da autonomia dos títulos de crédito, não se aplicando, aos títulos regulados por leis especiais, como ressalvam os artigos 887 e 903 do mesmo diploma legal²⁴⁸, a exceção da Letra de Arrendamento Mercantil – LAM regulada nos artigos 2º a 4º da Medida Provisória n. 442, de 6 e outubro de 2008²⁴⁹, que possui norma com o mesmo conteúdo.

²⁴⁴ O endosso-penhor mereceu destaque no procedimento de recuperação judicial de empresas brasileiro. Com efeito, o crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, vencido ou liquidado durante a recuperação judicial de empresas, poderá ter a garantia substituída ou renovada e, enquanto não renovada ou substituída, o valor eventualmente recebido em pagamento pelo credor permanecerá em conta vinculada pelo período de suspensão de 180 dias, nos termos do artigo 49, § 5º e artigo 6º, § 4º, ambos da Lei 11.101, de 2005.

²⁴⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída. § 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu. § 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato. § 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante. Art. 918. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título. § 1º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador. § 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

²⁴⁶ O artigo 914 é similar ao artigo 296 do Código Civil que trata da cessão de crédito, nos seguintes termos: “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.”

²⁴⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Cédula de crédito bancário: endosso sem garantia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abr./jun. de 2006, n. 142, p. 282-287.

²⁴⁸ Consulte-se a respeito: AVELAR, Marcília Duarte Costa de. Irresponsabilidade do endossante no novo Código Civil. *Revista Virtual Faculdades Milton Campos*, ano 1, n. 1. Disponível em: <www.revista.mcampos.br.> Acesso em: 15 ag. 2008.

²⁴⁹ BRASIL. Medida Provisória n. 442, de 6 de outubro de 2008. Art. 2º As sociedades de arrendamento mercantil poderão emitir título de crédito representativo de promessa de pagamento em dinheiro, denominado Letra de Arrendamento Mercantil - LAM. § 1º O título de crédito de que trata o caput, nominativo, endossável e de livre negociação, deverá conter: I - a denominação "Letra de Arrendamento Mercantil"; II - o nome do emitente; III - o número de ordem, o local e a data de emissão; IV - o valor nominal; V - a taxa de juros, fixa ou flutuante, admitida a capitalização; VI - a descrição da garantia, real ou fidejussória, quando houver; VII - a data de vencimento ou, se emitido

Constituirá, portanto, conduta protelatória a daqueles que, em juízo, venham a argüir a norma do artigo 914 do Código Civil para se esquivarem ao pagamento de todos os títulos de crédito indistintamente, em detrimento dos legítimos credores, com o que não podem, de forma alguma, contar com o beneplácito do Poder Judiciário.

A propósito, o *endosso sem garantia*, na forma como regulado pelo Código Civil, não poderá ser invocado pelo devedor como exceção oponível ao portador, em razão das normas especiais que tratam da matéria, como demonstrado.

Nesse contexto, o Código Civil traz importante regulação geral sobre as exceções oponíveis, seguindo a linha do *Codice Civile* italiano²⁵⁰, reforçando a aplicação do princípio da literalidade dos títulos de crédito.

Assim é que o artigo 915 do Código Civil brasileiro regula, tal como a legislação uniforme, as inoponibilidades em relação aos vícios de constituição do direito cartular e as exceções fundadas na forma do título²⁵¹.

Com efeito, poderá o devedor opor ao portador do título as exceções referentes à forma do título e ao seu conteúdo, falsidade de assinatura, defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, além da falta de requisito necessário ao exercício da ação. Tais exceções são oponíveis ao terceiro de boa-fé²⁵².

para pagamento parcelado, a data de vencimento de cada parcela e o respectivo valor; VIII - o local de pagamento; e IX - o nome da pessoa a quem deve ser pago. § 2º O endossante da LAM não responde pelo seu pagamento, salvo estipulação em contrário. § 3º A LAM não constitui operação de empréstimo ou adiantamento, por sua aquisição em mercado primário ou secundário, nem se considera valor mobiliário para os efeitos da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Art. 3º A LAM será emitida sob a forma escritural, mediante registro em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil. Parágrafo único. A transferência de titularidade da LAM será operada no sistema referido no caput, que será responsável pela manutenção do registro das negociações. Art. 4º Aplica-se à LAM, no que não contrariar o disposto nesta Medida Provisória, a legislação cambial.

²⁵⁰ Estabelece o artigo 1.993 do *Codice Civile* italiano que "Il debitore può opporre AL possessore del titolo soltanto le eccezioni a questo personali, le eccezioni di forma, quelle che sono fondate sul contesto letterale del titolo, nonchè quelle che dipendono da falsità della propria firma, da difetto di capacità o di rappresentanza al momento dell'emissione, o dalla mancanza delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione. Il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo."

²⁵¹ LUCEA, Newton de. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 97-103.

²⁵² Devem-se ressaltar as exceções extracartulares, ou seja, as referentes à transmissão a *non domino* e aquelas que digam respeito ao negócio subjacente, as quais não podem ser opostas ao terceiro de boa-fé, como previsto no próprio Código Civil, em seus artigos 905, parágrafo único e 916,

4 O SISTEMA DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

4.1 O regime jurídico de transição operado pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência no direito brasileiro

O regime de tratamento judicial da crise financeira dos agentes econômicos pode ser apresentado em quatro fases: *insolvência-sanção*; *falência-liquidação*; *falência-saneamento*; e o retorno à *falência-liquidação*.

A primeira fase – *insolvência-sanção* – volta-se à Antigüidade, convergindo para a punição física do devedor, quando podiam os seus credores mantê-lo em cárcere privado, escravizá-lo ou mesmo dispor de sua vida, “pois o credor tinha o poder de, fazendo justiça pelas próprias mãos, sujeitar o devedor inadimplente.”²⁵³ Como explica Rubens Requião,

a regra era, nas civilizações antigas, outorgar ao credor o poder de coagir fisicamente o devedor, à margem da prestação jurisdicional do Estado. O devedor era aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, caso não pagasse o devido. A concepção antiga importava em que o corpo do devedor respondesse pelo pagamento de suas dívidas.²⁵⁴

Segundo Requião, no início, o direito romano também refletia a barbárie do período primitivo, de que o corpo respondia pelas dívidas, por meio da *manus injectio*. “Se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exeqüente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés.”²⁵⁵ A *Lex Petelia Papiria* aboliu a *manus injectio*, por volta de 428 ou 441 a. C., passando os bens do devedor e, não, o seu corpo a constituir a garantia dos credores.

respectivamente. Segundo Rosa Júnior, em “ocorrendo circulação anormal do título, se o portador está formalmente legitimado por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco, e adquire o título com boa-fé, a ele não pode ser oposta a exceção da aquisição a *non domino*.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. Títulos de crédito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247).

²⁵³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 7.

²⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 6.

²⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 7.

Em Roma, surgiu, ainda, a *bonorum cessio*, destinada ao devedor infeliz, e de boa-fé, acometido de um infortúnio em seus negócios, que podia deixar o seu patrimônio aos credores para saldar suas dívidas. Para Vampré, tal cessão conservava intacta a honra do devedor, “evitava a detenção pessoal, e o obrigava somente até a concorrência do valor dos bens cedidos, independente da aceitação dos credores.”²⁵⁶

Já na Idade Média, a partir do século XII, surge a segunda fase – falência-liquidação –, priorizando o modelo liquidatório, como regime sistematizado de liquidação universal do patrimônio do devedor comerciante, no círculo das cooperações de mercadores, ou seja, colocavam-se de um lado os credores e do outro o falido a ser punido, a quem se reservava “toda a sorte de vexames, que o tornava, com a pena de infâmia, um réprobo social.”²⁵⁷ “O instituto desloca-se, assim, de um modelo meramente punitivo para outro prioritariamente liquidatório, consolidando-se como ‘falência-liquidação’.”²⁵⁸

No caso de ocultação ou fuga do devedor, procedia-se desde logo, pelo primeiro decreto, do cônsul, a *missio in bona*, de cognição sumária. Através desse primeiro decreto, os credores adquiriam e assumiam a *custodia et defensio rerum*. Nesse período, o devedor ainda podia resguardar seu patrimônio, satisfazendo aos credores. Caso contrário, a requerimento dos credores, era expedido o segundo decreto. Nessa nova fase eram examinados os créditos e estabelecidos os privilégios, sendo então nomeado o *curator bonorum* que administrava os bens e, com base nesse decreto, procedia a venda, cujo produto era rateado entre os credores, respeitadas as preferências.²⁵⁹

A terceira fase, denominada de *falência-saneamento*, é inaugurada após a Segunda Grande Guerra, quando “a crise econômica da empresa passa a demandar uma maneira diferente de enfrentar o fenômeno da insolvência”²⁶⁰, apregoando-se a separação da sorte da empresa da de seus dirigentes, preservando a unidade

²⁵⁶ VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito commercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. 1925, v. III, p. 19.

²⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 9.

²⁵⁸ SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227.

²⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 10.

²⁶⁰ SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227.

produtiva. Passa-se a “se preocupar com a permanência da empresa e não apenas com sua liquidação judicial”.²⁶¹

Orientando-se pela intelecção de que a organização empresarial gera estabilidade econômica, e considerando a imperiosa manutenção dos postos de trabalho, dois novos princípios despontam para tratamento da crise econômico-financeira do devedor: i) a empresa viável, em crise, sempre que possível deve ser preservada; e ii) faz-se necessário separar a sorte da empresa da de seus dirigentes, punindo as faltas destes e assegurando a salvaguarda daquela. O acorde do regime concursal passa a ser, então, o de ‘falência-saneamento’.²⁶²

A quarta fase, nos tempos atuais, reconsidera o paradigma falência-liquidação, tal como ocorre com o direito português com a adoção do Decreto-Lei n. 53, de 2004, como será abordado adiante, focando-se na eficiência²⁶³ e introduzindo dois novos princípios: *a maximização do valor econômico da empresa*; e *a supremacia da deliberação dos credores*, a fim de coibir os excessos até então cometidos, conforme esclarecem Silva e Rodrigues:

muitos excessos foram cometidos, à custa do sacrifício dos credores, em nome de um interesse social que raramente se efetivava. A hiperbolização do conceito de que a recuperação deveria se sobrepor à falência conduziu inúmeras empresas inviáveis a providências de saneamento, retardando injustificadamente o procedimento de liquidação, com a conseqüente dissipação de seus ativos. A reação a esse fenômeno veio com a reconsideração do paradigma concursal, doravante fundado na eficiência e instruído por dois novos princípios: i) maximização do valor econômico da empresa; e ii) supremacia da deliberação dos credores. De tal modo, a recuperação da empresa só se fará possível se importar aumento do patrimônio do devedor, cabendo tal avaliação precipuamente aos credores, na qualidade de proprietários econômicos da empresa: é o retorno à ‘falência-liquidação’.²⁶⁴

Pela evolução paradigmática nota-se que dificilmente uma legislação falimentar estará livre de críticas²⁶⁵. Em razão da complexidade e dos múltiplos

²⁶¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 11.

²⁶² SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227.

²⁶³ A respeito da *eficiência*, Rachel Sztajn observa e questiona: “*Eficiência* parece ser o elemento de discórdia no estabelecimento de relação entre Direito e Economia, quando não deveria ser assim. Admitido que normas legais podem reduzir custos de transação, gerar segurança nas relações sociais, por que não fazê-lo de forma eficiente? Onde a imoralidade de reduzir desperdícios? (Direito e Economia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, n. 144, p. 221-235).

²⁶⁴ SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227.

²⁶⁵ A este respeito indagara Carvalho de Mendonça: “Qual país que já chegou a ter a sua legislação sobre falência escoimada de defeitos e a abrigo de crítica? Onde a esse respeito não se levantem dúvidas e queixas? (...) Contra as leis de falência há sempre queixas gerais de credores e devedores.

interesses em jogo, a lei não pode agradar a todos ou ser considerada perfeita sob todos os pontos de vista e, ao final de certo tempo, é bem possível que se faça necessário sua reforma para atender às exigências sociais ou do mercado.

Na realidade, todos perdem na falência e debitam à conta do legislador os prejuízos decorrentes da situação de fato, pois a lei não pode modificar tal situação, muito menos criar um ativo que não existe.²⁶⁶

O revogado Decreto-lei n. 7.661, de 1945, antiga lei de falências brasileira, também não ficou livre de críticas, pois se concentrou fundamentalmente no comerciante individual em detrimento da atividade econômica organizada (a empresa); não procedeu à necessária distinção entre empresário e empresa, conforme exemplificado pelos seus artigos 111 e 140, inciso III²⁶⁷; preocupou-se, excessivamente, em regular a situação obrigacional entre devedores e credores, numa disciplina processual exacerbada; apresentou uma indisfarçável finalidade liquidatório-solutória, “que só deveria existir nos casos de completa inviabilidade da atividade empresarial.”²⁶⁸

Segundo Araújo e Funchal:

A antiga legislação falimentar brasileira era fragmentada em demasia, tendo o seu núcleo sido aprovado em 1945. A antiga lei regulava tanto os procedimentos de liquidação (falência) quanto a reorganização (concordata) das firmas comerciais. Apesar de prover ambos os procedimentos e de desejar prevenir ou evitar a liquidação das firmas, na prática o antigo processo de insolvência provou ser inoperante tanto no que diz respeito à maximização do valor dos ativos da firma quanto à proteção dos direitos dos credores em caso de liquidação. Além disso, demonstrou ser falho em reabilitar empresas economicamente viáveis que estariam passando por dificuldades financeiras.²⁶⁹

Ninguém se satisfaz. A causa, afirmam, vê-se e não se quer ver; está na ineficácia dessas leis.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. VII, livro V, p. 61 e 63).

²⁶⁶ VAMPRE, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1925, v. III, p. 16-17.

²⁶⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 7.661, de 1945. Art. 111. O recebimento da denúncia ou da queixa obstará, até sentença penal definitiva, a concordata suspensiva da falência (art. 177). Parágrafo único. Na falência das sociedades, produzirá o mesmo efeito o recebimento da denúncia ou da queixa contra seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes. Art. 140. Não pode impetrar concordata: (...) III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;

²⁶⁸ LUCCA, Newton de. Uma reflexão inicial. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 5.

²⁶⁹ ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; FUNCHAL, Bruno. O impacto econômico da nova lei de falência e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 33.

É corrente na doutrina que o objetivo de um sistema falimentar é proteger os interesses dos credores ou os interesses do devedor, sendo difícil atender a ambos, seguindo um ritmo nitidamente pendular, como sintetizado por Comparato:

O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse do credor – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região,²⁷⁰ do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.

Nesse contexto, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência brasileira – Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, oriunda do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993²⁷¹, encaminhado pelo Poder Executivo, instaurou uma nova ordem jurídica no direito privado pátrio²⁷², dissociando, principalmente, a sorte do empresário da sorte da empresa²⁷³, seguindo o modelo que se denomina de *recuperação-saneamento-equilibrada* e a “diretriz mestra dos modernos ordenamentos em matéria concursal”.²⁷⁴

2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda

²⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1790, p. 102.

²⁷¹ A partir de requerimento formulado pela liderança do PTB, a Presidência da Câmara dos Deputados instalou, em 03 de agosto de 1995, uma Comissão Especial para tratar da matéria, com a seguinte composição: Deputados Titulares: Augusto Viveiros, Oswaldo Bolchi, Raul Belém, Severino Cavalcanti, Jorge Tadeu Mudalen, José Luiz Clerot, Marcelo Teixeira, Régis de Oliveira e Vitorino Mediolli, Ibrahin Abi Ackel, Jarbas Lima, Milton Mendes, Sandra Starling, Valdomiro Meger, Euripedes Miranda, De Velasco, Aldo Arantes.

²⁷² “Enquanto o direito positivo brasileiro inaugura novo regime de recuperação de empresas, o ordenamento jurídico português já o compreende há quase três décadas, havendo passado, nesse período, por diversas fases e modelos.” (SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227).

²⁷³ Segundo Calixto Salomão Filho, “Caso aplicado de forma efetiva, o processo de recuperação de empresa permitirá operar dissociação econômica desconhecida em nosso ordenamento. De há muito tempo vem se tentando, através da limitação de responsabilidade, dissociar a ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que o último sobreviva à primeira. A nova Lei procura fazer exatamente o inverso, i. e., dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último. Só o tempo e a força de princípios dos aplicadores dirá se isso será possível em meio à sociedade patriarcal-capitalista em que vivemos.” (Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54).

²⁷⁴ ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 47-52.

que haja falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.²⁷⁵

A busca pela preservação da empresa²⁷⁶ em situação de crise econômico-financeira contribuiu para a mudança e reconstrução de novos paradigmas, focados no regime anterior apenas na liquidação do acervo patrimonial do devedor em estado de insolvência e pagamento de seus credores. Segundo Coimbra,

Aos poucos, várias nações estão chegando a conclusão de que mais importante do que assegurar a imediata satisfação dos créditos ou preservar os interesses do devedor, é a conservação da atividade produtiva. Além do interesse de preservação econômica da empresa, para que esta volte a ser saudável e pague seus débitos, há um interesse grande do estado para que o negócio tenha continuidade, pois assim, este continuará a gerar empregos, arrecadar impostos e estimular o consumo, para que desta forma, sirva de forte alicerce para o desenvolvimento da comunidade.²⁷⁷

A atual evolução do direito concursal brasileiro supera a fase de uma legislação orientada exclusivamente pelo modelo pró-credor, voltada apenas ao incentivo da liquidação dos ativos do devedor e sua partilha entre os credores. Agora, a preservação da atividade produtiva (*a empresa*) viável²⁷⁸ é a diretriz a ser seguida, conforme Relatório do Senador Ramez Tebet²⁷⁹ e artigo 47 da Lei n. 11.101, de 2005.²⁸⁰ Como diz Newton de Lucca,

a nova lei falimentar – independentemente de sua real motivação, e sejam quais forem as suas limitações – haverá de trazer muitos benefícios à

²⁷⁵ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.o 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

²⁷⁶ Segundo COIMBRA, o “amadurecimento da idéia de conservação da empresa, como entre primordial para o desenvolvimento aparece, com mais robustez, após a primeira grande guerra (1914-1918).” (COIMBRA, Márcio Chalegre. *A recuperação de empresa: regimes jurídicos brasileiro e norte-americano*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 19).

²⁷⁷ COIMBRA, Márcio Chalegre. *A recuperação de empresa: regimes jurídicos brasileiro e norte-americano*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 27-28.

²⁷⁸ Aguiar esclarece que “tem-se a noção da viabilidade de uma empresa pela mensuração dos custos sociais de sua recuperação. Assim, uma empresa é viável quando sua recuperação não exige mais sacrifícios por parte dos envolvidos no processo do que demandaria a liquidação. Em rigor, a viabilidade de uma empresa em crise deve ser mensurada com base na realidade de mercado, pois é em seu bojo e de acordo com as suas leis que a atividade econômica mantida e recuperada operará.” (AGUIAR, Márcio Luiz. *Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falência*. Florianópolis: Habitus, 2006, p. 119).

²⁷⁹ Disponível em MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 343 a 383.

²⁸⁰ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

sociedade brasileira. Dir-se-á, com razão, não se tratar da lei dos nossos sonhos... Não é, pelo menos, a dos meus sonhos... Mas ela está aí e será com ela que precisaremos trabalhar. Acertos e erros, afinal de contas, fazem parte de toda obra humana...²⁸¹

Como destacado por Comparato, o dualismo pendular sempre marcou as legislações brasileiras, que, em certo momento, visavam proteger os interesses dos credores, em outro, os interesses do devedor²⁸², sem preocupação com o interesse social da empresa a ser preservado. Não há, contudo, um arcabouço de direito concursal que possa ser considerado como padrão universal, ao contrário

a evidência mostra que os países adotam legislações falimentares particulares, adaptadas ao contexto econômico, empresarial, jurídico e cultural local, sendo que a influência conjunta de todos esses fatores limita a possibilidade de existência de um ordenamento homogêneo. Além disso, mesmo a classificação por orientação, no passado mais claramente identificável como pró-devedor ou pró-credor, tornou-se prejudicada, tendo em vista a complexidade que os sistemas modernos assumiram e os diversos aspectos intrínsecos a cada estrutura particular.²⁸³

No Brasil, desde o Código Comercial de 1850 até o revogado Decreto-lei n. 7.661, de 1945, a falência orientou-se exclusivamente pela questão patrimonial, destinada à divisão do patrimônio do devedor entre os seus credores, acabando “tendo a finalidade única de liquidar a empresa e punir penalmente o empresário.”²⁸⁴

A Inglaterra é um exemplo típico de regime de insolvência pró-credor, com uma legislação que acelera a liquidação dos ativos e pagamento dos credores. O incentivo ao encerramento das atividades das empresas é traço marcante no direito inglês.

Os mecanismos disponíveis de resolução de insolvências na Inglaterra se baseiam no princípio segundo o qual a legislação falimentar é, antes de tudo, um instrumento para incrementar a eficiência econômica e preservar os direitos dos credores. Para atingir esse duplo objetivo, a lei incentiva o encerramento das atividades da empresa e uma rápida alienação de seus ativos. Assim, as empresas que não se mostram eficientes são excluídas do mercado, utilizando-se os recursos arrecadados com a venda de seus

²⁸¹ LUCCA, Newton de. Uma reflexão inicial. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 6.

²⁸² Segundo Pinheiro e Saddi, há “a percepção de que os juízes brasileiros têm uma atitude pró-devedor, fator que contribuiria para prejudicar o equilíbrio que deve ser buscado entre os direitos de devedores e credores, a fim de promover o bom funcionamento do mercado de crédito.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 203).

²⁸³ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005, p. 37.

²⁸⁴ ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 57.

ativos para o pagamento dos credores, minimizando sua perda com o processo de falência.²⁸⁵

O modelo pró-credor, contudo, aplicado ao extremo, não atende aos interesses sociais que gravitam em torno da empresa em crise, devendo, em muitas situações, sopesá-los na busca da recuperação do devedor e manutenção da fonte produtora. Surge, assim, uma visão do regime de insolvência empresarial voltado para o modelo pró-devedor, detectável nos países com sistemas jurídicos derivados do direito romano, apresentando incentivos ao devedor e possibilidades amplas de recuperação.²⁸⁶ Em uma terceira linha, tem-se a convergência dos modelos pró-credor e pró-devedor, como destacado por Johnson:

Notadamente na década passada, houve uma crescente tendência no sentido da convergência das leis de falência; sistemas pró-credor tornaram-se mais amigáveis aos devedores e sistemas pró-devedores inclinaram-se para posições mais fortes com respeito aos direitos dos credores. Assim, na Alemanha, no Japão e no Reino Unido, emendas foram introduzidas para promover a reorganização dos negócios, enquanto em outros países, como os Estados Unidos, a tendência crescente tem sido na direção da venda dos negócios em operação ou da venda de ativos nas etapas iniciais dos processos. Esta gradual convergência para o ponto central de um processo pode ser atribuída em patê ao impacto da globalização – negócios e mercados financeiros globais -, que de maneira crescente força os países a adotar um conjunto de regras e sistemas que são mais atrativos para investimentos e concorrência em nível doméstico e global.²⁸⁷

A necessidade, portanto, de conciliação dos interesses dos credores e da preservação da empresa fez com que o regime de insolvência abandonasse os modelos exclusivamente pró-credor ou pró-devedor e buscasse equilibrá-los, como o fez o regime falimentar norte-americano, onde credores e acionistas deliberam conjuntamente.²⁸⁸

²⁸⁵ LISBOA, Marcos de Barros *et tal.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005, p. 39.

²⁸⁶ LISBOA, Marcos de Barros *et tal.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005, p. 37-40.

²⁸⁷ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 124.

²⁸⁸ “A regulação americana estimula a recuperação da empresa, desde que sob direta supervisão dos credores, que passam a ter papel ativo na aprovação dos planos de reorganização da empresa.” LISBOA, Marcos de Barros *et tal.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005, p. 38).

Confiante nessa orientação caminhou o legislador brasileiro. A recente edição da Lei de Recuperação de Empresas e Falência trouxe uma verdadeira declaração de princípios em seu artigo 47, estipulando ainda a ordem de prioridades no regime de insolvência empresarial, onde se observa o prestígio à continuidade da empresa, como atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços²⁸⁹.

Na dicção do referido dispositivo, objetiva-se 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 viável²⁹⁰, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Tais interesses devem ser equilibrados para se alcançar os objetivos da nova regulamentação, dentre eles, a recuperação dos empresários e sociedades empresárias realmente recuperáveis. Assim, reforça-se a proposição de inauguração de um novo modelo, denominado de: *recuperação-saneamento- equilibrada*.

3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:** sempre que foi possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.²⁹¹

Enuncia explicitamente a Lei n. 11.101, de 2005 o princípio da preservação da empresa. No Brasil, o Decreto-lei n. 2.627, de 1940 foi o primeiro a prever deveres sociais à empresa, estabelecendo em seu artigo 116, § 7º, que os diretores da companhia deveriam agir diligentemente no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como do bem público.

Assim, a referência feita pelo artigo 47 da Lei n. 11.101, de 2005 à função social não se constitui, em termos legislativos, em uma novidade, pois, além da antiga lei acionária - Decreto-lei n. 2.627, de 1940 -, a atual Lei n. 6.404, de 1976, já

²⁸⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008, p. 142-143.

²⁹⁰ Destaca-se que a empresa recuperável economicamente deve ser apenas aquela que pode remunerar normalmente os capitais nela aportados, sem a necessidade de ser subvencionada pelo Poder Público.

²⁹¹ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.o 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

o fazia em seus artigos 116, parágrafo único e 154, orientando a atuação do acionista controlador e dos administradores das companhias²⁹².

Esta também é a orientação a ser seguida no processo de recuperação da empresa, ou seja, a busca pela preservação da unidade produtiva, permitindo, no mesmo contexto, aos *stakeholders*²⁹³ decidir quanto aos riscos de inadimplência e moratória. Na falência, contudo, a lógica se inverte, devendo maximizar o valor na alienação dos ativos, buscando o melhor resultado para os interessados, principalmente os credores, conforme orientado pelo artigo 75 da Lei n. 11.101, de 2005.²⁹⁴

10) **Maximização do valor dos ativos do falido:** a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades empresárias insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.²⁹⁵

A necessidade de se preservar apenas a empresa realmente viável²⁹⁶, chamou a atenção do legislador português, ao destacar, no item 2 da Exposição de Motivos do revogado Código do Processo Especial de Recuperação da Empresa e

²⁹² BRASIL. Lei n. 6.404, de 1976. Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

²⁹³ Partes envolvidas/interessadas: credores, fornecedores e investidores.

²⁹⁴ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

²⁹⁵ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Aprobato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

²⁹⁶ Como anota Waldo Fazzio, empresas viáveis são aquelas “que reúnem condições de observar os planos de reorganização estipulados nos arts. 47 (recuperação judicial) e 161 (recuperação extrajudicial) da LRE. A aferição dessa viabilidade está ligada a fatores endógenos (ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição e outras características da empresa) e exógenos (relevância socioeconômica da atividade). (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31).

de Falência - Decreto-lei n. 132, de 1993, que os programas de recuperação econômica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica:

Os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade económica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reacção legal daqueles cujos direitos foram violados. Esta imperiosa necessidade de distinguir, a propósito de cada empresa cuja insolvência seja reconhecida em juízo, entre as que podem e as que não podem, na prática, ser consideradas economicamente viáveis, obrigou o legislador a aproximar o processo especial de falência, onde fatalmente hão-de cair as devedoras que nenhuma expectativa séria de salvação oferecem aos seus credores.²⁹⁷

O legislador português, contudo, no intuito de adequar o sistema de insolvência lusitano à harmonização com o Regulamento (CE) n. 1346, de 29 de maio de 2000²⁹⁸, revogou o mencionado Decreto-lei 132, de 1993 e, com a adoção do Decreto-Lei n. 53, de 2004, unificaram-se os procedimentos de recuperação e falência, devolvendo o papel central aos credores, convertidos, por força do processo único de insolvência, em proprietários econômicos da empresa, com o foco no interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado:

3 - O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. Quem intervém no tráfego jurídico, e especialmente quando aí exerce uma actividade comercial, assume por esse motivo indeclináveis deveres, à cabeça deles o de honrar os compromissos assumidos. A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais. Urge, portanto, dotar estes dos meios idóneos para fazer face à insolvência dos seus devedores, enquanto impossibilidade de pontualmente cumprir obrigações vencidas. Sendo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia, e é por essa via que, seguramente, melhor se satisfaz o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado. Quando na massa insolvente esteja compreendida uma empresa que não gerou os rendimentos necessários ao cumprimento das suas obrigações, a melhor satisfação dos credores pode passar tanto pelo encerramento da empresa, como pela sua manutenção em actividade. Mas é sempre da estimativa dos credores que deve

²⁹⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei 132, de 23 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/Leggeraldocs/DL_132_93_COD_PRO_EMP_FALENCIA.htm> Acesso em: 01 out. 2008.

²⁹⁸ O Regulamento (CE) n. 1346, de 2000 refere-se aos processos de insolvência, considerando que “O bom funcionamento do mercado interno exige que os processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços se efectuem de forma eficiente e eficaz. A aprovação do presente regulamento é necessária para alcançar esse objectivo, o qual se insere no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil, na acepção do artigo 65.o do Tratado.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 13 out. 2008.

dependem, em última análise, a decisão de recuperar a empresa, e em que termos, nomeadamente quanto à sua manutenção na titularidade do devedor insolvente ou na de outrem. E, repise-se, essa estimativa será sempre a melhor forma de realização do interesse público de regulação do mercado, mantendo em funcionamento as empresas viáveis e expurgando dele as que o não sejam (ainda que, nesta última hipótese, a inviabilidade possa resultar apenas do facto de os credores não verem interesse na continuação).

Entende-se que a situação não corresponde necessariamente a uma falha do mercado e que os mecanismos próprios deste conduzem a melhores resultados do que intervenções autoritárias. Ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores, convertidos, por força da insolvência, em proprietários económicos da empresa.²⁹⁹

No Brasil, o revogado Decreto-lei n. 7.661, de 1945, que regulava falência e concordadas, não prestigiava a atividade organizada (a empresa), sendo um regime com acentuado perfil liquidatório. As concordatas preventiva e suspensiva não conseguiram alcançar o objetivo maior de manutenção da empresa, constituindo-se, apenas, em dilação de prazo, com sistemática engessada na legislação e nítidos traços de um mero *favor legis*³⁰⁰.

Agora, é evidente a mudança de paradigma³⁰¹, centrado na preservação da empresa viável, expressamente acolhido pelo artigo 47 da Lei n. 11.101, de 2005.³⁰²

A propósito, Goldberg formula interessante questionamento sobre a manutenção de empresas inviáveis: “Por que então será tão difícil resistir à tentação

²⁹⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 53, de 18 de março de 2004. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_053_2004_COD_INSOLVENCIA_REC_UPERACAO_EMPRESAS.htm> Acesso em: 01 out. 2008.

³⁰⁰ “Com o vigente Dec.-lei 7.661, de 21.6.45, desapareceu da concordata todo eventual resquício de contratualidade, concedida que é – tanto a preventiva, como a suspensiva – desde que o devedor satisfaça aos pressupostos legais, independentemente e até contra a vontade dos credores; é a concordata – processo, sentença ou *favor legis*, aplicável apenas ao comerciante”, hoje empresário (ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 308-309).

³⁰¹ Destaca-se que “paradigmas são realizações científicas universalmente conhecidas, que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006).

³⁰² Aliás, não podemos nos desviar da relevância do paradigma para a compreensão e interpretação do direito. Habermas nos dá a medida exata da importância de sua dimensão: “Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 181).

de manter empresas inviáveis indefinidamente em operação, ao arrepio de disposição expressa da lei?” O próprio autor responde:

A resposta é óbvia: os prejudicados com a quebra estarão presentes no cotidiano do magistrado, enquanto os beneficiários da solução eficiente permanecerão invisíveis para os tribunais. O empregado demitido faz sua voz mais presente do que a do beneficiário do emprego que nem sequer foi criado. A responsabilidade do magistrado é grande: incumbe-lhe tanto recuperar as empresas viáveis quanto resistir à tentação de manter artificialmente em funcionamento empresas que há muito deveriam ter saído do mercado. Nesse caso, o magistrado que adota a solução age como benfeitor do interesse difuso, das pessoas sem nome e rosto que, ainda sim, são afetadas profundamente por suas decisões.³⁰³

O direito brasileiro abandonou, portanto, um sistema meramente liquidatório, centrado apenas na satisfação dos credores, migrando para um sistema recuperacional, tendo como paradigma a preservação da empresa, em que se prestigia, sobremaneira, a manutenção e reestruturação da atividade organizada. A clara dissociação entre a sorte da empresa e a do empresário, como consagrado no direito comparado³⁰⁴, demonstra, por si só, a intenção preservatória da empresa, inclusive no procedimento de falência, em razão de sua função social e estímulo à atividade econômica.³⁰⁵

Na observação de Rachel Sztajn,

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia. (...)

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas

³⁰³ GOLDBERG, Daniel K. Reflexões sobre a nova lei de falência e recuperação de empresas e sua racionalidade econômica. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 60.

³⁰⁴ ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 47-52.

³⁰⁵ Nesse sentido, estabelece o artigo 75 da Lei 11.101, de 2005: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa”.

assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante de crise, na sua recuperação.³⁰⁶

Todavia, não se pode olvidar da efetiva participação dos credores, enquanto também titulares de interesses que o direito concursal visa acautelar, conforme orientação da Comissão de Assuntos Econômicos, no relatório do Senador Ramez Tebet:

9) **Participação ativa dos credores:** é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.³⁰⁷

Assim, não se deve preservar a empresa a todo custo, mas, também, buscar uma solução que preserve a autonomia privada do próprio devedor e de seus credores³⁰⁸, como fez o legislador lusitano. Se para o bem ou para o mal, somente o tempo poderá dizer. Como afirmam Silva e Rodrigues:

a legislação portuguesa sobre insolvência avançou recentemente – para o bem ou para o mal, não nos cabe desde já tecer considerações valorativas – em direção diversa do paradigma da ‘falência-saneamento’. Considerando trata-se de rumo tomado à vanguarda da economia de mercado, em

³⁰⁶ SZTAJN, Rachel. Recuperação judicial: comentários aos artigos 47 a 54 da Lei 11.101/2005. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223-224.

³⁰⁷ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

³⁰⁸ Sobre a autonomia privada, em paralelo à eficiência econômica, como fundamento para a recuperação de empresas no direito brasileiro, consulte-se artigo de Eduardo Goulart Pimenta, onde esclarece: “O instituto da recuperação judicial ou extrajudicial da unidade empresarial pressupõe que o empresário ainda considere que o exercício da empresa esteja apto a conferir-lhe maiores ganhos do que qualquer outro modo ou tipo de atividade com finalidade lucrativa que possa vir a exercer. É inócuo pensar que a legislação, embora eivada da concepção publicista em torno da função social da empresa, conseguirá assegurar a manutenção da unidade produtiva se o seu titular não perceber nela a melhor opção de otimização de seus ganhos. O instituto da recuperação da empresa está essencialmente atrelado aos incentivos econômicos que o empresário racionalmente encontra para pretender manter-se nessa condição. Não há como tornar efetiva a recuperação da empresa sem levar em conta o interesse e a vontade privada do empresário. Por outro lado, de nada adianta o titular da empresa considerá-la o mais eficiente instrumento de maximização de seus ganhos se, diante de sua eventual crise econômico-financeira, o mesmo não for feito pelos demais grupos de interesses envolvidos com a organização econômica.” (Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: *Direito civil: atualidade II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 301).

dissonância ao paradigma social que até então vinha instruindo grande parte das legislações européias, cumprirá saber se também não será este o caminho pelo qual guiar-se-á, agora ou num futuro próximo, também o Brasil.³⁰⁹

Deve-se, portanto, conciliar os modelos de *falência-saneamento* com a *falência-liquidação* e adotar a *recuperação-saneamento-equilibrada*. Propõe-se, assim, a eficiência econômica³¹⁰ como norte, tanto na recuperação quanto na falência, procurando-se preservar a empresa (unidade produtiva) por meio da maximização do seu valor econômico e da participação efetiva dos credores, em um cenário de equilíbrio dos interesses e respeito à autonomia privada dos interessados.

Conforme anota Pimenta, a recuperação da empresa não deve ser compreendida e aplicada apenas com a preocupação com a preservação da unidade produtiva diante e sua função social, mas a sua manutenção está vinculada,

antes de qualquer outra coisa, aos incentivos econômicos e à vontade dos credores e do empresário titular da atividade. São eles quem vão livremente optar pela aposta na sobrevivência da empresa ou pelo seu fechamento e liquidação. É preciso conhecer e procurar antever quais os motivos que fundamentam sua opção voluntária. Negligenciar tal aspecto é, em nossa opinião, tratar o instituto recuperatório sem maiores preocupações com a sua utilização eficiente.³¹¹

A propósito, o paradigma da eficiência econômica nos processos de insolvência empresarial é expresso no Regulamento (CE) 1346, de 2000, aplicável aos Estados-Membros, que orientou a legislação portuguesa.

³⁰⁹ SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. Revista de direito bancário e do mercado de capitais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, abril-junho de 2007, n. 36, p. 228.

³¹⁰ “De acordo com o critério de eficiência econômica, deve ser escolhido o direito, ou conjunto de direitos, que gere a melhor alocação e o menor custo administrativo de garantia. (...) Ousaria afirmar que o sistema jurídico é eficiente quando contém regras que, ao disporem sobre efeitos das relações entre pessoas, reduzam custos de transação.” (SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, n. 144, p. 221-235).

³¹¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: *Direito civil: atualidade II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 301.

(8) Para alcançar o objectivo de melhorar a eficácia e a eficiência dos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços, é necessário e oportuno que as disposições em matéria de competência, reconhecimento e direito aplicável neste domínio constem de um acto normativo da Comunidade, vinculativo e directamente aplicável nos Estados-Membros.³¹²

Ainda, segundo relatório do Fundo Monetário Internacional, os procedimentos de liquidação empresarial são geralmente utilizados quando economicamente a recuperação não tem razoável chance de sucesso. As principais metas que deverão procurar assegurar a eficiência econômica na liquidação são: maximização do valor dos ativos que constituem o compromisso comum dos credores; tratamento igualitário aos credores numa situação semelhante; adoção de mecanismos que facilitam a tomada de decisões de investimento.³¹³

Exatamente por isso que a legislação de recuperação de empresas e falência deve, observando o chamado dualismo pendular, buscar o equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor, titular da unidade produtiva em situação de crise econômico-financeira.

Frise-se que, na economia moderna, a liquidação de uma empresa já não é a melhor forma de maximizar o seu valor. Quando este valor é cada vez mais baseado no *know-how* técnico e de clientes, e não em ativos físicos, a preservação dos recursos humanos e as relações de mercado podem ser cruciais para os credores que querem maximizar o valor de seus créditos, sem contar com os intangíveis³¹⁴. Nesse sentido:

1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos intangíveis como nome, ponto comercial,

³¹² Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 14 out. 2008.

³¹³ DÉPARTEMENT JURIDIQUE FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL 2000. *Pour des Procédures D'Insolvabilité Ordonnées et Efficaces..* Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

³¹⁴ O artigo 75 da Lei n. 11.101, de 2005 é expresso ao trazer o objetivo do novo procedimento falimentar brasileiro: "A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa."

reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.³¹⁵

Agora, frustrada a recuperação da atividade produtiva sob a ótica da viabilidade e eficiência, o objetivo do processo de insolvência passar a ser a satisfação, de forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores³¹⁶, com a alienação dos ativos de forma a evitar a sua deterioração³¹⁷. Por isso torna-se importante o fortalecimento do mercado de crédito, analisando-se a recuperação de empresas e falência numa perspectiva de direito e economia.

³¹⁵ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

³¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código de insolvência e da recuperação de empresas anotado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 6. Segundo Carvalho de Mendonça, "Procurando proteger o credito, a alma do commercio e orgão essencial á funcção da hodierna sociedade com os processos de producção e de organização da grande industria, a fallencia propõe-se a pôr em pratica, logica e economicamente, o principio basico do direito obrigacional: os bens do devedor são a garantia commum dos credores, salvo as preferências legitimas." (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934,v. VII, livro V, p. 20-21).

³¹⁷ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. A nova legislação teve o mérito de antecipar a fase de arrecadação e alienação dos ativos, de maneira eficiente e rápida, conforme previsto em seus artigos 108, 139 e 140, *in verbis*: Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§ 1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens.

§ 2º O falido poderá acompanhar a arrecadação e a avaliação.

§ 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.

§ 4º Não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis.

§ 5º Ainda que haja avaliação em bloco, o bem objeto de garantia real será também avaliado separadamente, para os fins do § 1º do art. 83 desta Lei.

Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

§ 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão de oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação.

§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores.

§ 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.

§ 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo.

Deve-se, portanto, buscar atingir o equilíbrio entre a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, de forma tão rápida e eficazmente possível, e os interesses das várias partes envolvidas, principalmente os credores, assim como preocupações de política pública³¹⁸.

7) **Celeridade e eficiência dos processos judiciais:** é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravança seu curso.³¹⁹

É fato que a rápida liquidação de negócios inviáveis é a melhor solução aos *stakeholders*, visando maximizar a recuperação de seus créditos ou interromper as suas perdas. “Isso com freqüência é melhor para a economia do que permitir que um negócio doente se perpetue em sua atual condição ou mediante intermináveis medidas judiciais protelatórias.”³²⁰

4.2 O sistema de insolvência empresarial numa perspectiva de direito e economia

Entre os objetivos fundamentais de um sistema de insolvência empresarial eficiente apontados pelo Banco Mundial³²¹, destacam-se os seguintes princípios:

- a) integração na ordem jurídica do país;
- b) maximização do valor dos ativos do devedor;
- c) reorganização de empresas viáveis e liquidação de empresas não-viáveis, para resultar em maior benefício aos credores;

³¹⁸ Tome-se como exemplo do emprego dos trabalhadores, priorizado pelo artigo 47 da Lei n. 11.101, de 2005.

³¹⁹ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.o 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 343-383).

³²⁰ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. *In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 129.

³²¹ BANCO MUNDIAL. *Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores*. Disponível em <[http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles\(Spanish2001\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles(Spanish2001).pdf)> Acesso: em 14 out. 2008.

- d) estabelecimento de equilíbrio cuidadoso entre liquidação e reorganização, permitindo uma fácil conversão entre um e outro procedimento;
- e) igualdade de tratamento entre os credores em uma mesma situação;
- f) resolução oportuna, eficiente e imparcial do processo de insolvência;
- g) evitar o mau uso do sistema de insolvência.
- h) evitar a prematura desagregação dos ativos do devedor por via de execução individual;
- i) transparência nos procedimentos, com aplicação de regras claras de distribuição dos riscos e incentivos, a serem divulgadas ao mercado;
- j) reconhecimento dos direitos dos credores e do respeito à prioridade de seus créditos;
- l) estabelecimento de um quadro de insolvência transfronteiriça, com reconhecimento dos procedimentos estrangeiros.

Em resumo, um sistema de insolvência deve se orientar pela distribuição dos riscos, previsibilidade, tratamento justo e transparência entre os interessados, no âmbito de uma economia de mercado.³²²

No tocante à distribuição dos riscos na relação que se estabelece entre devedor e seus credores, a capacidade destes de iniciarem execuções individuais reduz o risco do empréstimo e, conseqüentemente, aumenta a oferta crédito e dos investimentos.³²³

De outro lado, a previsibilidade das regras de repartição dos riscos deve ser clara na legislação falimentar. Os credores e terceiros interessados estão freqüentemente em condições para gerir os seus riscos quando a aplicação dessas regras é bastante previsível. No entanto, quando as regras ou sua execução, são dificilmente previsíveis, todos os credores e terceiros interessados perdem a confiança e estão menos dispostos a investir e, em especial, para conceder crédito.

8) **Segurança jurídica:** deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação

³²² FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL. Pour des Procédures D'Insolvabilité Ordonnées et Efficaces. Département juridique Fonds monétaire international 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>.> Acesso em: 14 out. 2008.

³²³ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia..* Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf.> Acesso em: 14 out. 2008.

tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.³²⁴

Ademais, uma característica comum a todos os processos de insolvência empresarial é a sua natureza coletiva, devendo conferir, por isso, tratamento eficiente e justo³²⁵ aos credores em uma mesma situação. No interesse dos credores, no entanto, a legislação deve procurar coibir fraudes e favoritismos que freqüentemente encontra-se em empresas enfrentando dificuldades financeiras.

Finalmente, e não menos importante, tem-se a transparência. Durante o processo de insolvência, os interessados devem receber informações suficientemente claras para poder fazer valer os seus direitos ao abrigo da lei. Por exemplo, exige-se que os credores tenham conhecimento prévio das assembleias onde eles terão que tomar decisões, a partir de informações necessárias passadas pelo devedor para que possam decidir conscientemente.

Aliás, é importante que a legislação estabeleça a forma de atuação do magistrado, administrador judicial e credores no caso das decisões por eles tomadas, as quais deverão ser amplamente divulgadas, seguindo a publicidade inerente aos feitos desta natureza.

Não podemos, contudo, olvidar que o objetivo da lei de recuperação é também proteger o empresário de chegar à insolvência insanável, devendo, para tanto, maximizar o valor da empresa no interesse de todas as partes envolvidas, principalmente voltado para a economia em geral. Este objetivo é claramente o primeiro a ser perseguido no âmbito dos procedimentos de recuperação de empresas, sendo maximizado o valor dos ativos pela continuação de um negócio viável. Lado outro, torna-se também um objetivo importante dos procedimentos utilizados para liquidar as empresas que não possam se recuperar, sendo certo que

³²⁴ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Appobato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.343-383).

³²⁵ Analisando o binômio eficiência/justiça, Rachel Sztajn esclarece, citando George, J. Stigler, que “se a eficiência é fundamental para o economista, a justiça é o elemento que rege a discussão jurídica; que a dificuldade está em ajustar a eficiência econômica, que parte de comportamentos reacionais, com a busca por justiça (talvez se referisse à justiça distributiva) baseada no comportamento humano, e que este, o comportamento humano, não é determinado de forma tão rigorosa como se predica em Economia, pois há pessoas para as quais riqueza importa pouco ou nada, outras que não detêm informações, e que tais pessoas nunca celebrarão acordos ótimos, notadamente se operarem em situações novas ou não-familiares.” (SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, n. 144, p. 221-235).

a busca por uma distribuição justa dos riscos muitas vezes ajuda a maximizar o valor dos ativos.³²⁶

4) **Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:** caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.³²⁷

Na realidade, o dualismo pendular presente no direito concursal faz com que os objetivos acima referidos sejam sopesados de forma equilibrada, sempre procurando separar a sorte da empresa da do empresário, possibilitando, assim, a preservação da unidade produtiva ou a efetiva maximização do valor dos ativos no procedimento falimentar. Para Johnson, os *princípios* do Banco Mundial, baseados no consenso das melhores práticas, refletem esse equilíbrio. Mas, adverte:

Isso não significa que todos os países irão alcançar o mesmo equilíbrio como refletido nos Princípios, nem almejam o centro da escala pró-credor/pró-devedor. A abordagem de cada país refletirá sua história, escolhas de políticas e questões inerentes a um mercado específico em determinado momento, e deve evoluir com as necessidades das empresas, do comércio e da sociedade.³²⁸

Não se trata de dar uma *segunda oportunidade* ao empresário, pretendendo, a todo custo, dar continuidade a seus negócios em detrimento dos interesses de seus credores. Trata-se, sim, de equilibrar os interesses do devedor com os de seus credores, inclusive os trabalhistas³²⁹, em um cenário de escolha racional³³⁰.

³²⁶ FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL. *Pour des Procédures D'Insolvabilité Ordonnées et Efficaces*. Département juridique Fonds monétaire international 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

³²⁷ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.o 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

³²⁸ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 124.

³²⁹ A Lei n. 11.101, de 2005 traz diversos dispositivos que refletem o tratamento diferenciado destinado ao credor trabalhista, entre eles, destacam-se:

Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes. (...) § 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.

5) **Proteção aos trabalhadores:** os trabalhadores, por terem como único e principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.³³¹

Por outro lado, não é aconselhável o aporte de fundos públicos na iniciativa privada centrado no objetivo social de proteção aos trabalhadores, criando uma

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: (...) § 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...) III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; (...) VI – créditos quirografários, a saber (...) c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: (...) § 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei. (Destaca-se que, havendo anuência dos credores mediante de acordo ou convenção coletiva de trabalho, torna-se possível a inclusão de tais créditos no plano de recuperação extrajudicial, em conformidade com o art. 167 da Lei n. 11.101/2005 e art. 7º, VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988).

³³⁰ A racionalidade trata-se de um princípio da análise econômica, assentando-se na avaliação que cada indivíduo faz da utilidade que retira de cada situação, com a informação e a capacidade cognitiva de que dispõe. Segundo Rodrigues, “A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico, dadas estas restrições. Para os mesmos desejos, uma alteração nas restrições poderá levar o agente que age de forma racional a alterar as suas escolhas. Neste sentido, as restrições podem ser entendidas como incentivos que levam o agente econômico a fazer esta ou aquela escolha.” (RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, 12-18).

³³¹ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.343-383).

odiosa vantagem mercadológica, podendo causar um colapso no mercado creditício.³³²

Sabe-se, ainda, que uma legislação de insolvência eficiente impede a depreciação dos ativos, assegurando a preservação da empresa e garantindo meios de recuperação dos créditos, podendo, inclusive, facilitar o desenvolvimento de mercados de capitais, com a conseqüente diminuição do *spread* bancário.

6) **Redução do custo do crédito no Brasil:** é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com a preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.³³³

Ora, a lei de recuperação de empresas e falência organiza, ao mesmo tempo, a tutela jurídica do crédito e da boa-fé. A recuperação judicial ou extrajudicial não podem ser portas abertas a fraudes e oportunidades para o devedor enriquecer-se à custa alheia.

Na recuperação de empresas os credores têm por objetivo salvar alguma parte do seu direito creditório sem risco, ao passo que o devedor deseja, em seu favor, a aprovação de um plano recuperacional, obtendo fôlego para saldar os seus compromissos. A recuperação deve ser fruto da boa-fé do devedor. Esta boa-fé é o seu alicerce que poderá manter o devedor à frente do seu estabelecimento e evitar a sua falência.

O instituto da recuperação está baseado na constatação de que a reorganização eficaz dos negócios de uma empresa em dificuldade representa uma das principais formas de maximização do valor dos ativos e de proteção aos credores.³³⁴

De outro lado, aos operadores do direito, aos tribunais aos agentes econômicos impõe-se a plena conscientização da importância da empresa no cenário econômico moderno, como destaca Ronald Coase:

³³² FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL. *Pour des Procédures D'Insolvabilité Ordonnées et Efficaces*. Département juridique Fonds monétaire international 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

³³³ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.343-383).

³³⁴ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005, p. 43.

La empresa, en la teoría económica moderna, es una organización que transforma factores de producción em producción. Por qué existen las empresas, qué determina su cantidad y lo que hacen (los insumos que una empresa compra y los productos que vende) no son problemas que interesen a muchos economistas. La empresa en la teoría económica es, según una expresión reciente de Hahn, una figura misteriosa. Esta falta de interés es realmente asombrosa, teniendo en cuenta que la mayoría de las personas en los Estados Unidos, el Reino Unido y otros países occidentales son empleadas por empresas, que la mayor parte de la producción es realizada por ellas y que la eficiencia de todo el sistema económico depende casi totalmente de lo que pasa dentro de estas moléculas económicas.³³⁵

O sistema falimentar deve ser um “mecanismo justo e célere e que preserve, na medida do possível, a entidade econômica, sem prejuízos aos credores legítimos da massa”³³⁶.

O impacto da falência não se restringe apenas às empresas que se tornem insolventes ou aos seus credores particulares, mas afeta diretamente a economia, que sofre os efeitos das crises econômicas, fatores conjunturais, problemas de liquidez, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias e até mesmo insolvência de fornecedores ou clientes.

Os nefastos efeitos sócioeconômicos da falência demandam uma ordem jurídica mais coerente e adequada, visando diminuir os impactos causados pela insolvência na economia, com olhos atentos para a importância da preservação da empresa viável.

É importante, assim, a análise do novo sistema recuperacional e falimentar brasileiro sob a ótica da interação entre Direito e Economia, necessitando, principalmente, de um Judiciário conscientizado do seu papel determinante no desenvolvimento econômico³³⁷.

³³⁵ COASE, Ronald H. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 12-13. Tradução livre: A empresa, na teoria econômica moderna, é uma organização que transforma fatores de produção em produção. Porque as empresas existem, o que determina sua quantidade e o que criam (os insumos que uma companhia compra e os produtos que ela vende) não são problemas que interessam muito aos economistas. A empresa na teoria econômica é, de acordo com uma expressão recente de Hahn, uma figura misteriosa. Esta falta de interesse é realmente surpreendente, considerando que a maioria dos povos nos Estados Unidos, Reino Unido e em outros países são empregados por empresas, a maior parte da produção é feita por elas e a eficiência de todo o sistema econômico depende quase totalmente do que acontece dentro destas moléculas econômicas.

³³⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 207-208.

³³⁷ Destacam CASTELLAR e SADDI que “A reforma de qualquer processo falimentar, portanto, deve vir acompanhada de e associada a outros fatores, como, por exemplo, o treinamento de juizes, a implantação de mecanismos de governança corporativa depois da escolha do regime do falido e o fortalecimento dos direitos de propriedade ao longo do processo, entre tantas outras prioridades.”

O desempenho do Judiciário no mundo globalizado ³³⁸ do século XXI deve ser avaliado segundo os serviços que ele produz em termos de garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados. Deve-se “focar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços ofertados” ³³⁹, de forma eficiente.

Adverte Rafael Bicca Machado que,

Infelizmente, ainda não está assimilada por todos a idéia de que julgadores devem sopesar, em suas decisões, os reflexos econômico-sociais das mesmas.

Mas para isso, primeiramente, é fundamental que os operadores do Direito, em sua totalidade, deixem de preconceitos e aceitem, antes de mais nada, que a Economia existe como Ciência. Que possui leis e regras próprias, e que estas não são sempre fruto da exploração de uma maioria pobre por uma maioria rica. E, por fim, que estas devem ser minimamente estudadas.

³⁴⁰

Armando Castelar Pinheiro destaca a importância do Judiciário como uma instituição fundamental para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento adotado no Brasil e na maior parte da América Latina, principalmente pelo seu papel na garantia de direitos de propriedade e no cumprimento de contratos, não sendo de se surpreender que

há vários anos o Congresso Nacional venha discutindo reformas que possam tornar o Judiciário brasileiro mais ágil e eficiente. O que se verifica, não obstante, é que apenas recentemente se começou a analisar e compreender as relações entre o funcionamento da justiça e o desempenho da economia, seja em termos dos canais através dos quais essa influi no crescimento, seja em relação às magnitudes envolvidas. Nota-se, assim, que até aqui o debate sobre a reforma do Judiciário ficou restrito, essencialmente, aos operadores do direito – magistrados, advogados,

(PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 208)

³³⁸ Segundo Armando Castelar Pinheiro, “A globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns dos seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica internacional e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos. Contratos e regulamentações que envolvem essencialmente economistas e profissionais do direito”. (PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 51).

³³⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 55.

³⁴⁰ MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 47.

promotores e procuradores – a despeito da importância que essa terá para a economia.³⁴¹

Carlos Henrique Abrão³⁴² aponta a necessidade de um Judiciário especializado que se envolva com a realidade da crise da empresa ou transmita, pelo menos, a eficiência prática no momento da quebra.

Nesse contexto, uma lei de falências deve perseguir objetivos, além de mera redução de capital de custo. Há que se considerar o assunto sob uma perspectiva mais voltada à análise econômica do direito³⁴³. A partir disso, o Judiciário deve estar sintonizado na percepção da atividade econômica no século XXI, aprimorando-se além das fronteiras do Direito, sendo um verdadeiro partícipe na recuperação da empresa em crise.³⁴⁴

Para Alan Schwartz³⁴⁵, deve-se reconhecer que o sistema falimentar às vezes é necessário para salvar o problema de ação coletiva entre os credores de uma empresa. A “angústia” ocorre quando a empresa não consegue ter renda suficiente para cobrir seus custos sem incluir os custos financeiros. Tal empresa tem valor economicamente negativo. Credores se interessam mais na existência de bens que satisfaçam suas exigências do que em salvar empresas. Se existem bens, os

³⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

³⁴² “Embrenhada na Lei 11.101/05, a Judicatura moderna, do século XXI, pede espaço para a criação de varas especializadas; na maioria dos Estados, isto acontece e com resultados positivos; ultimamente, o Estado de São Paulo criou duas varas especializadas e Câmara temática no Tribunal de Justiça; com isso, os juízos se aprimoram e têm noções muito próximas dos acontecimentos que assolam a atividade empresarial. Mas somente isto é insuficiente. Necessita-se de uma revolução no corpo de funcionários, nos equipamentos, na informática, nos acessos aos bancos de dados, comunicações como os Registros de Empresas, Juntas Comerciais, Banco Central, Receita Federal, e toda a gama de subsídios que se incorpora a favor da reorganização da sociedade empresária.” (ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05, p. 163/171 in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; LEANDRO, Santos de Aragão (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006).

³⁴³ CASTELAR e SADDI esclarecem o uso da expressão “análise econômica do direito”, uma das vertentes de *Law & Economics*. “Sua tradução mais literal é ‘Direito e Economia’, e é ela que será usada no livro. Mas acreditamos ser preciso justificar tal escolha. Claramente, a expressão em português, apesar de sua tradução fiel, não denota o mesmo sentido de uma outra expressão, que é “Análise Econômica do Direito”. Alguns autores brasileiros preferem o termo “Economia do Direito”, enquanto outros ainda ‘Direito do desenvolvimento’. Não há, evidentemente, expressão melhor ou pior; decerto que é equívoca a expressão ‘Direito Econômico’ como conceituada nas faculdade de Direito, porque esta cuida da intervenção do Estado na Economia, da matéria de leis que se aplicam à concorrência, por vezes à regulação, à moeda ou ao crédito” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, Introdução, p. XXVII).

³⁴⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05, p. 171 in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; LEANDRO, Santos de Aragão (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

³⁴⁵ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008.

credores tentarão pegá-los, e isso provavelmente conduzirá, pouco a pouco, a uma liquidação.

Por outro lado, a teoria moderna da falência relaciona o resultado de um processo falimentar com as fases mais recentes de uma empresa mutuária. Um eficiente sistema falimentar *ex post*³⁴⁶ maximizaria o saldo que credores receberiam de empresas insolventes.

Além disso, uma lei de falências sem “poderes anulatórios”³⁴⁷ (declaração de ineficácia e ações revocatórias), onde fornecedores, consumidores e terceiros interessados poderiam contratar com segurança, preservando-se as garantias, melhor viabiliza a recuperação das empresas e traz credibilidade ao sistema.³⁴⁸

Um sistema de falência deveria funcionar para maximizar o retorno e rendimentos que credores ganhariam quando empresas quebrassem. Quanto maior for este retorno menor será a taxa de juros que o credor exigirá para emprestar. Uma maior taxa de juros é eficiente por duas razões. Primeiro, o grupo de projetos socialmente e economicamente variáveis que as empresas irão perseguir se tornam maiores quando as taxas de juros diminuem. Segundo, o esforço que as empresas fazem em busca de financiamentos sobe para nível ótimo quando a taxa de juros cai.³⁴⁹

Segundo Alan Schwartz³⁵⁰, no contexto da organização do processo de falência, duas questões são relevantes: 1. Como a Lei de Falências pode contribuir *ex ante* na geração de incentivos para que o regime de garantias ajude o sistema de crédito a funcionar com mais eficiência? 2. E como potencializar a eficiência *ex post* com que se dá a reestruturação ou o fechamento ordenado da empresa, no contexto dos conflitos que se afiguram nessas circunstâncias?

³⁴⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus/ Elsevier, 2005, p. 209.

³⁴⁷ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008. No direito brasileiro, os chamados “poderes anulatórios” são visualizados nas declarações de ineficácia e ações revocatórias, previstas, respectivamente, nos artigos 129 e 130 da Lei n. 11.101, de 2005. Tais mecanismos importam no retorno à massa falimentar de bens transferidos a terceiro, os quais, em razão disso, não se interessam em participar do procedimento. O risco os afugentam.

³⁴⁸ Cabe destacar aqui que o sistema americano é mais dirigido ao mercado que os sistemas equivalentes na Europa. Em muitas jurisdições europeias, quando uma empresa importante passa por “angústia” o país aprova um subsídio; o propósito disso é injetar liquidez na empresa. Nos EUA, ao contrário, o mercado de crédito decide se aumenta a liquidez para a empresa. Devedores “angustiados” que não podem persuadir o mercado estão quebrados e liquidados.

³⁴⁹ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008.

³⁵⁰ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008.

Um sistema que promova *ex ante* maior proteção aos credores, por meio de garantias, responde à primeira indagação. A segunda pergunta encontra resposta na realocação ou maximização *ex post*, de forma eficiente, de ativos entre os vários agentes econômicos. Nos dizeres de Castellar e Saddi:

primeiro, um procedimento falimentar deveria produzir um resultado eficiente *ex post*. Quer-se dizer, com isso, que o valor total dos ativos da massa falida deveria ser sempre maximizado, a fim de produzir a maior quantidade de dinheiro possível para os credores, aqui entendidos como todos aqueles que têm algo a prêmio na empresa (não apenas bancos e fornecedores, mas também empregados, fisco etc.). Ou seja, qualquer decisão de venda ou reestruturação deve obedecer à simples regra de que o procedimento será mais eficiente se o resultado aos credores for maior. É evidente que isso conduz a um estado de eficiência *ex ante*: quanto maiores as garantias dadas aos credores antes da insolvência ou da iliquidez, menores os custos de transação relacionados ao curso das atividades da empresa (a taxa de juros, por exemplo).³⁵¹

É certo que o processo falimentar impõe custos de transação³⁵² (deterioração dos ativos, inutilização ou subutilização dos recursos produtivos, custas judiciais, perícias, administrador judicial, comitê de credores, advogados etc.), pois é sempre um processo de distribuição de valor. A insolvência leva os credores a um jogo semelhante ao do “dilema do prisioneiro”³⁵³. Na tentativa de cada um maximizar o

³⁵¹ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 209.

³⁵² O conceito de *custos de transação* ou *custos de negociação* foi introduzido por Ronald H. Coase no artigo *The nature of the firm*, publicado em 1937, ao apontar como custos em sentido econômico também os custos que as partes suportam para estabelecer e executar os acordos que as vinculam. Estes custos não decorrem da produção mas sim do funcionamento dos mercados, com a pesquisa de informações e a negociação dos contratos. Para Coase a empresa surge e tem sucesso na atividade econômica porque permite reduzir consideravelmente esses custos. A partir da definição de custos de transação, Coase elaborou o seu teorema (Teorema de Coase), segundo o qual qualquer definição inicial de direitos conduzirá a um resultado economicamente eficiente, desde que os custos de transação sejam nulos, isto é, desde que esses direitos possam ser livremente transacionados pelos agentes econômicos. No tocante à eficiência econômica, temos ainda os teoremas de Pareto e Kaldor-Hicks. Na *otimalidade de Pareto*, uma distribuição e recursos é eficiente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa, o que não possui aplicação prática, pois vivenciamos situações reais em que se produzem ganhadores e perdedores sempre. Por outro lado, a teoria de Kaldor-Hicks repousa na idéia de *compensação potencial*, ou seja, a eficiência ocorre na medida em que se produz ganho para algum agente, mesmo levando-se em consideração devida compensação dos perdedores.

³⁵³ CASTELLAR e SADDI assim descrevem o dilema do prisioneiro: “Dois elementos criminosos são presos e enviados ao distrito policial mais próximo. Cada um dos prisioneiros está numa solitária sem nenhuma chance de comunicar-se com o outro. O delegado de polícia, que preside o inquérito policial, admite que não existem provas conclusivas para indiciá-los pelo crime de latrocínio (roubo seguido de homicídio), apenas por roubo (assalto à mão armada). Para que o trabalho da polícia seja facilitado, o delegado propõe um pacto faustiano (Quadro 4.1), o qual depende da confissão de cada um, daí a razão pela qual o delegado estabelece a seguinte regra para um acordo: Se um deles acusar o outro, mas o outro não acusá-lo, o que acusou será solto, enquanto o outro será indiciado a três anos de reclusão. Se cada um recusar-se a acusar o outro, ambos serão indiciados a um ano de

seu resultado, sabendo que os demais também estarão se comportando assim, inviabilizam-se soluções que produzem um resultado agregado mais elevado. A melhor solução pode ser vender o negócio do devedor como um todo do que fatiá-lo.³⁵⁴

Para Alan Schwartz³⁵⁵, o Estado deveria fornecer às partes (pelo menos) dois processos de falência que regulassem a liquidação e reorganização. Cada um destes processos poderia maximizar o retorno/rendimento líquido, dependendo das circunstâncias que as partes estão enfrentando. O Estado também deveria permitir que as partes contratassem em acordo de empréstimos/mútuos a respeito de qual procedimento posteriormente seria aplicado a eles. Os contratos *ex ante* melhor resolveriam os problemas de apresentação que surgiriam entre uma empresa insolvente e seus credores. A empresa pode não devidamente atrasar a entrada em um processo, e pode escolher o procedimento que maximize benefícios.³⁵⁶

De outro lado, alerta Pimenta que

em se tratando de falência, deve-se tomar como principal elemento orientador na aplicação da nova legislação um ponto decisivo

reclusão. Se, contudo, ambos se acusarem mutuamente, os dois serão indiciados a dois anos de reclusão. A regra é oferecida a cada criminoso em separado e o delegado informa que ao outro está se propondo exatamente o mesmo acordo”. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 172).

³⁵⁴ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008.

³⁵⁵ SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=683273>>. Acesso em: 14 out. 2008.

³⁵⁶ Tais soluções muito contribuiriam para a preservação e recuperação das empresas em crise econômico-financeiras, principalmente aquelas de grande porte, propulsoras da economia moderna. Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, em *The End of Bankruptcy*, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=359241>>, acesso em: 14 out. 2008 apresentam os seguintes questionamentos por que as grandes empresas são tão necessárias? O que impediu o acontecimento da produção através de transações entre empresas arbitrariamente pequenas no mercado? De fato, qual era a diferença entre atividade dentro de uma empresa e fora dela? Alguém poderia fazer algum progresso em sua questão inicial ou qualquer um dos outros sem primeiro lucrar alguma compra na natureza da empresa. Ronald Coase questionou se uma transação seria localizada em empresa ou no mercado. No mesmo espírito, a lei de reorganização deveria começar averiguando o valor para manter bens particulares juntos, dentro de uma dada empresa. (A alternativa é para estes bens serem retomados ao mercado, onde eles devem ser reunidos em todos ou em partes na empresa). Nós temos um excedente (a coisa que a lei de reorganizações sociais existe para preservar) apenas para a extensão há bens que valem mais se situados em uma empresa que está existindo. Se todos os bens podem ser usados também, em qualquer lugar, à empresa não tem valor. As empresas também têm bens intangíveis. A questão para nós, não é quanto valor é “trancado” dentro da empresa que prospera, mas quanto é “trancado” naquela que fali. Os engenhos/moinhos que fracassaram, devem ter fracassado, precisamente, porque seu Know-How era de segunda categoria. Em um texto célebre de 1937, *The Nature of the Firm* (A Natureza da Empresa), o economista Ronald Coase afirmava que empresas aparecem na produção econômica sempre que o custo das transações nos mercados é alto demais para tornar viável algum tipo de produção. Sempre que os custos de transação são baixos, dizia ele, os mercados acabam sendo mais eficientes.

acertadamente invocado pelo novo ordenamento concursal: a celeridade na condução da falência e no pagamento dos credores.³⁵⁷

Assim, a interação entre Direito e Economia torna-se desafio essencial ao desenvolvimento e funcionamento de um sistema seguro e eficiente para a preservação da empresa, os interesses dos credores e de todos aqueles que dela dependem, inclusive o Estado. Segundo Rachel Sztajn, no tocante às normas de reorganização ou recuperação de empresas em crise, “a função dos institutos de Direito é dar juridicidade a operações econômicas, criando condições de certeza e segurança e, com isso, levando à redução dos custos de transação.”³⁵⁸

Como observam Bernardes e Florenzo, o Direito tem progredido muito pela interação com a Economia, no compartilhamento de conceitos e raciocínios teóricos, principalmente quanto aos efeitos das normas jurídicas, como estrutura de incentivos, sobre a atividade econômica. Para os autores, a norma jurídica, ao definir direitos e deveres,

coloca para os indivíduos uma estrutura de incentivos que vai influenciar de forma determinante suas escolhas e decisões econômicas. Certamente a ciência econômica corrobora muito para esta nova perspectiva da norma jurídica em especial no que se refere aos incentivos monetários, haja vista que para a economia o papel dos preços relativos é fundamental na oferta e demanda de bens e serviços. (...)

Assim, pode-se afirmar que as empresas são células produtivas por excelência. É nas empresas que se gera a renda e a riqueza de um país. As empresas produzem os bens e os serviços que determinam a riqueza (PIB – Produto Interno Bruto) do país. É as empresas que se reúnem capital, trabalho e administração ou gestão (atividade gerencial do empresário, sócios, acionistas ou controladores). As normas jurídicas afetam profundamente a vida das empresas.³⁵⁹

Adverta-se, contudo, que a nova normatização do direito concursal brasileiro, por si só, não é capaz de mudar o sistema, necessitando da conjunção de outros fatores institucionais, principalmente um Judiciário mais ágil e eficiente, com juízes devidamente preparados para enfrentar essa nova realidade empresarial, atento principalmente ao desenvolvimento econômico. Como diz Johnson,

³⁵⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado na nova lei de falências*. São Paulo: IOB THOMSON, 2006, p. 62.

³⁵⁸ SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 144. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, p. 221-235.

³⁵⁹ BERNANDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2008, ano 6, n. 23, p. 141-157.

Boas leis devem ser acompanhadas por tribunais específicos e eficientes, que irão aplicá-las de forma efetiva e célere. Boas leis sozinhas são insuficientes para fazer um sistema funcionar. Se os tribunais são vagarosos, ou não podem entender as questões e os problemas empresariais, o sistema provavelmente não está funcionando de modo adequado, e as partes interessadas serão desencorajadas a usá-los. A maioria dos investidores prefere ter uma lei ruim e bons tribunais a uma boa lei e tribunais ruins. Um tribunal pode sempre interpretar uma lei ruim de forma a dar uma certeza maior para o mercado e obter resultados razoáveis e efeitos justos. Por outro lado, um tribunal que não é bem treinado ou equipado para cuidar dos casos pode ter dificuldade para interpretar mesmo uma boa lei de maneira consistente.³⁶⁰

Sem dúvida alguma, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência consistiu em um avanço para o Brasil, muito embora não seja uma lei perfeita. Necessário, contudo, que seja bem interpretada na moldura do equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor, recuperando a empresa viável e, se não for possível, maximizando o valor dos ativos em uma liquidação célere e eficiente. Temos uma *lei boa* e necessitamos de operadores que detenham as habilidades necessárias para aplicá-la em toda a sua plenitude. Somente assim poderá alcançar os seus objetivos.

4.3 O regramento dogmático da recuperação judicial de empresas no direito brasileiro

O sistema de recuperação judicial de empresas brasileiro, inaugurado pela Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, apresenta basicamente as seguintes características, entre outras:

a) regula a recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência do empresário individual e da sociedade empresária³⁶¹;

³⁶⁰ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 129.

³⁶¹ A propósito, nas sociedades em nome coletivo, comandita simples (sócio comanditado) e comandita por ações (acionista diretor), os sócios de responsabilidade ilimitada também serão considerados falidos, tendo os seus patrimônios arrecadados pelo administrador judicial. Trata-se da nova figura de falência sem insolvência, conforme artigo 81 da Lei n 11.101/2005. Segundo Calixto Salomão Filho, "O sistema falimentar brasileiro, diferentemente do italiano, não reconhecia a possibilidade de declaração de falência sem insolvência (ou impontualidade) própria do devedor. O art. 5º do diploma falimentar refogado (Decreto-lei 7.661, de 12 de junho de 1945) previa que sequer os sócios ilimitadamente responsáveis poderiam ser formalmente declarados falidos em caso de

b) não se aplica a sociedade simples, empresa pública, sociedade de economia mista³⁶², instituição financeira pública ou privada, cooperativa³⁶³ de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores;

c) o foro competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência é o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor;

d) a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio

falência da sociedade. Dispunha também que estenderiam a eles os efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência, o que na prática implicava que os bens pessoais dos sócios também fossem arrecadados. A atual Lei de Recuperação e Empresas e Falência (Lei 11.101, de 9.2.2005) prevê, em seu art. 81, a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis em caso de falência da sociedade, e a sujeição deles aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à falida, o que torna, ao menos em teoria, a eles aplicável a idéia de universalização da falência na direção também dos credores pessoais.” (*O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 214-215).

³⁶² Para VERÇOSA, “é inconstitucional o inciso I do art. 2º da Lei 11.101 de 9.2.2005 porque afronta o art. 173, § 1º e 2º da Magna Carta,” já que “a extensão às empresas públicas e às sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas é total, inclusive no campo trabalhista e tributário. Conseqüentemente, o mesmo se daria quanto à sua recuperação e falência.” (VERÇOSA. *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 98-103).

³⁶³ Observe-se que as cooperativas são registradas na Junta Comercial por força de lei especial (art. 32, inciso II, alínea a da Lei 8.934/94 e art. 18 caput e § 6º da Lei 5764/71). Tal registro não lhe confere, obviamente, a condição de empresária, tendo em vista ser meramente declaratório. Ademais, não há que se falar em registro da cooperativa perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, em decorrência da aplicação dos artigos 982, parágrafo único e 1.150 do Código Civil, devendo prevalecer as regras da legislação especial sobre a geral. Destacada doutrina comunga desse entendimento: “A regulação do registro dos atos constitutivos da cooperativa não possibilitava dúvida, pois estabelece a lei cooperativista que os documentos de constituição da sociedade devem ser arquivados na Junta Comercial, a fim de que a cooperativa adquira personalidade jurídica. Mas o advento do Código Civil de 2002 vem suscitando em alguns doutrinadores o entendimento precipitado – e, diga-se de pronto, equivocado – de que a cooperativa, tendo sido considerada sociedade simples, passou a ter seu registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, em razão do disposto no art. 1.150 codificado.” (REIS JÚNIOR, Nilson. *Aspectos societários das cooperativas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69). “Declarada constituída a cooperativa, encerram-se os trabalhos com a lavratura da respectiva ata que é levada, em três vias, a arquivamento na Junta Comercial.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 131).

solidário, tendo prosseguimento no juízo no qual estiver se processando as ações que demandarem quantias ilíquidas e trabalhistas;

e) a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execução em face do devedor dar-se-á pelo prazo máximo e improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito de os credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

f) não se permite, durante o prazo de suspensão de 180 dias, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

g) em termos gerais, as obrigações com as autoridades fiscais não são suspensas com o decreto de falência ou da concessão do processamento da recuperação judicial;

h) durante a recuperação judicial ou falência, os principais órgãos que aparecem em tais procedimentos são: o Juiz, o Administrador Judicial, o Comitê de Credores e a Assembléia-Geral de Credores;

i) a verificação dos créditos do devedor e da consolidação da relação de credores são funções do administrador judicial, que é um profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada (neste caso, se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de compromisso, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz);

j) elenca-se um procedimento simplificado para recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, abrangendo apenas credores quirografários;

l) o Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição: 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes.

Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições;

m) apresenta um rol meramente exemplificativo dos meios e recuperação judicial, dentre eles, concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; aumento de capital social; trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; venda parcial dos bens; emissão de valores mobiliários;

n) mantém a supremacia do credor, somente permitindo-se a alienação de bem objeto de garantia real, com a supressão da garantia ou a sua substituição, quando houver aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia;

o) prestigia a participação mais efetiva dos credores nos procedimentos, por meio da assembléia-geral de credores e do Comitê de Credores, composta aquela pelas seguintes classes de credores: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de créditos com garantia real; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados;

p) adota o *cram down* (imposição do plano aos credores) na recuperação judicial, podendo o magistrado, salvo se não implicar tratamento diferenciado entre os credores, conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa, o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; a aprovação de 2 (duas) das classes de credores ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores;

q) prevê também o *cram down* (imposição do plano aos credores) na recuperação extrajudicial, facultando ao devedor requerer a homologação de plano que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores

que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos. O magistrado homologará o plano por sentença se entender que não implica prática de atos fraudulentos ou inexistem outras irregularidades que recomendem sua rejeição, após amplo contraditório.

No tocante às companhias aéreas, reguladas pela Lei n. 7.565, de 1986, privadas no regime do revogado Decreto-lei n. 7.661, de 1945 de impetrar concordata, o legislador possibilitou-lhes o acesso à recuperação judicial ou extrajudicial, sujeitando-as, ainda, à falência, em conformidade com o artigo 199 da Lei n. 11.101, de 2005. O fez, contudo, de forma restritiva, pois, no § 1º do mesmo dispositivo legal estabeleceu que, em nenhuma hipótese, ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. “Teria sido melhor manter as empresas aéreas dentro da plenitude dos regimes de recuperação estabelecidos pela nova lei.”³⁶⁴

Assim, às companhias aéreas não se aplica, no tocante ao referidos contratos, o período 180 dias de suspensão das ações e execuções previsto no *caput* do artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005, bem como a ressalva contida na parte final do § 3º do artigo 49 do mesmo diploma legal, permitindo, portanto, a retirada do estabelecimento do devedor os bens (as aeronaves ou suas partes) essenciais a sua atividade empresarial.

Não obstante as atividades exercidas pelas companhias aéreas integrarem um setor estratégico, com relevante função social e estímulo econômico, o legislador não foi criterioso ao conferir-lhes tratamento desigual como mencionado acima. Entre o princípio da preservação da empresa e a proteção aos credores, optou por privilegiar estes, que ganharam “um benefício extra em suas relações com as empresas aéreas perante eles endividadas”³⁶⁵, em detrimento dos demais interessados.

³⁶⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes e recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96.

³⁶⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes e recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96.

Na prática, tal privilégio somente se justificará caso demonstrada a inviabilidade de recuperação da atividade produtiva. Fatalmente, a busca e apreensão das aeronaves, inviabilizando, por conseguinte, a continuidade dos negócios das empresas aéreas viáveis, agravar-lhe-á a situação de crise, depondo contra o princípio da eficiência econômica e conduzindo-as à prematura liquidação.

A ausência de uma escolha racional por parte dos arrendadores, na tentativa de maximizarem o seu resultado³⁶⁶, poderá inviabilizar soluções que produziram um resultado agregado mais elevado (por exemplo, a não retirada das aeronaves ou de suas partes do estabelecimento do devedor), o que, economicamente, não é eficiente. Como explica Verçosa,

Nos Estados Unidos da América empresas aéreas em crise têm recorrido ao conhecido Capítulo 11 da Lei Falimentar, na busca do seu equilíbrio financeiro, ou seja, de sua recuperação. Esta foi a inspiração da nova lei brasileira, com a finalidade de dar àquele setor a oportunidade de recuperação por um dos dois instrumentos correspondentes, o da liquidação extrajudicial e o da liquidação judicial.

No entanto, foi estabelecida uma restrição, consistente na exclusão do favor legal da recuperação quanto aos direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes. Neste sentido, a pergunta que cabe fazer é se tal óbice não virá inviabilizar completamente ou tornar extremamente difícil a recuperação das companhias aéreas em crise. Isto porque os arrendadores poderão fazer valer os seus direitos para retomarem aeronaves ou peças essenciais destas, tais como turbinas, impedindo conseqüentemente a utilização normal dos aparelhos.

Sem poder voar com a totalidade de suas aeronaves, a empresa em tal situação poderá perder rotas, receitas e, conseqüentemente, o seu valor de mercado.

Vislumbra-se, em tal situação, a utilização de pressões extracontratuais por tais credores, procurando um benefício extra em suas relações com as empresas aéreas perante eles endividadas, como moeda de troca que as levem a desistir da retomada de bens objeto de contratos de arrendamento mercantil. É claro que, colocados contra a parede, os devedores poderão optar pelo atendimento às exigências dos credores, outorgando-lhes benefícios indevidos.³⁶⁷

³⁶⁶ Conforme anota Jorge Queiroz, "Nos processos recuperatórios existe um conflito de interesses impressionante; trava-se uma verdadeira batalha jurídica com o número infindável de medidas protelatórias. As partes não têm consciência, ou têm mas na aceitam, de que a recuperação é um processo de miimização de perdas. Por diferentes razão, a intransigência é a palavra de ordem. Todos estão munidos do seu 'arsenal de guerra' e algumas artimanhas (...) Como resultado, o tempo vai se exaurindo, e a empresa perde seu vigor, reduzindo acentuadamente sua atividade operacional a cada dia que passa, culminando muitas vezes em paralisação. O Brasil necessita desenvolver essa nova cultura, para que o diploma legal vigente desde 2005 produza os efeitos desejados." (Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de. *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 15).

³⁶⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes e recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). *Direito*

Pois bem. Como destacado anteriormente, a recuperação judicial apenas se aplica aos empresários que estiverem em situação de crise econômico-financeira passível de soerguimento, podendo ainda ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente, desde que demonstrem, cumulativamente³⁶⁸:

- a) exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos;
- b) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- c) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial especial;
- d) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei n. 11.101/05.

A petição inicial da recuperação judicial deverá ser instruída com³⁶⁹:

- a) a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
- b) as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de balanço patrimonial, demonstrações de resultados acumulados, do resultado desde o último exercício social, relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção.
- c) a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96.

³⁶⁸ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005, artigo 48.

³⁶⁹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005, artigo 51.

d) a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

e) certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

f) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

g) certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possuir filial;

h) a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Estando em termos a documentação exigida pelo artigo 51 da Lei n. 11.101, de 2005, o julgador deferirá o processamento da recuperação judicial, nomeando o administrador judicial³⁷⁰, determinando a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Ainda, ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, ressalvadas as ações que versem sobre obrigações ilíquidas, trabalhistas, fiscais e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º 4º do artigo 49³⁷¹ do mesmo diploma legal.

³⁷⁰ Caso a documentação exigida pelo art. 51 não esteja completa, o juiz deverá determinar a emenda da inicial, na forma dos artigos 284 do CPC e 189 da Lei n. 11.101, de 2005.

³⁷¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Trata-se de alguns créditos privilegiados no novo regime, a saber: “§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.” Exclui-se da

Igualmente, a decisão interlocutória de processamento da recuperação judicial instaura o momento de participação do Ministério Público, que será intimado do *decisum*, assim como as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal em que o devedor tiver estabelecimento, que serão comunicadas por carta.

Enquanto perdurar a recuperação judicial, o devedor será intimado para apresentação de contas demonstrativas mensais, sob pena de destituição de seus administradores.

No prazo de sessenta dias, contado da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o devedor deverá coligir aos autos o plano de recuperação, sob pena de convalidação do procedimento em falência. Necessariamente, o plano deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados; demonstração de sua viabilidade econômica; e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Apresentado o plano, serão os credores intimados a se manifestar. Não havendo manifestação de objeção ao plano, o juízo defere a recuperação judicial; caso contrário instala-se a assembléia-geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não do plano. Rejeitado o plano pela assembléia, o juiz decreta a falência, salvo se configurar o *cram down*, previsto no artigo 58, § 1º da Lei 11.101, de 2005³⁷².

suspensão em tela a operação de adiantamento de contrato de câmbio: “§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”

³⁷² BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 58 (...) “§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei.” A respeito do *cram down* brasileiro, esclarece Moreira: “Essa expressão – *cram down* – significa a possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria. Está prevista, embora não com esse nome, na lei americana, Bankruptcy Code, § 1129(b). Na lei brasileira, *mutatis mutandis*, está previsto no artigo 58, § 1º. Apesar, pois, da discordância parcial dos credores, o juiz está autorizado a lhes impor o plano já aceito por parcelas de credores. (...) O *cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores.” (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 257-258).

Não obstante a Lei de Recuperação de Empresas deixar de conferir ao juiz margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordante, a sua atuação não se limita a uma simples “verificação aritmética do resultado da assembléia”³⁷³ ou como mero chancelador das decisões dos credores.

É certo que o plano de recuperação tem como destinatários os credores, os quais deverão pautar suas atuações na assembléia de forma a não exercerem abusivamente o direito de voto, sob pena de cometerem ato ilícito, em conformidade com o artigo 187 do Código Civil, sujeitando-se à intervenção do Poder Judiciário.

Por outro lado, se não cabe ao magistrado a imposição de plano de recuperação aos credores discordantes, ressalvadas as situações de *cram down*, poderá na condução do processo oportunizar ao devedor a apresentação de outro plano, caso o primeiro tenha sido rejeitado em assembléia, pautando-se, assim, pela obediência ao princípio da preservação da empresa, regulador de todo o direito concursal.

O juiz, portanto, não é mero chancelador das decisões da assembléia, podendo, com base no princípio da preservação da empresa, facultar ao devedor a apresentação de novo plano (nota-se: apresentação de novo plano e não concessão da recuperação judicial) caso o primitivo tenha sido rejeitado e não se configurar as situações do referido artigo 58 para a concessão direta da recuperação judicial. A determinação positivista prevista no § 4º do artigo 56 da Lei 11.101, de 2005³⁷⁴ deve ser examinada com reservas, principalmente em razão da preservação da empresa, princípio norteador do direito empresarial moderno, sem olvidar, é claro, do equilíbrio com o princípio da autonomia privada presente na deliberação dos credores.

Sobre este ponto, posiciona-se Jorge Lobo no sentido de que

o juiz não pode ser privado dos poderes e atribuições que lhe são assegurados por norma constitucional e pela LOMAN, nem impedido de exercer o controle da legalidade formal e substancial e, conforme o caso, o controle de mérito e decidir se a rejeição do plano pela assembléia geral de credores: a) atenta contra o interesse público; b) encerra indisfarçável

³⁷³ MOREIRA. *Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público*, p. 259.

³⁷⁴ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. (...) § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

fraude; c) importa em violação da LRE etc., o que obrigará o juízo a ir contra a 'letra' do art. 56, § 4º, e a não decretar a falência.³⁷⁵

Gladston Mamede, ao tratar da extensão dos poderes deliberativos dos credores, comenta:

A Lei 11.101/2005 atribuiu um poder soberano à assembléia-geral sobre a aprovação (sob a forma original ou após sofrer alterações aprovadas pelo devedor) ou rejeição do plano de recuperação judicial. Assim, caso não haja declaração da nulidade da assembléia ou a sua anulação, se o plano de recuperação judicial for rejeitado pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor empresário. Em outras palavras (e por outro ângulo), para a declaração de falência do empresário ou da sociedade empresária basta que o plano de recuperação (repito: em sua forma original ou com alterações aceitas pelo devedor) não mereça voto favorável da maioria dos credores que representam mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia, nas classes dos credores quirografários e de credores com garantia real, em cada uma, bem como cumulativamente, aprovação pela maioria simples dos credores presentes, contados por cabeça, em cada uma daquelas classes, critério extensível à classe de créditos advindos da legislação do trabalho e de acidentes do trabalho. A falência é consequência legal da rejeição, ressalvado um só caso: por força do artigo 58, § 1º, da Lei 11.101/05, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma estudada (...) Ademais, a recuperação judicial somente poderá ser concedida com base neste quorum especial se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, segundo expressa previsão do § 2º deste mesmo artigo 58.³⁷⁶

No tocante aos meios de recuperação eventualmente sugeridos pelo devedor aos seus credores, o artigo 50 da Lei n. 11.101, de 2005 traz um rol meramente exemplificativo³⁷⁷, destacando-se, entre eles:

- a) concessão de prazos, cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade;
- b) constituição de subsidiária integral;
- c) alteração do controle societário;
- d) substituição total ou parcial dos administradores e concessão aos credores de direito de eleição e veto de matérias relacionadas ao plano;

³⁷⁵ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69 da Lei n. 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150.

³⁷⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, V. 4, p. 248-249.

³⁷⁷ No regime do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, a cessão de crédito era o mecanismo adotado pelos então concordatários.

- e) aumento de capital social; trespasse do estabelecimento empresarial; redução salarial, compensação de horários e redução da jornada;
- f) dação em pagamento ou novação;
- g) constituição de sociedade de credores;
- h) venda parcial de bens equalização dos encargos financeiros;
- i) usufruto da empresa; administração compartilhada;
- j) emissão de valores mobiliários;
- l) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor;
- m) fiança de terceiros.

Aprovado o plano reorganizacional, de forma expressa ou tácita pelos credores, o devedor ficará sob a tutela judicial até que se cumpram todas as obrigações nele previstas que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. Durante tal prazo, descumprida qualquer obrigação constante do plano, a recuperação judicial é passível de ser convalidada em falência, em conformidade com os artigos 61, § 1º e 73, IV da Lei 11.101, de 2005³⁷⁸. Por outro lado, ocorrendo o descumprimento de obrigações após tal prazo, o credor que se sentir prejudicado poderá requerer a falência do devedor, ajuizando ação própria servindo o plano aprovado de título executivo judicial.

Realmente, importante foi a possibilidade de o prazo de cumprimento do plano de recuperação ter ficado a critério do devedor e seus credores, isto é, a lei não exige que o plano seja efetivamente cumprido em 2 (dois) anos, como a antiga concordata; apenas possibilita, em tal prazo, a eventual convalidação da recuperação judicial em falência por descumprimento de obrigações constantes do plano. Podem as partes envolvidas, portanto, entabularem um plano com prazo de cumprimento

³⁷⁸ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. (...) § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei. Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: (...) IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

superior a 2 (dois) anos, mesmo porque trata-se de direitos meramente patrimoniais, livremente disponíveis.

De outro lado, em seus artigos 70 a 72 a Lei n. 11.101, de 2005³⁷⁹ inovou ao prever um plano de recuperação judicial simplificado e de adoção facultativa para microempresas e empresas de pequeno porte que exerçam atividade empresária, assim enquadradas nos termos do artigo 3º da Lei Complementar n. 123, de 2006³⁸⁰, segundo a orientação do Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos, de autoria do Senador Ramez Tebet:

11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não

³⁷⁹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

§ 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei.

§ 2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

I – abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do caput do art. 71 desta Lei.

³⁸⁰ BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 2006. Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.³⁸¹

Ao exame da legislação observa-se que, embora facultativo, o plano especial ou simplificado para recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte é muito menos abrangente do que a recuperação judicial comum ou ordinária, regulada nos artigos 47 a 69 da Lei n. 11.101, de 2005, a qual inclui, inclusive, credores trabalhistas, não se restringindo apenas aos credores quirografários, como a antiga concordata.

Todavia, os custos de transação para acessar a recuperação judicial comum são muito elevados, incluindo apresentação de demonstrações contábeis completas, laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada, confecção de um plano recuperacional com descrição pormenorizada dos meios de recuperação escolhidos a partir do elenco do artigo 50 da Lei n. 11.101, de 2005.

Bezerra Filho tece severas críticas à Lei n. 11.101, 2005, no sentido de que teria descurado das microempresas e das empresas de pequeno porte, principalmente em razão da complexidade do processo de recuperação judicial ordinária e extrajudicial que, efetivamente, serão aproveitados apenas para empresas de grande porte. Para o referido autor:

O sistema de recuperação instituído para a pequena empresa aproxima-se bastante da forma estabelecida para a concordata preventiva, prevista no art. 139 e ss. da lei antiga. Assim é que obriga exclusivamente os credores quirografários (art. 147 da lei antiga); prevê oferta de pagamento parcelado (art. 156 da lei anterior); o débito sujeito à recuperação será corrigido e os juros serão de 12% ao ano (art. 163 da lei anterior); há prazo máximo para pagamento (art. 156), sob pena de falência (art. 175, § 8º).

A Lei, neste aspecto, em uma análise mais abrangente, chega a ser contraditória. Se a afirmação era de que a lei de 1945 precisaria ser mudada, porque a concordata não propiciava qualquer condição de recuperação à empresa, parece não haver justificativa para que se conceda à pequena empresa um sistema tão semelhante à concordata anterior.³⁸²

³⁸¹ BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.o 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.343 a 383).

³⁸² BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 195.

Pinheiro e Saddi³⁸³ também apresentam comentários sobre plano especial das micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação e falência, entendendo, por outro lado, ter sido louvável a sua adoção, por ser bem mais simplificado e menos oneroso, o que protege mais os pequenos empreendimentos. Não se questiona, contudo, os baixos custos de transação do plano especial, mas, sim, a sua abrangência e natureza de uma simples moratória – como a antiga concordata -, alcançando apenas os credores quirografários.

Spínola lamenta a fragilidade do mecanismo de recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte, não oferecendo condições para que elas se recuperem, principalmente por abranger apenas credores quirografários.

Esse desenho de recuperação seria realmente interessante para pequenos negócios, naturalmente pouco complexos, com um círculo restrito de fornecedores e passivo pouco representativo para os credores empresariais (bancos, atacadistas, indústrias, fisco, entre outros). Infelizmente, a recuperação especial diz respeito apenas aos créditos quirografários, não às outras naturezas de passivos, o que veio a fragilizar em muito esse mecanismo. Ressalte-se aqui que o projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados previa esse mesmo regime, mas abrangendo todos os créditos, incluindo os trabalhistas, estes a serem quitados em até seis meses.³⁸⁴

De fato, as exigências legais e os custos operacionais dificultam o acesso das microempresas e das empresas de pequeno porte à recuperação judicial comum ou ordinária, restando-lhes a opção pelo plano especial, o qual, embora com baixos custos de transação, não apresenta efetivas vantagens.

Contraditoriamente, porém, se o plano especial é similar à antiga concordata, a qual foi execrada do direito brasileiro por não permitir a recuperação da empresa, será que agora poderá efetivamente recuperar 99,2% das empresas em atividade no país, enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, segundo dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE? A resposta conduz à conclusão de que as micro e pequenas empresas tiveram

³⁸³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 226.

³⁸⁴ SPÍNOLA, André Silva. Gestão das micro e pequenas empresas no Brasil: desafios e perspectivas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Person Prentice Hall, 2006, p. 78-83.

tratamento desfavorável na nova legislação, o que revela a inconstitucionalidade do plano especial, por afrontar os artigos 170, IX e 179 da Constituição da República³⁸⁵.

A nova lei gerou também outro mecanismo jurídico: recuperação extrajudicial, em seus artigos 161 a 167. Criou-se, assim, um espaço, até então inexistente, para a negociação entre as partes.

Num primeiro momento, a vantagem da recuperação extrajudicial pode ser resumida na possibilidade de os credores aprovarem uma forma de reestruturação do passivo da empresa insolvente pelos votos dos credores que representem mais de três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, com a sujeição da solução ao Poder Judiciário apenas para homologação.

A necessidade de submissão de um acordo privado para homologação judicial no âmbito da recuperação extrajudicial prende-se à circunstância prevista pelo legislador de sua imposição aos credores que com ele não tenham concordado.

Destaca-se que, na hipótese de o plano de recuperação extrajudicial contar com a aquiescência de todos os credores, a sua homologação judicial, num primeiro momento, e contando apenas com uma interpretação literal da lei, não traria maiores vantagens a não ser a formação de título executivo judicial.

Contudo, além da constituição de título executivo judicial, o plano homologado por sentença gera ainda os seguintes efeitos imediatos, independentemente da interposição de recursos:

a) impede a alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou a sua substituição sem a expressa aprovação do credor titular da respectiva garantia;

b) mantém a variação cambial dos créditos em moeda estrangeira, salvo se o credor titular aprovar mudança, inserindo-a no plano de recuperação extrajudicial;

³⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

c) se houver previsão, o plano pode alcançar efeitos anteriores à sua homologação, limitadamente à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários;

d) se o plano estabelecer a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, a forma obedecerá ao que dispõe o artigo 142 da Lei 11.101/2005³⁸⁶, que é a regra para a mesma ocorrência em todas as modalidades de recuperação em juízo e no processo de falência.

O principal efeito do plano extrajudicial homologado por sentença foi extirpado do texto do Projeto da nova Lei por emenda apresentada no plenário do Senado Federal, que consistia na proteção contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia de atos contemplados no plano privado, salvo nas hipóteses de fraude.

Com efeito, artigo 129 da Lei 11.101, de 2005³⁸⁷ elenca as hipóteses declarativas de ineficácia relativamente à massa (ineficácia objetiva). Os atos jurídicos consistentes no pagamento de dívidas vencidas e vincendas, constituição de direito real de garantia, prática de atos a título gratuito, renúncia à herança, venda de estabelecimento e registro de direitos reais não atingem a massa falida, podendo a ineficácia ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

³⁸⁶ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão.

³⁸⁷ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

Diversamente é a hipótese do artigo 130³⁸⁸ (ineficácia subjetiva) do mesmo diploma legal, onde, de fundamental importância que se prove, cabalmente, a intenção de causar prejuízos aos credores, fraude do terceiro contratante e do próprio devedor.

Nesse contexto, o artigo 131 do texto aprovado, e agora vigente, estabelece que “Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e IV do artigo 129 desta lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.” O dispositivo legal, portanto, fez referência apenas à recuperação judicial, porém, se o acordo privado é homologado por sentença também se torna judicial.³⁸⁹

Tal proteção, certamente, vem conferir maior segurança aos negócios jurídicos celebrados com devedores em dificuldades financeiras, estimulando a celebração de acordos que evitassem demorados e custosos processos de recuperação judicial ou falência.

Todavia, a falta de menção expressa à recuperação extrajudicial no artigo 131 da Lei n. 11.101, de 2005³⁹⁰ não constitui óbice à extensão dos efeitos da blindagem jurídica contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia quando o acordo houver sido homologado judicialmente.

O próprio artigo 166 da Lei n. 11.101, de 2005³⁹¹ impõe a ingerência do Poder Judiciário se o plano de recuperação extrajudicial envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, devendo ser procedida por meio de

³⁸⁸ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

³⁸⁹ Segundo José Anchieta da Silva, “O devedor que celebrar acordo de recuperação extrajudicial, entretanto, nos termos da recuperação judicial (art. 46 c/c art. 43), poderá requerer a sua homologação em juízo (art. 74). Nesse caso estamos a concluir que a recuperação passará a ser tratada como recuperação judicial. De forma outra teríamos uma situação pelo menos nominalmente inadequada, que seria a recuperação extrajudicial, em juízo. Afinal se estaria diante de uma recuperação extrajudicial judicializada. E como não há como comparecer em juízo sem ser mediante ação ou procedimento judicial próprio, a afirmativa de que a Recuperação Extrajudicial não corresponderia a uma ação, deve ser acompanhada deste esclarecimento. De outra forma, recuperação extrajudicial entraria para o anedotário forense.” (Projeto de lei de falências e a realidade brasileiro. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 110-126).

³⁹⁰ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.

³⁹¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 166. Se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei.

leilão, propostas fechadas ou pregão. É certo que o juiz só deve homologar o plano se entender que não implica prática de atos com a intenção de prejudicar credores.

As possibilidades de o devedor se reerguer são justamente a dação em pagamento; novação de dívida do passivo com ou sem constituição de garantia real própria ou apresentada por terceiros; concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas; pagamentos a credores; venda ou transferência de estabelecimento, com o consentimento dos demais credores.

Isso implica em dizer que, praticados esses atos ao tempo do processo de recuperação judicial ou recuperação extrajudicial homologada em juízo, e desde que previstos nos respectivos planos para reerguimento do devedor, com anuência direta ou indireta dos credores, nada poderá ser feito, caso a falência venha a ocorrer, no tocante à declaração de ineficácia ou revogação.

4.3.1 Os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito na recuperação judicial de empresas

Passa-se agora ao exame do disposto no § 5º do artigo 49 da Lei n. 11.101, de 2005, esclarecendo, desde já, que, por uma questão de metodologia, as questões em torno da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis no âmbito da recuperação judicial serão tratadas no capítulo 5.

De fato, o referido § 5º do artigo 49 traz regra interessante e diferenciada para os créditos garantidos por penhor sobre títulos crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários.

Tal disposição segue a linha da Diretiva 2002/47 da União Européia³⁹², sobre acordo de garantia financeira, especificamente em seu artigo 2º, letras *c* e *m*, que definem *acordo de garantia financeira com constituição de penhor*, o *direito de disposição* e a *cláusula de compensação com vencimento antecipado*, assim como o artigo 4º, que estabelece a forma execução de tais acordos.

³⁹² A respeito da Diretiva 2002/47/CE, remete-se o leitor ao capítulo 5 do presente trabalho, subtítulo 5.3.1.

Artigo 2º Definições

1. Para efeitos da presente diretiva entende-se por: (...)

c) 'Acordo de garantia financeira com constituição de penhor', um acordo ao abrigo do qual o prestador da garantia constitui a favor do beneficiário da garantia ou presta a este uma garantia financeira a título de penhor, conservando o prestador da garantia a plena propriedade da garantia quando é estabelecido o direito de penhor; (...)

m) 'Direito de disposição', o direito conferido ao beneficiário da garantia de utilizar ou alienar a garantia financeira prestada nos termos de um acordo de garantia financeira com constituição de penhor, como seu proprietário, nas condições desse acordo de garantia financeira; (...)

n) 'Cláusula de compensação com vencimento antecipado', uma disposição de um acordo de garantia financeira, ou de um acordo que inclua uma garantia financeira ou, na falta de uma disposição desse tipo, qualquer disposição legal ao abrigo da qual, quando da ocorrência do fato que desencadeia a execução, por compensação (*netting ou set-off*) ou por outro meio:

- o vencimento das obrigações cobertas das partes é antecipado, passando a ser imediatamente devidas e expressas enquanto obrigação de pagar um montante que represente o seu valor atual estimado, ou são extintas e substituídas por uma obrigação de pagar um tal montante, e/ou,

- é apurado o montante devido por cada parte à outra relativamente a essas obrigações, devendo uma quantia líquida igual ao saldo da conta ser paga pela parte cuja dívida é mais elevada.

Artigo 4º Execução de acordos de garantia financeira

1. Os Estados-Membros assegurarão que sempre que ocorra um facto que desencadeie a execução, o beneficiário da garantia tenha a possibilidade de realizar de uma das seguintes formas qualquer garantia financeira fornecida ao abrigo de um acordo de garantia financeira com constituição de penhor e segundo as disposições nele previstas:

a) Instrumentos financeiros mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras cobertas;

b) Numerário, quer compensando o seu montante com as obrigações financeiras cobertas, quer aplicando-o para a sua liquidação.

2. A apropriação só é possível nos seguintes casos:

a) Ter sido convencionada entre as partes no acordo de garantia financeira com constituição de penhor; e

b) Ter existido acordo entre as partes sobre a avaliação dos instrumentos financeiros no quadro do acordo de garantia financeira com constituição de penhor.³⁹³

³⁹³ Disponível em:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:168:0043:0050:PT:PDF.>>

O direito brasileiro, contudo, condiciona que, durante a recuperação judicial, as garantias liquidadas ou vencidas poderão ser substituídas ou renovadas e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em seu pagamento permanecerá em conta vinculada durante o período máximo de cento e oitenta dias de suspensão, contado do deferimento do processamento da recuperação judicial. “Vale dizer, até que o Plano de Recuperação seja apresentado e aprovado.”³⁹⁴

Alerte-se que a leitura do dispositivo legal não autoriza sequer deduzir que tais créditos estejam excluídos da recuperação judicial, mesmo porque os credores titulares de garantia real integram a recuperação judicial do devedor, deliberando em classe própria na assembléia-geral³⁹⁵, sendo certo, por outro lado, que deverão aprovar expressamente a supressão da garantia ou a sua substituição caso o devedor pretenda alienar o bem gravado, em conformidade com o disposto no artigo 50, § 1º da Lei n. 11.101, de 2005³⁹⁶ e artigo 1436, inciso III, do Código Civil.³⁹⁷

Assim, sendo as garantias renovadas ou substituídas com a anuência expressa do credor, o dinheiro recebido por este poderá ser liberado em favor do devedor em recuperação, o que é improvável. Caso contrário, o dinheiro permanecerá em conta vinculada pelo prazo de cento e oitenta dias aguardando o desfecho da recuperação judicial, ou seja, se esta for concedida, a quantia revertese para a empresa em recuperação; se na for concedida a recuperação, o credor levanta a importância e satisfaz o seu crédito.³⁹⁸

Colhe-se da obra de Bezerra Filho o seguinte exemplo que elucida a questão:

Acesso em: 19 out. 2008.

³⁹⁴ SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

³⁹⁵ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: (...) II – titulares de créditos com garantia real; (...) § 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito.

³⁹⁶ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 50 (...) § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

³⁹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1436. Extingue-se o penhor: (...) III – renunciando o credor;

³⁹⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

Um exemplo demonstra a extensão exata deste artigo. Se o devedor tem um débito com um banco e entregou a este banco notas promissórias de terceiro, este terceiro, não sujeito a qualquer efeito da recuperação, deverá fazer normalmente o pagamento quando do vencimento. Em uma situação normal, o banco abateria o valor recebido da dívida e ficaria com o dinheiro. Este parágrafo prevê que aquela garantia pode ser substituída e, portanto, o dinheiro recebido viria diretamente para a empresa em recuperação. No entanto, o benefício à empresa em recuperação é apenas aparente, porque este tipo de substituição depende de aprovação expressa do credor titular da garantia (§ 1º do art. 50), aprovação altamente duvidosa. Se renovada ou substituída a garantia, o valor recebido do terceiro devedor do título empenhado poderá ser levantado pela empresa em recuperação. Se houver concordância do credor titular da garantia e não tiver sido feito a substituição da garantia, o dinheiro recebido ficará em conta vinculada durante o prazo de 180 dias previsto no § 4º do art. 6º.³⁹⁹

Nota-se, ademais, que o § 5º do artigo 49 se refere a depósito em *conta vinculada* e não em *conta judicial*. Pela literalidade do dispositivo caberá ao credor, sob sua responsabilidade, apenas promover a separação e a constituição de conta específica para receber aqueles valores, contabilizando atualização monetária e juros, tal como seriam contados caso depositados judicialmente.⁴⁰⁰

Em resumo, os créditos garantidos por penhor sobre títulos crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários não estão excluídos da recuperação judicial, porém, as importâncias recebidas pelos credores titulares das garantias somente serão remetidas ao devedor em recuperação caso ele renove ou substitua as garantias, com anuência expressa dos respectivos credores, aplicando-se o referido § 1º do artigo 50 da Lei n. 11.101, de 2005.

Ainda, não são exigíveis do devedor na recuperação judicial as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte no procedimento, à exceção das custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.⁴⁰¹

³⁹⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

⁴⁰⁰ Assim decidiu a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 540.384-4/4-00, sendo agravante Banco Safra S.A e agravada Expandra Estamparia e Molas S.A., de relatoria do Desembargador José Araldo da Costa Telles.

⁴⁰¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 5º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: I – as obrigações a título gratuito; II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

4.3.2 Os créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação

O artigo 49, § 4º da Lei n. 11.101, de 2005⁴⁰² exclui dos efeitos da recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio a exportação⁴⁰³, feito pela instituição financeira ao exportador, tendo em vista as perspectivas de exportação. “Excluí-los do Plano e Recuperação Judicial constitui reconhecimento de que se trata de crédito com destinação específica.”⁴⁰⁴

Segundo Bertoldi, o adiantamento sobre contrato de câmbio é definido como

a antecipação parcial ou total, por parte do agente financeiro, ao exportador, por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada a prazo, ou seja, os bancos que operam com câmbio concedem aos exportadores adiantamentos por conta dos contratos de câmbio, com o objetivo de proporcionar recursos antecipados ao exportador, para que possa fazer face às diversas fases do processo de produção e comercialização da mercadoria a ser exportada, constituindo-se, assim, num importante incentivo à exportação.⁴⁰⁵

Sistematicamente tem-se que o exportador se compromete a entregar ao banco financiador, após o embarque da mercadoria, as respectivas divisas. O financiamento à exportação funciona de modo semelhante a qualquer financiamento no mercado interno, observadas suas características próprias traçadas pelo artigo 75, § 3º da Lei n. 4.728, de 1965⁴⁰⁶ (Lei do Mercado de Capitais). O exportador

⁴⁰² BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...)§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

⁴⁰³ Designado de ACC, na linguagem do mercado financeiro, possui a natureza jurídica de adiantamento do preço ou princípio de pagamento.

⁴⁰⁴ SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

⁴⁰⁵ BERTOLDI, Marcelo M. Aspectos atuais do contrato de câmbio. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 1999, n. 115, p. 88-103.

⁴⁰⁶ BRASIL. Lei n. 4.728, de 1965. Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva. § 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora. § 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor. § 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior. § 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e

embarca a mercadoria e fica aguardando o ingresso da divisa, ao longo do prazo concedido ou, então, recebe à vista do agente financiador (adiantamento) e este se torna seu credor.

Assim, não obstante se encontrar o exportador em recuperação judicial, o crédito proveniente do adiantamento a contrato de câmbio não se sujeitará aos seus efeitos, podendo o agente financiador promover a ação executiva contra o devedor. Novamente, a justificativa para tal exclusão repousa na diminuição dos *spreads*, como destaca Coelho,

os bancos credores por adiantamento aos exportadores (ACC) não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Esses credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria. Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação judicial variam. (...) Os titulares de determinadas garantias reais ou posição financeiras (fiduciário, leasing etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.⁴⁰⁷

Na hipótese de ser decretada a falência do exportador, o agente financiador poderá pedir a restituição da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, oriunda de adiantamento a contrato de câmbio, devendo apenas aguardar a satisfação dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, que serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa, em conformidade com os artigos 86, inciso II e 151 da Lei n. 11.101, de 2005.

A propósito, por meio da Súmula n. 307 o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado o entendimento de que “A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito”, o que não mais subsiste diante do disposto no parágrafo único do artigo 86 da Lei n. 11.101, de 2005, devendo aguardar o pagamento dos créditos trabalhistas previstos no artigo 151 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.450, de 14.03.1997).

⁴⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação e empresas* (Lei n. 11.101 de 9-2-2005). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

Em síntese, a finalidade do § 3º do artigo 75 da Lei n. 4.728, de 1965, foi facilitar o financiamento da exportação no país e, assim, armou os créditos oriundos desses contratos de câmbio de uma garantia maior do que os comuns, excluindo-os dos efeitos da recuperação judicial e permitindo que, no caso de falência, o credor possa requerer a sua restituição na forma da Lei n. 11.101, de 2005.

4.3.3 A disciplina dos créditos fiscais na recuperação judicial de empresas

De outro lado, os créditos fiscais também ficaram de fora da recuperação judicial, não se sujeitando aos efeitos do plano de reestruturação empresarial⁴⁰⁸ e sendo contemplados com injustificado privilégio previsto nos artigos 57 da Lei n.

⁴⁰⁸ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...) § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. No mesmo sentido, estabelece o Código Tributário Nacional em seu artigo 187: “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela LC nº 118, de 2005).

11.101, de 2005⁴⁰⁹ e 191-A do Código Tributário Nacional⁴¹⁰, que condiciona a concessão da recuperação judicial à prova de quitação dos tributos, o que, certamente, inviabiliza o procedimento e o próprio mercado interno, conflitando, portanto, com o artigo 219 da Constituição Federal de 1988.⁴¹¹

Diz-se, aliás, *prova de quitação* dos tributos, que pode se concretizar pelo deferimento do parcelamento pelo fisco. O parcelamento⁴¹² das dívidas tributárias do devedor em recuperação judicial constitui-se em imperativo legal, em razão dos

⁴⁰⁹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

⁴¹⁰ BRASIL. Lei n. 5.172, de 1966. Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela LC nº 118, de 2005).

⁴¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal. Para Washington Albino, “Trata-se de elevada conceituação de mercado que a Carta de 1988 introduziu e cuja correta dimensão os agentes que o devem dinamizar não parecem ter percebido. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 464).

⁴¹² Cabe destacar a existência do PL 5.250, de 2005 (PLS 245/2004 do senador Fernando Bezerra – PTB/RN, tendo como apensos os PL’s 246, de 2003, 6.028, de 2005 e 6.447, de 2005), que “Dispõe sobre o parcelamento de débitos de devedores em recuperação judicial, perante a União, suas autarquias, fundações públicas e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e altera os arts. 57 e 73 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005”, prevendo: “**Parcelamento de débitos com exigibilidade suspensa** – a inclusão, no parcelamento, de débitos com exigibilidade suspensa será condicionada à desistência expressa e irrevogável da respectiva demanda administrativa ou judicial, bem como a renúncia ao direito, relativo aos mesmos débitos, sobre o qual se funda o pedido. O parcelamento de débito não prejudicará os gravames decorrentes de medida cautelar fiscal ou as garantias prestadas na ação de execução fiscal. **Confissão irretroatável e consolidação** – o pedido de parcelamento constitui confissão irretroatável de dívida, podendo o valor, dele constante, ser objeto de verificação. O débito a ser parcelado será consolidado na data da concessão do parcelamento. **Prazo de parcelamento** – o prazo máximo de concessão do parcelamento será de 84 meses, aplicável ao devedor que, no ano-calendário anterior ao do pedido do parcelamento, tiver auferido receita bruta igual ou inferior ao limite máximo de receita bruta para enquadramento de empresas de pequeno porte. **Valor das parcelas** – o valor de cada parcela será obtido mediante divisão do valor do débito consolidado pelo número de parcelas, observado o valor mínimo a ser fixado pelo titular do órgão ou entidade competente. O valor de cada uma das parcelas será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. **Rescisão do parcelamento** – a falta de pagamento de duas prestações ou a decretação da falência implicará imediata rescisão do parcelamento, independentemente de notificação prévia. Conforme o caso, a falta de pagamento também implicará na remessa do débito para inscrição em dívida ativa ou no prosseguimento da execução. Será vedado, em qualquer caso, reparcelamento. A rescisão acarreta restabelecimento, em relação ao montante não pago, dos acréscimos legais, na forma da legislação aplicável. No caso de parcelamento de débito inscrito em dívida ativa, o devedor pagará as custas, emolumentos e demais encargos legais. **Prazo para Certidões Negativas de Débitos Tributários** – Altera a Lei de Falências para fixar em 30 dias o prazo para apresentação de certidões negativas de débitos tributários, exigida para concessão de recuperação judicial. A não apresentação dessa certidão, em tempo hábil, acarretará declaração judicial da falência.” (Disponível em: <<http://www.agendalegislativa.cni.org.br/proposicao.asp?PROP=195&SUBMENUID=39&MENUID=7>> Acesso em: 18 out. 2008).

princípios constitucionais econômicos⁴¹³, não se tratando de mera faculdade das Fazendas Públicas como poderia se pensar pela literalidade do disposto no artigo 68 da Lei n. 11.101, de 2005⁴¹⁴, representada pela expressão “poderão deferir”.

Tal entendimento é corroborado pela doutrina, com destaque para a lição de Hugo de Brito Machado, o qual entende ser *colossal* e irrazoável o obstáculo configurado pela exigência da prova de quitação de todos os tributos para a concessão da recuperação judicial da empresa, defendendo a posição da obrigatoriedade do parcelamento sob o controle de seu cumprimento pelo juízo onde tramita o feito, pois

Todos os que necessitam da recuperação judicial estão em dificuldades financeiras. Sabemos também que as empresas em dificuldade financeira geralmente devem tributos. É evidente, portanto, que colocar a concessão da recuperação judicial na dependência da prova de quitação de todos os tributos, como prescreve o art. 191-A, do Código Tributário Nacional, é inviabilizar inteiramente o exercício do direito à recuperação judicial.

Entre os credores do devedor em recuperação judicial o Estado é o que tem, indiscutivelmente, as mais fortes razões para viabilizar a preservação da empresa cuja recuperação judicial é requerida. Nada justifica, portanto, a colocação desse colossal obstáculo ao exercício do direito à recuperação judicial. (...)

Realmente, a interpretação que defendemos para compatibilizar a exigência de prova de quitação, prevista no art. 191-A do Código Tributário Nacional, com a Constituição Federal permitirá o exercício do direito à recuperação judicial sem prejuízo dos interesses das Fazendas Públicas, posto que os seus créditos serão objeto de regular parcelamento, podendo-se colocar inclusive sob o controle do juiz do processo de recuperação judicial o cumprimento das respectivas obrigações pelo contribuinte.⁴¹⁵

Assim, mesmo não sendo objetivo do presente trabalho a discussão sobre a posição do crédito tributário na recuperação judicial da empresa, não se podia deixar de mencionar e posicionar contra a injustificada exclusão do fisco, como estabelecido no artigo 6º, § 7º da Lei n. 11.101, de 2005 e artigo 187 do Código Tributário Nacional. Sobre este aspecto, não obstante a adoção expressa do princípio da preservação da empresa, manteve-se privilegio fiscal reinante na concordata. Ora, não é concebível se exigir do devedor em recuperação a prova de

⁴¹³ Conforme artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴¹⁴ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

⁴¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo: Dialética, set. 2005, n. 120, p. 69-81.

quitação das obrigações perante o fisco ou o seu parcelamento (que ainda carece de lei específica).⁴¹⁶

É fato que, se o devedor se socorre da recuperação judicial para buscar fôlego aos seus negócios, é porque um dos fatores que o impulsionaram é a sua dívida tributária, cujo parcelamento se impõe para viabilizar o procedimento.⁴¹⁷

⁴¹⁶ Como diz Hugo de Brito, “ninguém poderá negar que entre os credores de uma empresa o Estado é o que tem maior responsabilidade por sua recuperação, e que por isto mesmo é inegável o seu dever de contribuir significativamente para que isto aconteça. Não é outro, aliás, o motivo pelo qual as leis se sucedem concedendo às empresas o direito ao parcelamento de suas dívidas tributárias. O dever do Estado de contribuir para a recuperação das empresas é absolutamente indiscutível, de sorte que não se pode mesmo admitir que a inexistência de lei específica sobre o parcelamento das dívidas tributárias constitua impedimento para a obtenção dos benefícios instituídos pela lei que regula a recuperação judicial. Ressalte-se que na recuperação judicial da empresa, embora eventualmente se esteja a atender também o interesse individual do empresário, não é a esse interesse que se busca atender. O interesse essencial a ser atendido é o da ordem econômica. Basta que se examine a indicação dos meios de recuperação, legalmente indicados, para que se veja que em certos casos até pode ser sacrificado o interesse individual do empresário. O que importa é a recuperação da empresa como unidade econômica, que tem utilidade social indiscutível. Faz-se evidente, portanto, o dever do Estado de contribuir para a recuperação da empresa em crise, na se justificando, portanto, sob nenhum aspecto, que a existência de dívidas tributárias possa constituir impedimento a que tal recuperação se realize.” (MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo: Dialética, set. 2005, n. 120, p. 69-81).

⁴¹⁷ Em certa ocasião, Irineu Evangelista e Souza, barão de Mauá, resumiu o problema: “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário.” (CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31)

5 TÍTULOS DE CRÉDITO, RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E EFICÊNCIA ECONÔMICA

5.1 A importância dos títulos de crédito no sistema de insolvência empresarial

Segundo orientação do Banco Mundial⁴¹⁸, no tocante ao enquadramento jurídico dos direitos dos credores nos sistemas de insolvência empresarial, uma economia moderna deve proporcionar um amplo acesso ao crédito com tarifas acessíveis através de um amplo leque de produtos de crédito (garantidos e não garantidos), inspirado por um sistema de direito empresarial completo, integrado e harmonizado, destinado a promover:

a) meios de proteção de crédito e de preço acessível para proteger e minimizar os riscos de inadimplência;

b) meios confiáveis que permitam aos provedores de crédito e investidores para avaliar, gerir e resolver os riscos de fracasso de uma forma mais eficiente e para reagir rapidamente às dificuldades econômicas de uma empresa adquirir tais créditos;

c) mecanismos acessíveis, transparentes e razoavelmente previsíveis para executar créditos quirografários e garantidos por meio de ação de execução, ações coletivas e de processos concursais;

d) uma visão unificada da política legislativa que rege o acesso ao crédito, tais como, proteção de crédito, gestão de risco de crédito e cobrança, e leis de insolvência e regulamentos que estejam em consonância processual e substancial.

Como abordado no capítulo anterior, uma legislação concursal focada na eficiência econômica contribui significativamente para estimular o crescimento e competitividade e também pode ajudar a prevenir e resolver crises financeiras. Disso decorre que os devedores serão mais cautelosos ao assumir compromissos e os

⁴¹⁸ BANCO MUNDIAL. *Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores*. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles\(Spanish2001\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles(Spanish2001).pdf)> Acesso em: 14 out. 2008.

credores mais confiantes quando da concessão de crédito ou da aceitação de um reescalonamento de dívidas.

Ao contrário disso, com um sistema de insolvência empresarial desordenado e ineficiente, incluindo a fragilidade e insegurança na execução de garantias, corre-se o risco de agravar as crises econômicas e financeiras, com sérias implicações para o crédito.

Eis porque a ausência de um sistema eficiente de execução de garantias impossibilita avanços em relação à proteção, à cobrança e à execução do crédito bancário, desestimulando o crédito e pressionando os juros. Por que os juros de financiamento de veículos são os mais baixos do mercado? A resposta é simples. Em virtude do instituto da alienação fiduciária, criou-se um bom sistema de garantia, que é o próprio carro adquirido. Desenvolvido na década de 1970, esse sistema permitiu um processo rápido e econômico de retomada do bem, o que, em última análise, aumenta a certeza do credor de recuperar o que investiu e oferece ao devedor o correto incentivo para adimplir, uma vez que ele sabe que, se não cumprir pontualmente suas obrigações, perderá o bem adquirido.⁴¹⁹

A partir de tais orientações, pode-se concluir que o funcionamento eficiente do mercado de crédito necessita que as legislações e os seus aplicadores possibilitem a rápida e segura execução de garantias, principalmente aquelas representadas por bens móveis, como os títulos de crédito. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Estão, ainda, na classe dos móveis incorpóreos, as quotas de capital ou ações que tenha o indivíduo em uma sociedade, seja esta de que natureza for (simples, em nome coletivo ou por quotas de responsabilidade limitada, em comandita, anônima ou cooperativa), os títulos patrimoniais de associações, os títulos de crédito – são todos valores mobiliários, que se distinguem dos bens e compõem o acervo patrimonial da pessoa jurídica.⁴²⁰

De fato, o Código Civil considera o título de crédito não apenas como um instrumento ou mero elemento de prova da obrigação nele representada, mas como bem móvel⁴²¹, conforme previsto em seus artigos 83, III e 895.⁴²² Nesse sentido é a interpretação de Mamede,

⁴¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 205.

⁴²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 425-426.

⁴²¹ Cumpre distinguir *coisa* de *bem*. *Coisa* é espécie do gênero *bem*. “Coisa apresenta-se com todo objeto material suscetível de valor, enquanto bem assume feição mais ampla. Em outras palavras, existem determinados bens jurídicos que não assumem a feição de coisa, como o direito autoral, a

De acordo com o artigo 83, III, do Código Civil, consideram-se móveis para os efeitos legais os direitos pessoais de caráter patrimonial. Essa previsão é o vértice de um artifício jurídico de analogia jurídica que serve aos títulos de crédito e, mais, que serve à função que desempenham no mercado. Em fato, o Código Civil toma o título de crédito não apenas como instrumento e, via de consequência, uma prova da obrigação ali anotada, mas também como uma coisa móvel; vai, portanto, para além dos limites do direito obrigacional puro e alcança domínios que são próprios dos direitos reais (direitos sobre as coisas), percebendo que a cártula cumpre a função de materialização do crédito nela inscrito, circulando fisicamente para, assim, permitir a circulação do crédito (e da obrigação) correspondente. (...) Realce-se, todavia, que esse artifício técnico, de considerar o título de crédito uma coisa móvel, tem sua eficácia diretamente ligada ao respeito ao princípio da cartularidade, isto é, à aplicação coerente da regra segundo a qual os direitos inerentes aos títulos são exercíveis e transmissíveis à luz do papel onde estão grafados.⁴²³

Para Verçosa, o título de crédito, bem móvel, é o instrumento mais utilizado para a difusão do crédito, em razão “da certeza da obrigação neles mencionada e da segurança de que se revestem em sua circulação.”⁴²⁴

Segundo o Banco Mundial, na execução de dívidas garantidas, devem-se estabelecer métodos eficientes, econômicos e transparentes para fazer valer o direito do credor. Os processos executivos devem prever a realização antecipada de direitos sobre os bens garantidos, concebidos para permitir a máxima valorização do valor dos ativos em função do mercado de crédito. Para isso, o título de crédito apresenta enorme utilidade, pois

será ele imprescindível do direito que nele se contém, de forma que:
I – o direito não existe sem o documento no qual se materializou;

imagem etc.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343).

⁴²² BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Art. 895. Enquanto o título de crédito estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa. Na classificação entre bens imóveis e móveis, o *Codice Civile* italiano, em seu artigo 812, adotou metodologia diversa do Código Civil brasileiro, preferindo mencionar quais são os bens imóveis, prescrevendo que são móveis todos os outros bens: “812. Distinzione dei beni – [1] Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d’acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. [2] Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o l’alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione. [3] Sono mobili tutti gli altri beni.”

⁴²³ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito*. Vol. 3. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76-78.

⁴²⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Crédito e títulos de crédito na economia moderna: uma visão focada na cédula de produto rural – CPR. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2006, n. 141, p. 96-104.

- II – o direito não se transmite sem a transferência do documento;
- III – o direito não pode ser exigido sem a exibição e a entrega do título ao devedor que satisfaz a obrigação nele prometida;
- IV – o adquirente do título não é sucessor do cedente, na relação jurídica que o liga ao devedor, mas investe-se do direito constante do título, como credor originário e autônomo. São-lhe inoponíveis as defesas pessoais do devedor contra os seus antecessores na propriedade do título.⁴²⁵

Evidencia-se, assim, a eficiência dos créditos garantidos por bens móveis, em razão de seus reduzidos custos, admitindo a incidência da garantia em todos os tipos de bens móveis, corpóreos ou incorpóreos (por exemplo, equipamentos, estoque, contas bancárias, valores mobiliários, títulos de crédito e a propriedade intelectual).⁴²⁶ Isso mesmo: títulos de crédito, inconcebíveis fora de uma sociedade de economia moderna⁴²⁷ global, que exige eficiência, certeza e segurança jurídica para a vida dos negócios e proteção ao crédito.⁴²⁸

É fundamental ter isso em mente. “O crédito é a vida dos negócios”⁴²⁹ e a sua acessibilidade demanda que os direitos das partes, notadamente da concedente, estejam claramente estabelecidos e assegurados por lei, o que possibilita a redução dos juros praticados, a medição dos riscos⁴³⁰ e o seu gerenciamento nas respectivas operações, principalmente quando possui um *mecanismo de cumprimento* eficiente como o título de crédito. Como diz Johnson,

A proteção do crédito e os mecanismos de cumprimento corolários exercem um importante papel nesse contexto. A garantia real tem se tornando

⁴²⁵ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 10-11.

⁴²⁶ Esta é a orientação do Banco Mundial em *Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores*. Banco Mundial. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles\(Spanish2001\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles(Spanish2001).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2008.

⁴²⁷ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 26.

⁴²⁸ “Costuma-se dizer que a economia moderna é uma economia creditória, essencialmente baseada no crédito”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 30).

⁴²⁹ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 119.

⁴³⁰ “No começo da relação de crédito – a fase de acesso ao crédito -, a instituição financeira se engaja em uma séria de etapas convencionais para decidir a extensão do crédito, incluindo a pesquisa da capacidade de crédito e os riscos inerentes ao tomador em particular. Dependendo dos riscos identificados, o credor pode requisitar proteção de crédito ou aumento da garantia mediante garantia real ou outras formas de proteção. O risco de crédito está também refletido no preço do crédito negociado. No melhor dos mundos possíveis, o banqueiro não pode viver exclusivamente em função do monitoramento do crédito para certificar-se de que o pagamento será feito em tempo e forma apropriados. Infelizmente, não vivemos num mundo em que os mercados são perfeitos.” (JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 120).

crescentemente significativa e bastante variada nas modernas práticas de crédito, especialmente para permitir às empresas explorar o valor potencial e subutilizado dos negócios para ter acesso a capitais tão necessários. Modernas leis do mercado financeiro e de capitais podem facilitar o processo. Quando empresas fracassam – uma consequência natural da competência nos mercados de hoje -, os interesses da comunidade de crédito devem estar balanceados com as políticas governamentais de estímulo ao investimento, ao crescimento econômico e ao emprego. Esse balanceamento busca o equilíbrio entre a confiável observação dos direitos dos credores e a revitalização dos negócios.⁴³¹

Desta forma, os princípios⁴³² que norteiam o instituto dos títulos de crédito conferem segurança e eficiência econômica na circulação do crédito e na vida dos negócios, demonstrando, assim, a atualidade da lição de Ascarelli:

Se nos perguntassem qual a contribuição do direito comercial na formação da economia moderna, outra não poderíamos talvez apontar que mais tipicamente tenha influído na economia do que o instituto dos títulos de crédito. A econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito (...)⁴³³

Sem dúvida alguma, o título de crédito constitui meio eficiente e seguro de mobilização e circulação de riquezas, protegendo as garantias dos credores nos processos de insolvência empresarial. “Direito incerto é direito ineficaz, elemento perturbador das relações jurídicas e são portanto benéficos os esforços tendentes a torná-lo certo e eficaz”⁴³⁴. É a essa exigência que o título de crédito satisfaz.

5.2 As declarações cambiárias e a recuperação judicial de empresas

A constituição do direito cartular tem assento num ato unilateral, ou seja, em uma declaração unilateral de vontade⁴³⁵, atendendo ao plano da existência, da

⁴³¹ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 119.

⁴³² Segundo Ascarelli, cumpre no direito comercial ter em mente as “exigências econômicas a que o instituto jurídico deve corresponder, e, de outro, a necessidade de satisfazer essas exigências com princípios jurídicos precisos.” (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 37).

⁴³³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 25.

⁴³⁴ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, p. 27.

⁴³⁵ Segundo Rocha, “Ao mesmo tempo em que se entende os títulos de crédito como escapando à natureza contratual, nascidos, a rigor, da simples vontade expressa de seu emitente, eles não se

validade e da eficácia. Nesse sentido, pertinente a seguinte passagem de Pontes de Miranda:

O subscritor, subscrevendo, cria o título, porque perfaz o negócio jurídico unilateral (plano da existência). Se o título existe e vale, ou se não vale, é outro problema (plano da validade). Desde o momento em que, após a assinatura, ou simultaneamente à assinatura, pelo subscritor (sacador ou subscritor), ou pelo sacado, ou pelo endossante, ou pelo avalista, ou pelo interveniente, o título está na posse do *alter* de boa-fé, começa a sua eficácia: nasce a dívida.⁴³⁶

Na mesma trilha seguem as seguras lições de Tullio Ascarelli,

A doutrina cambiária á chegou a afirmar, desde o século passado, a unilateralidade do ato em que assenta a constituição do direito cartular. As diversas teorias que alicerçavam a obrigação cambiária num contrato foram, aos poucos, vencidas e cederam o lugar as que assentam a referida obrigação num ato unilateral.⁴³⁷

Pois bem. A obrigação cambiária constitui-se mediante simples assinatura lançada nos títulos de crédito (coisa móvel), na qualidade de sacador, aceitante, endossante ou avalista, os quais são solidariamente responsáveis pelo pagamento da cártula, como determinam os artigos 47 do Decreto n. 57.663, de 1966⁴³⁸ e 51 da Lei n. 7.357, de 1985⁴³⁹.

As declarações cambiárias que criam, completam, garantem e transferem o título de crédito se dividem em: declaração originária, principal ou necessária; declaração sucessiva e eventual; e declaração sucedânea.

confundem inteiramente, de outro modo, com os atos obrigacionais puramente unilaterais, como a gestão de negócios, pela própria carga obrigacional toda própria das cambiais, pelo aspecto tão importante da circulabilidade autônoma e formal dos títulos de crédito.” (ROCHA, João Luiz Coelho. Os títulos de crédito e o Código Civil vigente. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2003, n. 132, p. 55-59).

⁴³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito cambiário*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, v. I, p. 151.

⁴³⁷ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003, 297.

⁴³⁸ BRASIL. Decreto n. 57.663, de 1966. Artigo 47. Os sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas de uma letra são todos solidariamente responsáveis para com o portador. O portador tem o direito de acionar todas estas pessoas individualmente, sem estar adstrito a observar a ordem por que elas se obrigaram.

⁴³⁹ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. Art. 51 Todos os obrigados respondem solidariamente para com o portador do cheque. § 1º - O portador tem o direito de demandar todos os obrigados, individual ou coletivamente, sem estar sujeito a observar a ordem em que se obrigaram. O mesmo direito cabe ao obrigado que pagar o cheque. § 2º A ação contra um dos obrigados não impede sejam os outros demandados, mesmo que se tenham obrigado posteriormente àquele. § 3º Regem-se pelas normas das obrigações solidárias as relações entre obrigados do mesmo grau.

A declaração cambiária originária, principal ou necessária é aquela que cria o título de crédito. Trata-se do saque (letra de câmbio e cheque) e emissão (nota promissória e duplicata) configurada pela assinatura do próprio punho do sacador ou emitente ou de seu mandatário com poderes especiais; sem ela o título não existirá. Apenas o cheque permite o saque por meio de chancela mecânica, em conformidade com o artigo 1º, parágrafo único da Lei n. 7.357, de 1985⁴⁴⁰.

Aliás, para configuração das declarações cambiárias descabe falar em assinatura eletrônica, digitalizada ou criptografada, por absoluta ausência de previsão legal⁴⁴¹. O próprio Código Civil, em seu artigo 887, exige a assinatura no título de crédito, o que, por si só, arreda qual arremedo no tocante à permissão da criação de títulos eletrônicos ou virtuais, ao contrário daqueles que pensam que o diploma civil teria autorizado a sua criação.

Por outro lado, o aceite, o endosso e o aval integram o grupo das declarações cambiárias sucessivas e eventuais. Sucessiva porque depende da existência de saque ou emissão, mas não depende da validade deste; eventual porque a sua falta não descaracteriza o documento como título de crédito.

Aceite é declaração cambiária sucessiva e eventual pela qual o signatário (aceitante) reconhece a exatidão da obrigação e assume o dever de satisfazê-la em seu vencimento.⁴⁴²

O aceite é ato privativo de sacado na letra de câmbio e na duplicata. Com uma grande diferença, contudo. Na letra de câmbio, o sacado obriga-se no limite de seu aceite, total ou parcial⁴⁴³, ou seja, se não aceitar o título não tem obrigação

⁴⁴⁰ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. 1º O cheque contém: (...) Parágrafo único - A assinatura do emitente ou a de seu mandatário com poderes especiais pode ser constituída, na forma de legislação específica, por chancela mecânica ou processo equivalente.

⁴⁴¹ A recente Medida Provisória n. 442, de 6 de outubro de 2008, que criou a Letra de Arrendamento Mercantil – LAM, não regula o saque por meio de eletrônico, mas, apenas, dispensa a assinatura tradicional para a validade do título.

⁴⁴² Essa, inclusive, é a definição constante do artigo 2º, inciso VIII da Lei n. 5.474, de 1968 (Lei das Duplicatas): Art. 2º No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. (...) VIII - a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite, cambial.

⁴⁴³ Conforme artigos 26 e 28 da Lei Uniforme de Genebra: “Artigo 26. O aceite é puro e simples, mas o sacado pode limitá-lo a uma parte da importância sacada.” “Artigo 28. O sacado obriga-se pelo aceite a pagar letra de câmbio à data do vencimento.” Trata-se do aceite parcial ou limitativo. Carvalho de Mendonça lembra ainda a existência do aceite *pleno* e o *abreviado*. O pleno contém a declaração do aceite, a data e a assinatura, ao passo que o abreviado resume-se na simples assinatura do sacado no averso do título. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V., livro III, p. 306).

cambial, pelo que não é legítima a cobrança da cártula contra ele dirigida, muito menos o seu apontamento a protesto por falta de pagamento⁴⁴⁴. Sob o tema, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LETRA DE CÂMBIO SEM ACEITE. CAUSALIDADE. INVIABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. - REJEITAM-SE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUANDO AUSENTE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE A SER SANADA. - É INADMISSÍVEL RECURSO ESPECIAL SE AUSENTE PRÉVIA DECISÃO, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, A RESPEITO DAS QUESTÕES FEDERAIS SUSCITADAS. - NÃO SE ADMITE RECURSO ESPECIAL PELO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SE ESTE NÃO FOR COMPROVADO NOS MOLDES LEGAL E REGIMENTAL. - A LETRA DE CÂMBIO É TÍTULO DE CRÉDITO PRÓPRIO E ABSTRATO, NÃO PODENDO A ELA SER IMPRIMIDA NATUREZA CAUSAL E IMPRÓPRIA, COMO ACONTECE NA DUPLICATA. - O SACADO PODE, A SEU TALANTE, RECUSAR-SE A ASSUMIR A OBRIGAÇÃO CAMBIAL, SENDO CERTO QUE A FALTA DE ACEITE ELIDE O VÍNCULO AO PAGAMENTO DO TÍTULO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 21 de junho de 2005 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Relatora

O aceite na duplicata apresenta contornos diversos, podendo o sacado ser cambialmente obrigado mesmo sem aceitar o título. Cuida-se do chamado aceite

⁴⁴⁴ Precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitem o protesto da letra de câmbio por recusa de aceite e, de forma equivocada, por falta de pagamento, assim ementados: “DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. LETRA DE CÂMBIO SACADA À VISTA. PROTESTO. FALTA DE PAGAMENTO. ACEITE. PRESCINDÍVEL. - É viável o protesto por falta de pagamento de letra de câmbio sacada à vista, mesmo sem o aceite do sacado. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 646.519 – RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, d.j. 3 de maio de 2005). “LETRA DE CÂMBIO. PROTESTO POR FALTA DE ACEITE. PRECEDENTES DA CORTE. 1. As Turmas que compõem a Segunda Seção não discrepam quanto à possibilidade de ser realizado o protesto da letra de câmbio por falta de aceite. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 658.991 – RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, d. j. 24 de agosto de 2006). “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. LETRA DE CÂMBIO. FALTA DE ACEITE. PROTESTO. POSSIBILIDADE. I - Não há inépcia da inicial mesmo se não feita a indicação do valor da causa. O fato de ter constado do preâmbulo, e não do final, como sói acontecer, não constitui sequer irregularidade. II - É possível o protesto da letra de câmbio por falta de pagamento, mesmo que não tenha havido aceite pelo sacado. Precedentes. III - Hipótese em que o título, atrelado a negócio subjacente devidamente comprovado, não circulou. Recurso especial provido.” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 765.309 - RS, Relator Ministro Castro Filho, d.j. 23 de agosto de 2007). “

presumido, nos termos do artigo 15, II da Lei n. 5.474, de 1968, não prescindido da juntada do comprovante de entrega e recebimento das mercadorias ou serviços, a certidão de protesto e da ausência de recusa formal de aceite. Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 599.597 - PR, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

EMENTA: DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE ACEITE. EXECUÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESTÁ ASSENTADA NO SENTIDO DE QUE A “DUPLICATA SEM ACEITE, MAS PROTESTADA E COM PROVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, É DOCUMENTO HÁBIL PARA INSTRUIR A EXECUÇÃO” (RESP Nº 427.440/TO, DE MINHA RELATORIA, DJ DE 16/12/02; RESP Nº 327.720/SP, RELATOR O MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ DE 18/2/02; RESP Nº 140.080/TO, DE MINHA RELATORIA, DJ DE 26/10/98; RESP Nº 4.492/AM, RELATOR O MINISTRO CESAR ROCHA, DJ DE 14/4/97; RESP Nº 115.767/MT, RELATOR O MINISTRO NILSON NAVES, DJ DE 19/4/99). POR OUTRO LADO, O IMPEDIMENTO DO PROTESTO POR ORDEM JUDICIAL NÃO CAUSA EMPEÇO À QUALIDADE EXECUTIVA DO TÍTULO (RESP Nº 27.020/PR, RELATOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO, DJ DE 7/2/94). 2. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

No regime de recuperação de empresas do direito brasileiro é necessário analisar as declarações cambiárias do endosso e do aval, especificamente a responsabilidade do avalista decorrente do processamento do pedido de recuperação judicial e a circulação do título de crédito por meio de endosso-fiduciário, mas antes disso é necessário fixar os contornos da declaração cambiária sucedânea.

5.2.1 A declaração cambiária sucedânea e a recuperação judicial de empresas

Configura-se a declaração cambiária sucedânea quando alguém, dizendo-se mandatário ou representante de outrem, apuser a sua assinatura em um título de crédito, sem, contudo, ter poderes para tanto ou excedendo os que lhe foram

outorgados. Dessa forma, o mandatário ou representante fica pessoalmente obrigado no título com os mesmos direitos e na mesma posição do suposto mandante ou representado.⁴⁴⁵

Percebe-se, portanto, que a ausência de poderes especiais para assumir obrigação cambial em nome de outrem não implicará na invalidade do título, já que o suposto mandatário ou representante é quem ficará obrigado ao seu pagamento.

No plano societário, as declarações cambiárias prestadas por aqueles que se dizem representantes da pessoa jurídica vinculam a sociedade ao portador legitimado do título, pela aplicação da teoria da aparência. Satisfazendo a obrigação, a sociedade deve voltar-se, internamente, contra os sócios ou administradores que agiram com excesso ou abuso de poder, extrapolando os limites contratuais. Essa é a orientação até então reinante na doutrina e na jurisprudência.

Contrariamente, não obstante a aparência e a boa-fé dos terceiros, o Código Civil de 2002 retrocedeu ao permitir, em seu artigo 1015, parágrafo único⁴⁴⁶, que a sociedade possa opor a terceiros o excesso por parte dos administradores nas seguintes hipóteses:

- I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
- II – provando-se que era conhecida do terceiro;
- III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

⁴⁴⁵ Confirmam-se os dispositivos que regulam a matéria: Decreto n. 2.044, de 1908: Art. 46. Aquele que assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado. Decreto n. 57.663, de 1966: Artigo 8º. Todo aquele que apuser a sua assinatura numa letra, como representante de uma pessoa, para representar a qual não tinha de fato poderes, fica obrigado em virtude da letra e, se a pagar, tem os mesmos direitos que o pretendido representado. A mesma regra de aplica ao representante que tenha excedido os seus poderes. Lei n. 7.357, de 1985: Art. 14. Obriga-se pessoalmente quem assina cheque como mandatário ou representante, sem ter poderes para tal, ou excedendo os que lhe foram conferidos. Pagando o cheque, tem os mesmos direitos daquele em cujo nome assinou. Código Civil: Art. 892. Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.

⁴⁴⁶ É evidente a antinomia do artigo 1015 com os artigos 1.012, 1.014 e 1.016 do Código Civil, *in verbis*: “Art 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoa e solidariamente com a sociedade.” “Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.” “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.”

Apesar da falta de distinção, os incisos I e II referem-se a *excesso de poder*, ao passo que o inciso III trata de *abuso de poder* (teoria dos atos *ultra vires* – além das forças), muito bem diferenciados por Gonçalves Neto:

É em torno dos atos praticados pelos administradores da sociedade fora de seu objeto, isto é, com abuso de poder, que gravita a teoria dos atos *ultra vires*. Esses atos não devem ser confundidos com os que se praticam com excesso de poder, contidos no âmbito das atividades da pessoa jurídica, mas excedentes dos limites estabelecidos para pautar a atuação de seus administradores. Há limitação aos poderes dos administradores, mas não à capacidade de agir da pessoa jurídica, não se podendo falar, por isso, em atos *ultra vires*.⁴⁴⁷

Nota-se que o legislador reformista preferiu prestigiar o *formalismo* em detrimento da aparência e boa-fé dos terceiros, principalmente no âmbito empresarial, como esclarece Requião:

É exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em oposição com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente.⁴⁴⁸

Em um exercício de dogmatismo jurídico, a disposição do Código Civil somente se aplica às sociedades simples, em nome coletivo e em comandita simples, excetuando-se a sociedade limitada - quando contratualmente estiver regida supletivamente pela Lei n. 6.404, de 1976 – e as sociedades por ações.

Assim, pela regra do artigo 1015 do Código Civil, se um sócio ou administrador apuser a sua assinatura em um título de crédito, em nome da pessoa jurídica, sem ter poderes para tanto ou excedendo os que têm (com excesso ou abuso de poder), ficará pessoalmente obrigado ao seu pagamento. Em tal situação, a tendência interpretativa positivista é a de excluir a sociedade da lide, incluindo-se em seu lugar o sócio ou administrador que praticou o ato, não se tratando de vício que possa invalidar o título por ser declaração cambiária sucedânea.

⁴⁴⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 208.

⁴⁴⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, n. 252, p. 453-454.

Para Gonçalves Neto,

Todo o esforço da doutrina e da jurisprudência expendido até o advento do Código Civil nesse particular fica no limbo e outro há de ter início para amoldar as novas disposições à realidade e aos princípios da aparência e da boa-fé, se o legislador não se sensibilizar para alterar urgentemente essa esdruxularia.⁴⁴⁹

Correto o entendimento do comercialista paranaense, dele discorda-se, apenas, no sentido de ser desnecessária uma alteração legislativa para solucionar a questão.

Com efeito, o conflito instaurado entre a regra do parágrafo único do artigo 1015 do Código Civil e o princípio da boa-fé decorrente da aplicação da teoria da aparência deve ser solucionado a partir da busca pela resposta correta em uma construção argumentativa no caso concreto.

Nesse contexto, a integridade do sistema jurídico, aplicada “sob sua melhor luz”⁴⁵⁰, nos conduz à insofismável conclusão de que não cabe opor ao terceiro de boa-fé o excesso ou abuso de poder praticado pelo sócio ou administrador da pessoa jurídica, em conformidade com a teoria da aparência e o próprio artigo 113 do Código Civil onde se encontra positivado o princípio da boa-fé objetiva.

Colhe-se da tese dworkiana que

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.⁴⁵¹

Não se pode esquecer que a prática jurídica é um exercício interpretativo, similar a um romance em cadeia, como esclarece Ronald Dworkin, onde o juiz, ao decidir o caso concreto

(...) deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu

⁴⁴⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 209.

⁴⁵⁰ A expressão é de Ronald Dworkin.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.⁴⁵²

Dessa forma, a sociedade, independente do tipo jurídico que adotar, somente poderá opor o excesso ou abuso de poder por parte dos sócios ou administradores, nas hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 1.015 do Código Civil, desde que comprove a má-fé do terceiro, em conformidade com a teoria da aparência, a partir de uma construção argumentativa e segundo o direito como integridade, não podendo alegar tal fato contra os credores na recuperação judicial.⁴⁵³

5.2.2 O aval e a responsabilidade do avalista na recuperação judicial de empresas

Para reforçar a confiança de que o título será pago surge a figura do aval, como garantia objetiva e formal, típica do direito cambiário. O aval é, portanto, uma declaração cambiária sucessiva, eventual, pela qual o signatário garante o pagamento do título, no todo ou em parte⁴⁵⁴, tendo como função econômica principal a de reforçar o crédito cambiário, facilitando e conferido maior credibilidade para a sua circulação.

Deve se destacar que, não obstante ser também instrumento de garantia, a fiança não se confunde com o aval. Pelo contrato de fiança (garantia fidejussória), instituto do direito comum, o fiador garante satisfazer ao credor a obrigação assumida pelo devedor, sendo, pois, obrigação acessória, como se depreende do artigo 818 do Código Civil.

Já a obrigação do avalista é autônoma, formal, independente, abstrata e puramente objetiva, mantendo-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

⁴⁵³ Tal resposta “é encontrada pelo senso de adequabilidade dos envolvidos na questão, de modo a examinar todo o ordenamento do Direito em face das circunstâncias relevantes do caso concreto.” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 298)

⁴⁵⁴ A garantia “em parte” configura o chamado aval parcial, admitido pelos artigos 30 do Decreto n. 57.663, de 1966 e 29 da Lei n. 7.357, de 1985, não obstante a vedação constante do parágrafo único do artigo 897 do Código Civil, a qual não prevalece por conflitar com lei especial.

ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma. “O aval é *in rem*, não *in personam*.”⁴⁵⁵

O aval constitui-se por simples assinatura do avalista no verso ou anverso do título, devendo indicar por quem se dá e na falta de indicação considera-se dado ao sacador na letra de câmbio e emitentes na nota promissória e no cheque. Trata-se do chamado aval em branco, o qual, na duplicata, é prestado àquele abaixo de cuja firma o avalista lançar a sua; fora desses, ao comprador (sacado).⁴⁵⁶

Segundo disposição da Lei Uniforme de Genebra, o avalista responde *da mesma maneira* que a pessoa avalizada. A obrigação assumida pelo avalista é autônoma, independente e abstrata, devendo subsistir mesmo quando se trata de aval antecipado na letra de câmbio (aval em favor do sacado que não aceita o título) em razão dos princípios (normas) aplicáveis ao direito cambiário, ao contrário do que defende respeitosa posição doutrinária⁴⁵⁷.

Broseta Pont argumenta que a opinião doutrinária de acessoriedade do aval não pode manter-se na atualidade, pois

(...) la própria Ley configura el aval más bien como una garantía autónoma (así, la propia Exposición de Motivos y el importante artículo 37.1, que señala que el aval ‘será válido aunque la obligación garantizada fuese nula’, lo que choca con la accesoriedad propia de la fianza). De la misma forma, se prohíbe al avalista oponer las excepciones personales del avalado (art. 37.1 LCCh), lo que refuerza el carácter autónomo de la garantía asumida por aquél (...)

Em consequência, el avalista assume com su firma una obligación propia y distinta de la del avalado, a pesar de que la Ley señale que responde ‘de igual manera que el avalado’ (art. 37.1 LCCh). No obstante, esta última afirmación há de entenderse con las debidas cautelas, como alusiva al hecho de que el avalista soporta el mismo tipo de responsabilidad que la persona a quien avala (aunque puede ser distinta la extensión de la responsabilidad, al admitirse el aval parcial). De esta forma, el avalista del

⁴⁵⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 319-323.

⁴⁵⁶ O aval está previsto nos artigos 14 e 15 da Lei Cambial (Decreto n. 2.044, de 1908), artigos 30 a 32 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663, de 1966), artigos 29 a 31 da Lei de Cheque (Lei n. 7357, de 1985), artigo 12 da Lei de Duplicatas (Lei n. 5.474, de 1968) e artigos 898 a 900 do Código Civil.

⁴⁵⁷ Para Wille Duarte Costa, no aval antecipado “existe uma acessoriedade formal, de tal forma que o aval antecipado só prevalece se existir formalmente a obrigação avalizada.” (*Títulos de crédito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 206). Igualmente é a posição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem “é inegável que o nexos de garantia do aval acusa nítida subordinação – e não apenas coordenação – da obrigação do avalista para com a do avalizado, pois é a última que determina, além da posição que o avalista ocupa no título, a essência de sua própria obrigação (*Aval - alcance da responsabilidade do avalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 109). Segundo Fran Martins, “o aval pode ser dado ao sacado, mas esse aval, a nosso ver, fica sujeito, para a sua validade, ao fato de o sacado vir a aceitar, futuramente, letra.” (MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: 1998, p. 165. Todos os entendimentos, porém, pecam em um ponto: olvidam da natureza normativa do princípio da independência das obrigações cambiais.

acceptante responde como obligado directo, en tanto que el avalista de un obligado en via de regreso responde cuando se den los presupuestos para responder en vía de regreso (falta de pago y levantamiento de protesto o declaración equivalente).⁴⁵⁸

Na realidade, a expressão *da mesma maneira*, inserta no artigo 32 da Lei Uniforme de Genebra, representa a posição do avalizado na letra de câmbio, à qual se equipara o avalista (devedor direto, se avalista do aceitante; devedor indireto, se avalista do sacador ou dos endossantes).⁴⁵⁹

Dessa forma, descabe falar em acessoriedade no aval, seja material ou formal, muito menos subordinação da garantia à obrigação do avalizado, sob pena de, absurdamente, tratar o aval como se fosse fiança. O aval não se confunde com a fiança, muito menos a ela se equipara, mesmo quando se dá após o vencimento do título (aval póstumo).⁴⁶⁰

Aliás, a independência formal e material do aval resta evidenciada ao exame dos artigos 43 e 51 da Lei Cambial (Decreto n. 2.044, de 1908), que reforçam a aplicação do princípio da independência das obrigações cambiais:

Art. 43. As obrigações cambiais são autônomas e independentes uma das outras. O signatário da declaração cambial fica, por ela, vinculado e

⁴⁵⁸ PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 14ª ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. V. II. Madrid: Tecnos, 2007, p. 447-448. Tradução livre: (...) a própria lei configura o aval bem mais como uma garantia autônoma (assim, a própria Exposição de Motivos e o importante artigo 37.1, que assinala que o aval 'será válido ainda que a obrigação garantida fosse nula', o que colide com a acessoriedade própria da fiança). Da mesma forma, se proíbe ao avalista opor as exceções pessoais do avalizado (art. 37.1 LCCh), o que reforça o caráter autônomo da garantia assumida por aquele (...) Em consequência, o avalista assume com sua firma uma obrigação própria e distinta da do avalizado, apesar de que la Lei assinale que responde 'de igual maneira que o avalizado' (art. 37.1 LCCh). Não obstante, esta última afirmação há de entender-se com as devidas cautelas, como alusiva ao fato que o avalista suporta o mesmo tipo de responsabilidade que a pessoa a quem avaliza (ainda que pode ser distinta a extensão da responsabilidade, ao admitir-se o aval parcial). Desta forma, o avalista do aceitante responde como obrigado direto, no entanto o avalista de um obrigado em via de regreso responde quando se tem os pressupostos para responder em via de regreso (falta de pagamento e lavratura de protesto ou declaração equivalente).

⁴⁵⁹ Devedor direto é aquele que assume promessa direta de pagamento do título (aceitante na letra de câmbio e na duplicata; emitente na nota promissória e no cheque; sacado na duplicata sem aceite, desde que acompanhada do comprovante de entrega e recebimento das mercadorias e certidão de protesto do título; e seus avalistas). Devedor indireto é aquele que assume obrigação indireta de pagar o título (endossantes e seus avalistas), dependente, para serem acionados via ação cambial/execução, de protesto prévio do título, nos termos da Lei n. 9.492, de 1997. Trata-se da modalidade de protesto necessário para garantir direito de regreso, a exemplo do art. 13, § 4º da Lei n. 5.474, de 1968.

⁴⁶⁰ Sobre o aval póstumo, confira-se: Código Civil: Art. 900. O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado. Lei de Duplicatas (Lei n. 5.474, de 1968): Art. 12. O pagamento da duplicata poderá ser assegurado por aval, sendo o avalista equiparado àquele cujo nome indicar; na falta da indicação, àquele abaixo de cuja firma lançar a sua; fora desses casos, ao comprador. Parágrafo único. O aval dado posteriormente ao vencimento do título produzirá os mesmos efeitos que o prestado anteriormente àquela ocorrência.

solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura.

Art. 51. Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em deferido de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação.

Com base em ultrapassada interpretação meramente positivista, não se pode entender que a expressão *da mesma maneira*, contida no referido artigo 32 da Lei Uniforme de Genebra sobrepõe-se aos princípios dos títulos de crédito. Pensar diferente seria violar o princípio (norma) da independência das obrigações cambiais, inclusive positivado nos artigos 43 do Decreto n. 2.044, de 1908 e 7º do Decreto n. 57.663, de 1966.

Destaca João Eunápio Borges que o aval não possui nenhum laço de acessoriedade e a recusa de aceite - no caso de aval antecipado - não importa na sua imprestabilidade. Assim conclui o comercialista mineiro:

Firmando, pois, o aval pelo aceitante, a única conclusão é que o avalista quis garantir o pagamento da letra como obrigado principal, colocando sua responsabilidade no mesmo posto que teria o sacado, se aceitasse. Se a recusa do aceite importasse a imprestabilidade do aval, falharia a garantia justamente no momento em que era mais necessária à vida e ao crédito do título. Que tal solução não pode admitir-se, basta considerar no logro que representaria para a boa-fé de terceiros, que podem haver negociado a letra, exclusivamente confiados no pagamento garantido por um avalista que, de modo expresse, declarou equiparar-se ao aceitante, assumindo-lhe as vestes e a responsabilidade.

(...)

Em síntese, pois, afirmamos:

É válido o aval em favor do sacado, antes do aceite. A recusa total ou parcial do aceite nenhuma influência exercerá sobre a responsabilidade do avalista, que independente do aceite assumiu a obrigação de garantir o pagamento do título.

(...)

O avalista é um obrigado cambial que ocupa, no contexto cambiário, a mesma posição jurídica objetiva da pessoa a favor de quem avalizou e à qual se equipara, nos termos do art. 15: será, pois, um obrigado direto, se avalista do aceitante, ou do emitente, quando se tratar de promissórias, ou de regresso, se avalista do sacador ou dos endossadores.

Não se pode dizer, porém, que sua obrigação seja a mesma obrigação do avalizado, mas simplesmente que é obrigação da mesma espécie, do mesmo grau. Não é a mesma obrigação do avalizado, que pode não existir ou não ser válida, sem que a do avalista sofra a menor restrição quanto à validade e a eficácia.⁴⁶¹

⁴⁶¹ BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 155-156 e 164. Não obstante tenha divergência quanto ao aval antecipado, o professor Wille Duarte Costa, ao reproduzir outras lições de João Eunápio Borges, destaca que "Esse é o conselho de quem sabe das coisas, que reproduzimos inteiramente, pela saudade que ainda temos de suas magistrais aulas, de sua

Sobre a matéria, segue ementa de decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Aval. Benefício de ordem. O avalista é um obrigado autônomo (art. 47 da Lei Uniforme) e não se equipara ao fiador, razão pela qual não pode exercer o benefício de ordem previsto no art. 595 do CPC. Recurso conhecido e provido. (Recurso Especial n. 153687-GO, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Por fim, o Código Civil de 2002 trouxe a necessidade de outorga uxória ou vênua conjugal para a *validade* do aval, salvo se o regime do casamento for o da separação absoluta de bens.⁴⁶²

Novamente, o legislador confunde aval com fiança. Como dito, o aval é obrigação cambial autônoma, independente e incondicional, sendo totalmente descabido exigir outorga para a sua validade, sob pena de querer transmudá-lo em obrigação acessória.

Uma melhor exegese, portanto, do artigo 1.649 do Código Civil⁴⁶³, leva-se à conclusão de que a falta de outorga não invalidará o aval, mas configurará sua ineficácia parcial no tocante ao cônjuge que não participou do ato, em conformidade com o princípio da independência das obrigações cambiais (artigo 7º do Decreto n. 57.663, de 1966⁴⁶⁴ e artigo 13 da Lei n. 7.357, de 1985⁴⁶⁵). A consequência jurídica,

simpatia e de seu conhecimento.” (COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 159).

⁴⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III - prestar fiança ou aval; Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

⁴⁶³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

⁴⁶⁴ BRASIL. Decreto n. 57.663, de 1966. Artigo 7º. Se a letra contém assinaturas de pessoas incapazes de se obrigarem por letras, assinaturas falsas, assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que por qualquer outra razão não poderiam obrigar as pessoas que assinaram a letra, ou em nome das quais ela foi assinada, as obrigações dos outros signatários nem por isso deixam de ser válidas.

⁴⁶⁵ BRASIL. Lei n. 7.357, de 1985. Art. 13 As obrigações contraídas no cheque são autônomas e independentes. Parágrafo único - A assinatura de pessoa capaz cria obrigações para o signatário, mesmo que o cheque contenha assinatura de pessoas incapazes de se obrigar por cheque, ou assinaturas falsas, ou assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que, por qualquer outra razão, não poderiam obrigar as pessoas que assinaram o cheque, ou em nome das quais ele foi assinado.

portanto, da ausência de outorga no aval será decidida no plano da eficácia e não no da invalidade, aplicando-se o artigo 3º da Lei n. 4.121, de 1962⁴⁶⁶.

Assim foi, aliás, a posição adotada na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, quando se editou o Enunciado 114: “O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.”

Sobre o tema, a seguinte decisão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 70021954078, sendo relator o Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, realizado em 21 de maio de 2008, no sentido de que

(...) não há que se falar em invalidação do aval, com fundamento no art. 1.647, inc.III, do Código Civil, pouco importando que o negócio jurídico tenha sido levado a efeito durante a vigência do novo ordenamento civil, pois a simples ausência de outorga uxória não torna nula a garantia concedida, posto que o avalista deve garantir a dívida com sua meação.

.....
Frise-se, que se este não fosse o objetivo do legislador, não haveria impedimento para que o próprio avalista pleiteasse a invalidação do aval, o que é expressamente vedado pelo art. 1.650 do Código de Processo Civil, de sorte que não se deve levar em consideração a valoração conferida pela parte apelante ao art. 1.647, III, do CPC, pois a simples ausência de vênua conjugal.

Pela sua relevância, vejamos a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. AVAL. OUTORGA UXÓRIA. DESNECESSIDADE. MEAÇÃO DO CÔNJUGE RESPEITADA. 1. Em se tratando de aval na nota promissória é dispensável a outorga uxória para este tipo de garantia cambial, resguardando-se, todavia, a meação do cônjuge, na forma do art. 3º da Lei 4.121/62. 2. Nos termos do Enunciado n.º 114 do CEJ, o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 do Código Civil apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu com a garantia prestada. Negado provimento ao apelo.

Destarte, o aval prestado sem outorga mantém a sua higidez, em razão dos princípios da cartularidade, literalidade, autonomia e independência das obrigações

⁴⁶⁶ BRASIL. Lei n. 4.121, de 1962. Art. 3º - Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

cambiais. Não se trata, portanto, de invalidade do aval em tal caso, mas apenas em sua ineficácia parcial no tocante ao cônjuge dissidente. Como dizem Sztajn e Verçosa,

A explicação e alerta de Ascarelli quanto à importância dos títulos de crédito, entretanto, parece ter sido abandonada pelo novo Código Civil. Talvez tenha faltado harmonizar dispositivos legais topograficamente distantes: os de direito cambiário e os de direito de família, dois subsistemas dentro do novo Código Civil.⁴⁶⁷

Dessa forma, eventual ausência de outorga não implicará na invalidade do aval, com proclama o artigo 1649 do Código Civil, inaplicável aos títulos regulados em leis especiais. No muito, a ausência de outorga configurará ineficácia parcial (não produzindo efeitos no tocante ao cônjuge que não participou do ato⁴⁶⁸, que poderá defender a sua meação no patrimônio comum, desde que demonstre não ter ocorrido benefício do casal), sob pena de afrontar os princípios da autonomia e independência das obrigações cambiais. Cumpre acrescentar a posição de Bruno Vaz de Carvalho, invocando a regra de conflito prevista no artigo 903 do Código Civil:

Não há norma expressa que diga não ser necessária a outorga uxória, mas a regra é mais abrangente, diz que a assinatura se basta, desde que capaz aquele a opõe no título. Assentado que a necessidade de outorga não representa incapacidade, é inevitável a conclusão de que a regra do artigo 1.647, III do Código Civil inova e estabelece regra que contraria a disciplina da legislação especial de diversos títulos. Criar e exigir a implementação de requisito de validade outro, que modifica a disciplina das leis especiais significa romper com a regra de conflito de leis estabelecida pelo próprio legislador.⁴⁶⁹

No âmbito da recuperação judicial de empresas, uma situação interessante se afigura. Trata-se da interpretação do disposto no *caput* do artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005 que dispõe: “A decretação da falência ou o deferimento do processamento

⁴⁶⁷ SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 128. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/ 2002, p. 33-40.

⁴⁶⁸ Entende Faria que para “obterem o efeito contrário ao visado pela lei, e não admitido (responsabilidade comum), os bancos impõem o aval do outro cônjuge e, desse modo, cometem abuso de direito.” (FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 134. São Paulo: Malheiros, abril-junho/2004, p. 48-65).

⁴⁶⁹ CARVALHO, Bruno Vaz de. Aval e outorga no casamento e na união estável. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 430-465.

da recuperação judicial suspende o curso da prescrição em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

A referência a *sócio solidário* pelo dispositivo se faz para englobar as sociedades em nome coletivo, comandita simples (sócio comanditado) e comandita por ações (acionista diretor). Em tais modalidades de organização societária existem sócios que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, também sendo considerados falidos caso ocorra a falência da sociedade, em conformidade com o artigo 81 da Lei n. 11.101, de 2005.⁴⁷⁰

O dispositivo em comento, portanto, não engloba na expressão *sócio solidário* a obrigação do sócio na modalidade de avalista da sociedade empresária em recuperação. Explica-se: suponha-se que a sociedade empresária emita uma cédula de crédito bancário a favor de uma instituição financeira, oferecendo como garantia o aval de seus sócios que também a subscrevem. Em razão das contingências do mercado, a sociedade empresária propõe recuperação judicial, tendo o seu processamento deferido. O efeito da suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções, previsto no artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005, não atinge a situação de coobrigados dos sócios da sociedade recuperanda, podendo o credor fazer a opção entre habilitar o seu crédito na recuperação judicial ou executar os sócios avalistas.

Ademais, é de se concluir, pela aplicação do princípio da independência das obrigações cambiais, que eventual novação com a aprovação do plano de recuperação judicial não tem o efeito de liberar os avalistas das dívidas originais.

Tal entendimento coaduna-se com a natureza autônoma do aval. Além disso, a recuperação judicial é da sociedade empresária e não de seus sócios, meros empreendedores.

Não se pode, assim, concordar com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento dos autos de Apelação n. 7.166.479-6, da Comarca de Barueri, pela sua Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado, sendo relator o desembargador Souza Lopes, figurando como apelante Adhemar Luiz Volpe e outro e apelado Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda., deu provimento ao recurso, assim ementado:

⁴⁷⁰ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Execução por título extrajudicial - Ação dirigida contra pessoa jurídica e contra os sócios desta, devedores solidários – Recuperação judicial homologada – Benefício legal que torna inexigível o título tanto para a devedora principal, quanto para os garantes, em razão de serem sócios da empresa em recuperação judicial – Análise do artigo 49, § 1º, da Lei 11.101/2005, combinado com o artigo 739-A do CPC – Recurso provido.

Do corpo do acórdão extrai-se ainda a seguinte passagem, da lavra do desembargador relator Souza Lopes:

Portanto, não há como se concluir de forma diversa, ou seja, os sócios da empresa que obteve a recuperação judicial, com a homologação do plano para pagamento futuro de seus credores, devedores solidários que são, seja como avalistas, ou qualquer outra espécie de garante, são atingidos pelo efeito, repita-se, do benefício da recuperação judicial.

Portanto, o recurso apresentado merece acolhida, para se julgar extinta a execução, pois, uma vez concedida a recuperação judicial, o título é inexigível tanto para a pessoa jurídica, quanto para os sócios desta, devedores solidários e garantes da obrigação.

Todavia, a extensão dos efeitos aos avalistas do benefício da recuperação judicial deferida à devedora principal não encontra sustentação no contexto da teoria geral dos títulos de crédito, principalmente diante da autonomia e independência das obrigações cambiárias.

Sabe-se que o avalista é responsável por obrigação cambial autônoma e independente, exigível inclusive se a obrigação cambiária principal for nula, falsa ou inexistente. É forçoso, portanto, reconhecer que a norma excepcional não se estende para suspender a execução contra ele já iniciada ou a que vier a ser proposta. Aliás, assim determina o próprio artigo 49, § 1º da Lei n. 11.101, de 2005:

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

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Para Lobo,

Os credores do devedor, embora sujeitos aos efeitos da decisão proferida na ação de recuperação judicial (art. 59), manterão intocados os direitos e privilégios que possuem contra: a) os coobrigados ou co-devedores solidários (p. ex., avalistas e endossantes de títulos de crédito emitidos pelo devedor); b) os fiadores; e c) os obrigados de regresso (art. 49, § 1º), podendo deles cobrar, no juízo competente, o que lhes for devido e abater os créditos habilitados e julgados o que houverem recebido dos coobrigados; os

coobrigados, para se ressarcirem, devem habilitar-se na ação de recuperação, assistindo-lhes o 'direito de pedir reserva da importância' que demandarem, por aplicação extensiva do art. 6º, § 3º.⁴⁷¹

A recuperação judicial destina-se ao empresário (individual ou sociedade empresária), sendo apenas a ele aplicável a norma excepcional do artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005. No muito, poderia se cogitar da sua aplicação, em caso de falência, aos sócios solidários e ilimitadamente responsáveis integrantes das sociedades em nome coletivo, comandita simples e comandita por ações. Segundo Toledo,

Suspendem-se do mesmo modo as ações e execuções dos credores particulares do sócio solidário. A falência da sociedade, na nova sistemática legal, acarreta a dos sócios ilimitadamente responsáveis, o que explica a norma ora focalizada.⁴⁷²

A propósito, o referido artigo 49, § 1º da Lei n. 11.101, de 2005 reproduz a regra do revogado artigo 148 do Decreto-lei n. 7.661, de 1945⁴⁷³, ao se referir à concordata, excluindo do seu alcance o coobrigado, pois inaplicável à espécie, sujeitando-o a ser executado independentemente. Como aponta Andrey, o § 1º do artigo 49 da Lei n. 11.101, de 2005, como dispunha o revogado artigo 148 do Decreto-lei n. 7.661, de 1945, estabelece que os efeitos da recuperação judicial não atingem os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Diante de tal regra,

ainda que o devedor principal obtenha o benefício da recuperação judicial, o credor poderá agir contra os coobrigados, de forma ampla e irrestrita, vale dizer, não estarão os coobrigados sujeitos a eventuais dilações ou moratórias, nem tampouco a encargos diferenciados estabelecidos no plano de recuperação.

A disposição é imprescindível, sobretudo para aquelas garantias que representam obrigação acessória, ou seja, que seguem a sorte da obrigação principal, como é o caso da fiança. No aval, com efeito, tratando-se de garantia autônoma, conforme artigo 32 da Lei Uniforme de Genebra e § 2º do artigo 899 do Código Civil, a recuperação não atingiria o avalista.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ LOBO, Jorge. In TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117-118.

⁴⁷² TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

⁴⁷³ BRASIL. Decreto-lei n. 7.661, de 1945. Art. 148. A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso.

⁴⁷⁴ ANDREY, Marcos. *Comentários aos artigos 48 e 49*. LUCÇA, Newton DE; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falência: comentários artigo por artigo da Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 233.

Ademais, o artigo 99, V da Lei n. 11.101, de 2005, no âmbito da falência, conduz ao mesmo entendimento aqui defendido, ao dispor que

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

.....
V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1o e 2o do art. 6o desta Lei;

Comentando tal dispositivo, destaca Bezerra Filho:

O que se suspende é a ação ou execução em andamento contra a pessoa jurídica do devedor, relativa a dívida sujeita aos efeitos da falência. Mesmo nesses casos, a ação ou execução continua normalmente contra eventuais coobrigados. Imagine-se, por exemplo, uma execução de nota promissória emitida pelo empresário ora devedor e avalizada por terceiras pessoas – neste caso, a execução prossegue contra esses avalistas.⁴⁷⁵

Conclui-se, pois, que a obrigação do avalista, mesmo sendo sócio da pessoa jurídica em recuperação judicial, é diversa relativamente ao credor, conquanto seja responsável solidariamente por seu cumprimento, não se sujeitando aos efeitos do procedimento recuperacional. Trata-se de solidariedade cambial e não de direito comum⁴⁷⁶, a autorizar a execução independente dos sócios avalistas, em conformidade com o entendimento aqui defendido.

⁴⁷⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

⁴⁷⁶ ROSA JÚNIOR diferencia a solidariedade de direito cambial da solidariedade de direito comum: “O instituto da solidariedade do direito civil *não se confunde* com o do direito cambiário pelas seguintes razões: a) a solidariedade comum pode ser *convencional ou legal* (CCB, art. 896, e CCB de 2002, art. 265), enquanto a solidariedade cambiária é sempre *legal* (LUG, art. 47, I, LC, ART. 51, e LD, art. 18, § 2º); b) na solidariedade comum todos os devedores estão unidos por uma *causa comum*, mas na solidariedade cambiária a obrigação de cada devedor decorre de *causa distinta* da obrigação dos demais devedores; c) na solidariedade comum há uma *unidade de prestação* (CCB, art. 896, § único, e CCB de 2002, art. 264), mas na solidariedade cambiária existe uma *pluralidade de prestações*, isto é, tantas obrigações quantos forem os signatários do título; d) o pagamento feito por *qualquer dos devedores* extingue a obrigação de direito comum, mas tal só ocorrerá na solidariedade cambiária se o pagamento for efetuado pelo *devedor principal* do título (emissor da nota promissória e do cheque, aceitante da letra de câmbio ou sacador da letra não aceita, aceitante da duplicata); e) no direito comum a solidariedade é *simultânea* entre os co-devedores obrigados conjuntamente ao pagamento de uma dívida comum, isto é, a dívida reparte-se entre eles de pleno direito, e, por isso, se um dos devedores pagar a dívida, esta se dividirá entre os demais devedores (*benefício da divisão*), contra os quais quem pagou poderá cobrar apenas a sua cota em relação a cada um (CCB, art. 913, e CCB de 2002, art. 283); no direito cambiário a solidariedade é *sucessiva* porque faz decorrer ‘um recurso sucessivo e solidário contra os signatários que os precedem até o último, que não dispõe de recurso algum e suporta a totalidade da dívida’ (devedor principal), e se um dos obrigados cambiários efetuar o pagamento, poderá cobrar o total pago (*sem benefício da divisão*) mas somente dos signatários que o garantem (LUG, art. 49, e LC, art. 53); f) na solidariedade comum a nulidade ou prescrição

5.3 A cessão fiduciária na recuperação judicial de empresas e a circulação dos títulos de crédito em garantia

Analisa-se agora a cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia e os seus efeitos na recuperação judicial de empresas. Tal abordagem, contudo, não prescinde, porém, do necessário exame das figuras de natureza fiduciária no direito brasileiro, a fim de concluir-se pelo exato alcance da norma excludente prevista na primeira parte do § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101, de 2005⁴⁷⁷, no tocante à cessão fiduciária de títulos de crédito.

Para melhor entendimento da temática, a abordagem se fará em subtítulos, enfocando, primeiramente, como pano de fundo, as Diretivas da União Européia que orientam a adoção e proteção aos contratos de garantia financeira, para, posteriormente, distinguir-se a cessão fiduciária da alienação fiduciária, explicitar as questões correlatas no tocante ao endosso-fiduciário, a cédula de crédito bancário e suas repercussões na recuperação judicial de empresas.

decretada a favor de um dos devedores *aproveita aos demais* (CCB, arts. 152 e 176, § 1º; CCB de 2002, arts. 177 e 204), enquanto na solidariedade cambiária a nulidade de uma das obrigações constantes do título não contamina as demais (LUG, art. 7º, e LC, art. 13, § único), e a interrupção da prescrição *produz efeito somente contra o obrigado em relação ao qual foi promovido o ato interruptivo*, em razão da autonomia e independência das obrigações cambiárias (LUG, art. 71, e LC, art. 60); g) no direito comum a obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-devedores e *condicional* para o outro (CCB, art. 897, e CCB de 2002, art. 266), mas a solidariedade cambiária *não admite obrigação condicional* (LUG, arts. 12 e 26, AL. 1ª, e LC, art. 18) porque prejudicaria a circulação do título, que corresponde a razão-de-ser da sua criação.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 100-101). Também sobre o tema confira-se SANDOVAL, Guilherme. Solidariedade civil, cambiária e empresarial. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 403-430.

⁴⁷⁷ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

5.3.1 A recuperação de empresas e os contratos de garantia financeira na comunidade europeia

Entrou em vigor, a partir de 31 de maio de 2002, o Regulamento (CE) n. 1346, de 29 de maio de 2000, obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável nos Estados-Membros, com o objetivo de integração dos processos de insolvência no âmbito da Comunidade Europeia.⁴⁷⁸

O Regulamento (CE) é aplicável aos processos de insolvência, independentemente de o devedor ser uma pessoa natural ou jurídica, um comerciante ou um não-comerciante, não abrangendo, por outro lado, as empresas de seguros, instituições de crédito e empresas de investimento detentoras de fundos ou títulos por conta de terceiros, por estarem sujeitas a um regime específico e dado que, em certa medida, as autoridades nacionais de fiscalização dispõem de extensos poderes de intervenção.

Destaca-se do Regulamento (CE) as disposições referentes aos direitos reais de credores ou terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, pois se revestem de substancial importância para o reconhecimento de créditos, cujo fundamento, validade e alcance devem ser determinados pela lei do Estado-Membro de sua constituição e não ser afetados pela abertura do processo de insolvência.⁴⁷⁹

No termos do artigo 5º do Regulamento (CE) n. 1346, de 2000, constituem direitos reais, não afetados pelos processos de insolvência, o direito de liquidar ou de exigir a liquidação de um bem e de ser pago com o respectivo produto ou rendimentos, em especial por força de um penhor ou hipoteca; o direito exclusivo de cobrar um crédito, nomeadamente quando garantido por um penhor ou pela cessão desse crédito a título de garantia; o direito de reivindicar o bem e/ou de exigir que o

⁴⁷⁸ A Dinamarca não participou da aprovação do presente Regulamento (CE), não estando, assim, por ele vinculada e nem sujeita à sua aplicação.

⁴⁷⁹ Artigo 5º. Direitos reais de terceiros. 1. A abertura do processo de insolvência não afeta os direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, quer sejam bens específicos, quer sejam conjuntos de bens indeterminados considerados como um todo, cuja composição pode sofrer alterações ao longo do tempo, pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro. 2. Os direitos referidos no n. 1 são nomeadamente: a) O direito de liquidar ou de exigir a liquidação de um bem e de ser pago com o respectivo produto ou rendimentos, em especial por força de um penhor ou hipoteca; b) O direito exclusivo de cobrar um crédito, nomeadamente quando garantido por um penhor ou pela cessão desse crédito a título de garantia; c) O direito de reivindicar o bem e/ou de exigir que o mesmo seja restituído por quem o detiver ou usufruir contra a vontade do titular; d) O direito real de perceber os frutos de um bem. 3. É equiparado a um direito real o direito, inscrito num registro público e oponível a terceiros, que permita obter um direito real na aceção do n.o 1. 4. O n. 1 não obsta às ações de nulidade, de anulação ou de impugnação referidas no n. 2, alínea m, do artigo 4.

mesmo seja restituído por quem o detiver ou usufruir contra a vontade do titular; e o direito real de perceber os frutos de um bem.

Assim, ao titular do direito real é garantido continuar e fazer valer esse direito à restituição ou liquidação do bem em causa. Quando existam bens que sejam objeto de direitos reais constituídos ao abrigo da legislação de um Estado-Membro, correndo, porém, o processo principal noutro Estado-Membro, o síndico deste processo pode requerer a abertura de um processo secundário na jurisdição em que foram constituídos os direitos reais, se o devedor aí tiver um estabelecimento. Não sendo aberto processo secundário, o excedente da venda dos bens abrangidos por direitos reais tem de ser entregue ao síndico do processo principal.

Nota-se, portanto, que o Regulamento (CE) n. 1346, de 2000, seguindo a diretriz da União Européia de criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, estabeleceu que, para o bom funcionamento do mercado interno, os processos de insolvência se efetuem de forma eficiente e eficaz, protegendo, principalmente, os credores ou terceiros titulares de direitos reais, incluindo cessão de crédito a título de garantia.

Complementando tal orientação, veio a Diretiva n. 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002, que entrou em vigor na data da sua publicação, relativa aos *acordos de garantia financeira*.

O artigo 2º da Diretiva n. 2002/47/CE, para efeitos de sua aplicação, considera:

a) *Acordo de garantia financeira*: um acordo de garantia financeira com transferência de titularidade ou um acordo de garantia financeira com constituição de penhor estejam ou não cobertos por um acordo principal ou por condições e termos gerais;

b) *Acordo de garantia financeira com transferência de titularidade*: um acordo, incluindo os acordos de recompra, ao abrigo do qual o prestador da garantia transfere a propriedade da garantia financeira para o beneficiário da garantia a fim de assegurar a execução das obrigações financeiras cobertas ou de cobri-las de outra forma;

c) *Acordo de garantia financeira com constituição de penhor*: um acordo ao abrigo do qual o prestador da garantia constitui a favor do beneficiário da garantia ou presta a este uma garantia financeira a título de penhor, conservando o prestador da garantia a plena propriedade da garantia quando é estabelecido o direito de penhor;

A Diretiva n. 2002/47/CE reconheceu que a ausência de um quadro jurídico uniforme sobre o regime de garantias afeta a conclusão das operações, e, indiretamente, o nível global de eficiência dos mercados. Objetivou, portanto, assegurar um mercado financeiro europeu integrado⁴⁸⁰, com a redução dos riscos de crédito, diante da necessidade de harmonização da constituição, proteção, transferência e execução das garantias.

Assim, a Diretiva 2002/47/CE foi adotada num quadro jurídico europeu que compreende a Diretiva 98/26/CE, bem como a Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito, a Diretiva 2001/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Março de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das empresas de seguros, e o referido Regulamento (CE) n. 1346, de 2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência.

A Diretiva 2002/47/CE não prejudica nem contraria o modelo geral destes atos jurídicos anteriores; ao contrário, completa esses atos jurídicos em vigor ao abordar outras questões, e ultrapassa-os no que respeita a questões específicas já por eles abordadas, a fim de aumentar a segurança jurídica dos *acordos de garantia financeira*.

Para tanto, os Estados-Membros devem assegurar que certas disposições legislativas em matéria de falência⁴⁸¹ não sejam aplicáveis a esses *acordos de*

⁴⁸⁰ Segundo Borba, a integração de mercados é um fenômeno institucionalizado, típico da segunda metade do século XX, tendo a União Européia na vanguarda do movimento, adotando, inclusive, uma moeda única. Para o autor, a integração propicia: “a) expansão dos mercados (mercados se somam; b) vantagens fiscais (inexistem impostos de importação e de exportação entre os países membros); c) melhoria da competitiva externa (os produtos da comunidade passam a ter uma carga fiscal menor, *vis à vis* o importado); d) complementariedade econômica (as economias se completam, segundo a vocação de cada uma); e) efeitos didáticos (as melhores práticas tendem a se impor); f) livre movimentação de capitais, bens e pessoas (não existem barreiras econômicas ou pessoais); g) mercado trabalho comum (o profissional habilitado em um país estará apto para atuar nos demais); h) compatibilização de políticas macroeconômicas (devem ser homogêneas, de modo a não se conflitarem). (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p 297-298).

⁴⁸¹ Nesse sentido o artigo 8º da Diretiva 2002/47/CE estabelece as condições de inaplicabilidade de certas disposições em matéria de falência, a saber: 1. Os Estados-Membros asseguram que um acordo de garantia financeira bem como a prestação de uma garantia financeira ao abrigo desse acordo não possa ser declarado inválido ou nulo ou ser anulado pelo simples fato de ter entrado em vigor o acordo de garantia financeira ou ter sido prestada a garantia financeira: a) No dia de abertura de um processo de liquidação ou da tomada de medidas de saneamento, mas antes de proferidos o despacho ou a sentença respectiva; ou b) Num determinado período anterior, definido por referência à abertura de um processo de liquidação ou a medidas de saneamento ou por referência à emissão de qualquer despacho ou sentença, ou à tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro fato no decurso desse processo ou dessas medidas. 2. Os Estados-Membros asseguram que, quando um acordo de garantia financeira ou uma obrigação financeira coberta tiver

garantia financeira, nomeadamente as disposições que poderiam constituir um obstáculo à execução da garantia financeira ou que sejam susceptíveis de suscitar incertezas em relação à validade de técnicas atualmente utilizadas pelos mercados, tais como a compensação bilateral com vencimento antecipado, a prestação de garantias adicionais sob a forma de garantias complementares e as substituições de garantias.

A Diretiva 2002/47/CE reconhece que se o direito do beneficiário de uma garantia for estabelecido por um acordo de garantia válido e aplicável por força do direito do país em que a conta está localizada, a oponibilidade a qualquer título ou direito concorrente e a aplicabilidade da garantia são regidas unicamente pelo direito do referido país, evitando-se, pois, a incerteza jurídica que resultaria da intervenção de outra legislação não tida em conta.

A única condição de validade susceptível de ser imposta pelo direito nacional relativamente à garantia financeira deve ser a entrega, a transferência, a detenção, o registro ou a designação dos títulos fornecidos.

Uma situação importante a ser referida é que a Diretiva deve proporcionar o equilíbrio entre a eficácia do mercado e a segurança das partes nos *acordos garantia financeira* e de terceiros, evitando, desse modo, o risco de fraude. Esse equilíbrio será alcançado pelo fato de o âmbito de aplicação da diretiva abranger apenas os *acordos de garantia financeira* que prevêm alguma forma de desapossamento e quando a prestação da garantia financeira possa ser provada por

entrado em vigor, ou a garantia financeira tiver sido prestada na data de um processo de liquidação ou de medidas de saneamento, mas após a abertura do mesmo processo ou da tomada das referidas medidas, o acordo produza efeitos jurídicos e seja oponível a terceiros no caso de o beneficiário da garantia poder provar que não tinha conhecimento, nem deveria ter tido conhecimento, da abertura desse processo ou da tomada dessas medidas. 3. Quando um acordo de garantia preveja: a) A obrigação de prestar uma garantia financeira ou uma garantia financeira adicional, a fim de serem tidas em consideração variações do valor da garantia financeira ou do montante das obrigações financeiras cobertas; ou b) O direito de retirar a garantia financeira, prestando, a título de substituição ou de troca, uma garantia financeira de valor equivalente, os Estados-Membros asseguram que a prestação da garantia financeira, da garantia financeira adicional ou da garantia financeira de substituição ou alternativa a título de tal obrigação ou direito não seja considerada inválida ou anulada ou declarada nula unicamente com base nos seguintes motivos: i) essa prestação ter sido realizada no dia da abertura de um processo de liquidação ou de medidas de saneamento, mas antes de proferidos o despacho ou a sentença respectivos, ou no decorrer de um período determinado anterior e definido por referência à abertura do processo de liquidação ou a medidas de saneamento ou por referência à elaboração de qualquer despacho ou sentença, à tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro fato no decurso desse processo ou dessas medidas, e/ou ii) as obrigações financeiras cobertas terem-se constituído em data anterior à da prestação da garantia financeira, da garantia financeira adicional ou da garantia financeira de substituição ou alternativa. 4. Sem prejuízo dos n. 1, 2 e 3, a presente diretiva não afeta as normas gerais da legislação nacional em matéria de falência no que diz respeito à anulação das operações concluídas durante o período determinado referido na alínea b) do n.º 1 e na sub-alínea i) do n. 3.

escrito ou de qualquer outro modo juridicamente vinculativo previsto pela legislação aplicável.

Outra circunstância importante, também, no âmbito do presente trabalho, é a imunização, salvo prova de fraude, dos *acordos de garantia financeira* em face a certas disposições das legislações em matéria de falência, o que facilita o funcionamento geral da política monetária comum.

Destaca-se que o objetivo da Diretiva 2002/47/CE é a proteção da validade dos *acordos de garantia financeira* baseados na transferência da plena propriedade da garantia financeira.

A possibilidade de substituir os ativos fornecidos enquanto garantia financeira por outros ativos de igual valor deve igualmente ser preservada. A intenção é simplesmente impedir que o fornecimento da garantia financeira complementar ou de substituição seja posto em causa apenas com base no fato de as obrigações financeiras cobertas já existirem antes da prestação da garantia financeira, ou de a garantia financeira ter sido prestada durante determinado período.

Em resumo, a Diretiva 2002/47/CE institui processos de execução rápidos e não formalistas que permitem salvaguardar a estabilidade financeira e limitar efeitos de contágio em caso de descumprimento de uma das partes num *acordo de garantia financeira*, equilibrando os objetivos supramencionados com a proteção do prestador de garantia e de terceiros.

Ainda, a Diretiva 2002/47/CE introduziu um direito de disposição, no caso dos *acordos de garantia financeira* com constituição de penhor, visando aumentar a liquidez nos mercados em resultado da reutilização dos títulos dados em penhor.

Por fim, a Diretiva 2002/47/CE não prejudica o funcionamento nem os efeitos das cláusulas contratuais dos instrumentos financeiros fornecidos a título de garantia financeira, tais como os direitos e obrigações e outras condições constantes das condições de emissão, bem como quaisquer outros direitos, obrigações e condições aplicáveis entre os emitentes e os detentores desses instrumentos.

Assim, a Diretiva 2002/47/CE estabeleceu um marco comunitário destinado a reduzir o risco de crédito referente às garantias nas transações financeiras. As normas comuns favorecem a eficácia e a integração dos mercados financeiros europeus, a gerar perdas menores e estimular assim as operações e a competitividade.

Trata-se, portanto, de exemplo a ser seguido, principalmente em uma economia globalizada onde se impõe a necessidade de captação e operacionalização de soluções ágeis e eficientes, encontrando no Direito Comercial ou Empresarial, especificamente no internacionalizado instituto dos títulos de crédito, importante consorte.⁴⁸²

Fixadas tais premissas, cumpre agora, analisar as garantias fiduciárias no direito positivo brasileiro, como formas “de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos jurídicos em vigor não servem com a necessária eficácia e precisão”,⁴⁸³ atendendo, assim, ao dinamismo próprio da atividade econômica e a proteção ao crédito.

Destaca-se que, na investigação desenvolvida, sempre esteve presente a preocupação de uma análise sistêmica do tema abordado, desde a evolução do direito comercial até a autonomização dos títulos de crédito em razão de sua inquestionável importância para o desenvolvimento econômico, principalmente no contexto do tratamento dispensado ao problema da insolvência empresarial.

5.3.2 As garantias fiduciárias no direito positivo brasileiro

Na linha similar às diretrizes traçadas para os acordos de garantia financeira adotados pela Comunidade Européia, temos no direito brasileiro as figuras de natureza fiduciária, instrumentos céleres e eficientes para salvaguardar os interesses dos credores, diminuindo os *spreads*, principalmente em decorrência do ingresso do devedor em recuperação judicial.

⁴⁸² “A formação de blocos e a integração econômica fomentaram e vêm fomentando a cada dia o comércio internacional, fortalecendo a idéia de internacionalização do Direito Comercial. Graças à globalização, o Direito Comercial ganhou e continuará ganhando feições internacionais. Na sua longa caminhada histórica vislumbra-se com facilidade que o Direito Comercial sempre foi afeito à internacionalização, desde a sua origem, na forma mais rudimentar de troca até os atos complexos de compra e venda internacional. Aliás, neste particular, a globalização teve e continua tendo grande responsabilidade neste direcionamento, porque legislativamente falando, em sede de Direito Comercial, foi, sem dúvida, no Direito Cambiário (Direito dos Títulos de Crédito) que se teve uma das relevantes experiências de internacionalização e globalização, com a celebração do Tratado Internacional referente aos Títulos de Crédito, firmando-se a Convenção para Adoção e Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – uniformizando, assim, já em 1930, as regras para emissão e circulação das letras e notas promissórias na Cidade de Genebra, Suíça.” (GUERRA, Luiz Antônio. *Temas de direito empresarial*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 150)

⁴⁸³ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39

Assim, como pano de fundo à análise dos efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia na recuperação judicial, abordar-se-á apenas a evolução dos regramentos dogmáticos da alienação fiduciária e da cessão fiduciária no direito pátrio, modalidades do gênero negócio fiduciário.

Negócio fiduciário trata-se de um termo bastante genérico, composto por várias espécies, dentre elas, a alienação fiduciária em garantia.⁴⁸⁴ Assim, negócio fiduciário é

o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.⁴⁸⁵

Como sintetiza César Fiuza,

Na classe dos bens incorpóreos, acham-se alguns direitos, que também podem ser objeto do negócio, tais como os de autor, o usufruto, a enfiteuse etc. Concluindo, o objeto do negócio pode ser todo um patrimônio, composto de variadas espécies de coisas e/ou direitos, assim como apenas de uma coisa ou direito, móvel ou imóvel, e até mesmo de um capital em dinheiro.(...)

Em simples tentativa de sistematização do instituto, pode-se apontar como gênero o negócio fiduciário ou fidúcia. Como espécies, o *trust*, a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária e outros.⁴⁸⁶

A alienação fiduciária foi introduzida pelo artigo 66 da Lei de Mercados de Capitais⁴⁸⁷, posteriormente modificada pelo Decreto-lei n. 911, de 1969, o qual, por sua vez, sofreu alterações pelas Leis n. 6.014, de 1973 e 6.071, de 1974 e consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro como modalidade de negócio jurídico contratado entre partes para a garantia de financiamentos, geralmente concedidos para fomento da produção ou aquisição de bens móveis duráveis. Posteriormente, com a edição da Lei n. 9.514, de 1997, contemplou-se a alienação fiduciária de bens imóveis com a finalidade de promover o financiamento imobiliário

⁴⁸⁴ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 13.

⁴⁸⁵ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 38.

⁴⁸⁶ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 14.

⁴⁸⁷ BRASIL. Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965.

em geral, com as alterações operadas pela Lei n. 11.481, de 2007⁴⁸⁸, que lhe estendeu o objeto.

Como explica Challub, a alienação fiduciária surgiu inicialmente, em meados da década de 60, como forma de suprir a insuficiência das garantias incidentes sobre bens móveis, como o penhor e a reserva de domínio, que já não atendiam às modernas necessidades de garantia, pois o mecanismo

efetivamente deu maior elasticidade ao mercado de capitais e reduziu os riscos operacionais, fazendo com que se desse capacidade aquisitiva a um determinada classe de comprados, que não a teria em condições normais, de tal modo que um grande número de pessoas, que estavam marginalizadas no mercado do consumidor, passaram a poder integrá-lo, circunstâncias que, de outra parte, possibilitaram um novo e significativo impulso à indústria e ao comércio, especialmente de automóveis e de eletrodomésticos.⁴⁸⁹

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe fazem uma releitura histórica do nascimento da fidúcia no direito brasileiro,

normativada como novel espécie de garantia real, de natureza dominial (porque em bem alienado ao credor), introduzida através da Lei de Mercado de Capitais, esta como 'mola propulsora de sustentação da economia nacional', não se pode perder de vista uma das principais finalidades de origem da alienação fiduciária: conceder ao sistema financeiro um novo mecanismo de garantia contratual eficiente em um modelo desenvolvimentista. Foi este impulsionado, em meados da década dos anos 60 (art. 66 da Lei de Mercado de Capitais), pelas autoridades governamentais, como instrumento de segurança e equilíbrio na canalização de capitais próprios e captação de recursos advindos da poupança popular, para incrementar, através da difusão do crédito direto, o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo em espiral dinâmico, de circulação de riquezas, formado pelo complexo *poupança-crédito-investimento-produção-consumo*.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ BRASIL. Lei n. 9.514, de 1997. Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; IV - a propriedade superficiária. § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Cumprido destacar que, antes da Lei n. 9.514, de 1997, a Lei n. 8.668, de 1993 introduziu a propriedade fiduciária de imóveis especificamente para fins de constituição de fundos de investimento imobiliário.

⁴⁸⁹ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 156.

⁴⁹⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13-14.

Esclarece Orlando Gomes que a alienação fiduciária em garantia foi instituída pela lei de mercado de capitais com o escopo de garantir as próprias operações das sociedades de crédito e financiamento, como negócio jurídico consistente na

transmissão de propriedade limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na forma desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: o de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente.⁴⁹¹

Para César Fiuza alienação fiduciária é o contrato

pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra pessoa, o credor fiduciário, que fica adstrito a retransmitir o direito de propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida.⁴⁹²

Assim, o devedor, denominado fiduciante, permanecia na posse direta do bem com todas as responsabilidades e encargos que lhe são impostos por lei e pelo contrato, enquanto que ao credor, denominado fiduciário, era transmitida a propriedade do bem a título de domínio resolúvel.⁴⁹³ Novamente Chalhub destaca:

Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e poderá tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.⁴⁹⁴

A alienação fiduciária constitui-se por meio de contrato escrito, por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e

⁴⁹¹ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33.

⁴⁹² FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514, de 1997. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 124.

⁴⁹³ “O fiduciário passa a ser dono dos bens alienados pelo fiduciante. Adquire, por conseguinte, a propriedade desses bens, mas, como no próprio título de constituição desse direito, está estabelecida a causa da sua extinção, seu titular tem apenas a propriedade resolúvel. O fiduciário não é proprietário pleno, senão titular de um direito sob condição resolutiva.” (GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 22).

⁴⁹⁴ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 222.

Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.⁴⁹⁵ Tratando-se de bem imóvel, mediante registro no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.⁴⁹⁶

Em 2002, o Código Civil, em seus artigos 1361 a 1368⁴⁹⁷, restringiu a possibilidade de constituição dessa propriedade fiduciária ao defini-la como propriedade resolúvel da coisa móvel infungível. Logo, somente seriam objeto dessa garantia aqueles bens que não podiam ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade, o que gerou uma insegurança jurídica sobre a derrogação ou não dos ainda vigentes artigos 66 e 66-A da Lei n. 4.728, de 1965, como destaca a doutrina:

A questão se subdividia àquela altura em dois aspectos distintos: de direito processual, e de direito material.

Assim, pelo teor da regra de direito intertemporal do art. 2.043 do novo Código Civil, com o primeiro passo quando da incorporação dos preceitos de natureza civil da propriedade fiduciária nos arts. 1.361 a 1.368, para nós dúvida não houve então de que continuaram em vigor em 12 e janeiro de 2003 todas as disposições de natureza processual, administrativa e penal dos ainda vigentes arts. 66 e 66-A da Lei 4.728/1965 e do Dec.-lei 911/1969 sobre alienação fiduciária em garantia de bens móveis no âmbito específico do mercado financeiro e de capitais.

O problema mais intrincado dizia respeito ao aspecto da vigência ou não, após o atual Código Civil, dos próprios preceitos de direito material da alienação fiduciária em garantia de bens móveis estabelecida naqueles dois diplomas especiais do âmbito do mercado financeiro e de capitais.

Entendemos desde então que a paralela adoção, pelo Código Civil, da propriedade fiduciária de caráter paritário geral, não afetou nem revogou tacitamente a normatividade própria vigente da garantia fiduciária do âmbito do mercado financeiro e de capitais estabelecida em legislação especial; até porque, nos termos do § 2º, do art. 2º, da LICC, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior.⁴⁹⁸

Com a inclusão superveniente do artigo 1368-A no Código Civil, pela Lei n. 10.931, de 2004, que também revogou os artigos 66 e 66-A da Lei n. 4.728, de 1965, acrescentando-lhe o novo artigo 66-B, a controvérsia ficou sanada, instituindo-se

⁴⁹⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1.361 (...) § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

⁴⁹⁶ BRASIL. Lei n. 9.514, de 1997. Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

⁴⁹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002.

⁴⁹⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15-16.

dois sistemas fiduciários paralelos de garantia dominial sobre bens móveis, autônomos e harmônicos: o *mercadológico-financeiro especial* e o *paritário civil*⁴⁹⁹, *in verbis*:

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Em resumo, o direito brasileiro contempla a propriedade fiduciária, decorrente de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965), bem como a garantia dominial sobre bens imóveis (artigos 22 a 33 da Lei n. 9.514, de 1997).

Já o instituto da cessão fiduciária em garantia foi criado, inicialmente, como medida de estímulo à indústria de construção civil e fomento das operações de crédito imobiliário, nos termos dos artigos 22 e 23 da Lei n. 4.864, de 1965⁵⁰⁰. Segundo Chalhub,

Na mesma linha conceitual sobre a qual está configurada a alienação fiduciária, a Lei 4.864, de 29 de novembro de 1965, instituiu uma garantia fiduciária tendo como objeto direitos creditórios decorrentes de alienação de imóveis, a que denominou *cessão fiduciária de crédito em garantia*.⁵⁰¹

Posteriormente, o instituto da cessão fiduciária foi invocado pelos artigos 43 e 44 do Decreto-lei n. 70, de 1966⁵⁰², que autorizou o funcionamento de associações

⁴⁹⁹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

⁵⁰⁰ BRASIL. Lei n. 4.864, de 1965. Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. § 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido. § 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos. Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

⁵⁰¹ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 321. No mesmo sentido, confira-se RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 113.

⁵⁰² BRASIL. Decreto n. 70, de 1966. Art. 43. Os empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades mobiliárias poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial

de poupança e empréstimo e instituiu a cédula de crédito hipotecária, servindo, novamente, para garantir o financiamento da construção civil.

Em 1997, com o advento da referida Lei n. 9.514, que dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, a cessão fiduciária em garantia foi novamente prestigiada e alargada, incidindo sobre direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis e, ainda, como forma de garantia nas operações de financiamento imobiliário.

A Lei n. 9.514/97 regula inteiramente a matéria de que tratava a Lei n. 4.864/65, no que tange à cessão fiduciária, aperfeiçoando a configuração dessa garantia, explicitando com maior clareza o conteúdo e os efeitos da cessão e permitindo a utilização generalizada da garantia.⁵⁰³

Tanto a alienação fiduciária quanto a cessão fiduciária receberam significativas alterações com a Lei n. 10.931, de 2004. Passou-se, assim, a admitir a contratação de alienação fiduciária em garantia de móveis fungíveis e de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, incluindo os títulos de crédito, na medida em que acresceu o artigo 68-B à Lei n. 4.728, de 1965, nos seguintes termos:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da

ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes de alienação de imóveis, aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 22 da Lei número 4.864, de 29 de novembro de 1965. Parágrafo único. As garantias a que se refere este artigo constituem direitos reais sobre os respectivos imóveis. Art. 44. São passíveis de inscrição, nos Cartórios do Registro de Imóveis, os contratos a que se refere o artigo 43, e os de hipoteca de unidades imobiliárias em construção ou já construídas, mas ainda sem "habite-se" das autoridades públicas competentes e respectiva averbação, desde que estejam devidamente registrados os lotes de terreno em que elas se situem.

⁵⁰³ CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 322.

obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Entre as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931, de 2004, destaca-se a supressão do preceito proibitivo de *pacto comissório* previsto no revogado § 6º do artigo 66 da Lei n. 4.728, de 1965. A vedação do *pacto comissório* encontra-se prevista no artigo 1.365 do Código Civil⁵⁰⁴, cuja aplicação ao sistema fiduciário *mercadológico-financeiro especial* não foi determinada pelo novo § 5º do artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, acima mencionado.⁵⁰⁵

Em decorrência da alteração legislativa, portanto, não há mais que se falar em proibição da existência de *cláusula comissória* nos contratos de alienação fiduciária de coisa fungível e cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, regulados pela Lei n. 4.728, de 1965⁵⁰⁶, mantendo-se a

⁵⁰⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁵⁰⁵ A proibição do *pacto comissório* mantém-se também no tocante à cessão fiduciária de direitos decorrentes de contratos de alienação de unidades habitacionais, em conformidade com o artigo 23, § 3º da Lei n. 4.864, de 1965, que criou medidas de estímulo à indústria de construção civil: Art. 23. (...) “§ 3º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.”

⁵⁰⁶ No mesmo sentido, estabelece o artigo 26 da Lei n. 9.514, de 1996, no tocante à alienação fiduciária de coisa imóvel: “Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.” Igualmente, estabelece o artigo 3º, § 1º do Decreto-lei n. 911, de 1969, cujo procedimento se aplica ao sistema fiduciário da Lei de Mercado de Capitais por força do seu artigo 8º-A: “Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.” “Art. 8º-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o

proibição apenas para a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, regulada pelo Código Civil.

Nesse sentido se posicionam Farias e Rosenvald, ao comentarem a nova disciplina processual prevista no § 1º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911, de 1969, aplicável à Lei de Mercado de Capitais, por força do artigo 8º-A do mesmo Decreto, alertando que o credor fiduciário deverá devolver ao devedor fiduciante o excedente ao valor do saldo devedor, sob pena de enriquecimento sem causa, pois

no transcurso da lide já poderá ser expedido um certificado de propriedade em nome do credor fiduciário ou de um terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária, eis que a propriedade plena lhe defere as faculdades dominiais de usar, fruir e dispor da coisa (art. 1.228, CC). Isto se torna possível, na medida em que o art. 67, da Lei n. 10.931/04, revoga o art. 66 da Lei n. 4.728/65 – disciplina o Mercado de Capitais –, que proibia a cláusula comissória, tornando ‘nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga em seu vencimento’. A partir do momento em que se elimina a referida regra de direito material, torna-se admissível juridicamente que o credor possa ficar com a coisa para si, como objeto de seu patrimônio pessoal. Entretanto, para não incidir em uma situação de enriquecimento sem causa, é imperativo que o credor fiduciário restitua ao devedor fiduciante quaisquer valores obtidos com a venda do bem que porventura excedam o valor do saldo devedor, até mesmo pela dicção do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor – que não sofreu qualquer alteração com a edição do novo diploma –, impeditivo de cláusulas contratuais que imponham ao consumidor a perda das prestações pagas em benefício do credor que retoma o bem alienado.⁵⁰⁷

De outro lado, a supressão da previsão de registro dos contratos de alienação e cessão fiduciária no sistema mercadológico e financeiro, para produzir efeitos em relação a terceiros, antes previsto no revogado § 1º do artigo 66 da Lei de Mercado de Capitais, não conduz à conclusão de que tais pactos prescindem da antiga exigência, que continua subsistindo por força do artigo 129, § 5º da Lei n. 6.015, de 1973.⁵⁰⁸

ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.”

⁵⁰⁷ FARIAS, Cristina Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20058, p. 371-372.

⁵⁰⁸ BRASIL. Lei n. 6.015, de 1973. Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (...) 5º) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária; (...) 9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.

De mais a mais, a Lei n. 10.931, de 2004 promoveu alterações materiais e processuais no Decreto-lei n. 911, de 1969⁵⁰⁹, derogando-lhe o artigo 1º, incluindo novos parágrafos ao artigo 3º e acrescentando o artigo 8º-A. Entre as modificações se destacam a ausência de previsão de citação e da purgação da mora no rito procedimental da ação de busca e apreensão e a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, após cinco dias da execução da medida liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, com a expedição de novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

Ainda, a cessão fiduciária ganhou nova roupagem com a Lei n. 11.196, de 2005 e maior importância como forma de garantia na obtenção de financiamentos vultosos junto ao mercado financeiro.

Assim, a Lei n. 11.196, de 2005 incluiu o artigo 28-A na Lei n. 8.987, de 1995, estendendo para todas as concessões públicas a cessão fiduciária de recebíveis⁵¹⁰,

⁵⁰⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 911, de 1969. Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. § 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar. § 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. § 5º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo. § 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. § 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos. § 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior. Art. 8º-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

⁵¹⁰ Além da cessão fiduciária de recebíveis, a Lei n. 11.196, de 2005 ainda instituiu outro mecanismo de garantia, sugerido pelo Ministério do Planejamento e pelo BNDES, para tornar o *project finance* mais seguro para os bancos financiadores das concessionárias de serviço público: trata-se do *step-in rights*, inicialmente previsto apenas para as parcerias público-privadas. A garantia foi estendida agora a todas as concessões públicas, com a nova redação dada ao artigo 27 da Lei n. 8.987/1995 pela Lei n. 11.196/2005, a fim de permitir, caso a concessionária deixe de cumprir seus contratos de financiamento, que os bancos financiadores assumam o seu controle, de modo a sanear suas finanças e garantir a continuidade da prestação dos serviços. Veja-se o dispositivo: "Art. 27. (...) § 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. § 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o

como mecanismo de garantia, com o escopo de tornar mais seguros os financiamentos concedidos às concessionárias de serviço. A permissão apenas se aplicava aos casos de parcerias público-privadas regidas pela Lei n. 11.079, de 2004 (Lei das PPPs).⁵¹¹ A cessão fiduciária ficou assim regulada na Lei n. 8.987, de 1995:

Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as seguintes condições:

I - o contrato de cessão dos créditos deverá ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos para ter eficácia perante terceiros;

II - sem prejuízo do disposto no inciso I do caput deste artigo, a cessão do crédito não terá eficácia em relação ao Poder Público concedente senão quando for este formalmente notificado;

III - os créditos futuros cedidos nos termos deste artigo serão constituídos sob a titularidade do mutuante, independentemente de qualquer formalidade adicional;

IV - o mutuante poderá indicar instituição financeira para efetuar a cobrança e receber os pagamentos dos créditos cedidos ou permitir que a concessionária o faça, na qualidade de representante e depositária;

V - na hipótese de ter sido indicada instituição financeira, conforme previsto no inciso IV do caput deste artigo, fica a concessionária obrigada a apresentar a essa os créditos para cobrança;

VI - os pagamentos dos créditos cedidos deverão ser depositados pela concessionária ou pela instituição encarregada da cobrança em conta corrente bancária vinculada ao contrato de mútuo;

VII - a instituição financeira depositária deverá transferir os valores recebidos ao mutuante à medida que as obrigações do contrato de mútuo tornarem-se exigíveis; e

VIII - o contrato de cessão disporá sobre a devolução à concessionária dos recursos excedentes, sendo vedada a retenção do saldo após o adimplemento integral do contrato.

A alienação e a cessão fiduciária são, portanto, institutos que sofreram evolução legislativa nos últimos anos, sendo espécies do gênero negócio fiduciário

poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo. § 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente."

⁵¹¹ A análise da utilização da cessão fiduciária nos contratos de concessões públicas não constitui objeto da presente investigação, porém, apenas de forma comparativa, esclareça-se que muitos dos investimentos desenvolvidos pelas concessionárias de serviço público são realizados em bens públicos, tais como rodovias e ferrovias e que pertencem, portanto, ao Estado, e não podem ser dados em garantia. Para viabilizar os investimentos, o novo mecanismo de garantia, a cessão fiduciária de créditos, incide sobre a receita da concessionária. Isto é, as concessionárias de serviço público são autorizadas a oferecer parcela de sua receita operacional futura como garantia para financiamentos de longo prazo, devendo, para tanto, ceder esses créditos ao financiador em caráter fiduciário.

ou fidúcia⁵¹², cujo objeto pode consistir em bens fungíveis ou infungíveis, corpóreos ou incorpóreos.

5.3.3 O endosso-fiduciário e a recuperação judicial de empresas

O endosso é uma declaração cambiária unilateral, abstrata, formal, sucessiva e eventual, que transfere o título de crédito à ordem e a titularidade ou não do crédito nele representado. Lançado no verso do título, exprime-se pela simples assinatura do endossante (endosso em branco) ou acompanhando do nome do favorecido ou endossatário (endosso em preto). No endosso em branco o título circula ao portador.

O endosso de título *não à ordem* tem efeitos de cessão de crédito, e, como tal, deixa o endossatário passível da argüição de exceções pessoais por parte do devedor principal, em conformidade com o artigo 294 do Código Civil. Deve-se observar aqui que o endosso não se confunde com a cessão de crédito. O endosso é ato unilateral de vontade, privativo dos títulos de crédito, importando na transferência de direito autônomo, protegendo-se o endossatário da eventual argüição de exceções pessoais, ao passo que a cessão de crédito, instrumento de contratual bilateral de transmissão das obrigações no Direito Civil⁵¹³, onde o cedente transfere ao cessionário o seu direito, ou seja, um direito derivado, e não um direito autônomo ou um documento que representa um direito como é o caso do título de crédito.

O endosso próprio ou translativo transfere a titularidade do crédito ao endossatário (endosso pleno e endosso-fiduciário); ao contrário do endosso impróprio (endosso-mandato e endosso-caução ou pignoratício) que apenas confere ao endossatário poderes para cobrança da cártula ou a coloca como garantia (penhor).

⁵¹² Para Canuto, “A fidúcia é um instituto jurídico que exige, porque nelas se sustenta, a lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, pois a elas correspondem a boa fé e confiança depositadas pela outra parte, o fiduciante, tendo a sua origem no direito romano, que a criou na Lei das XII Tábuas.” (CANUTO, Elza Maria Alves. *Alienação fiduciária de bem móvel: responsabilidade do avalista*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 84).

⁵¹³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 2002. Artigo 294.

Já o endosso-fiduciário⁵¹⁴, núcleo das operações de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, passou a integrar indubitavelmente o ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei n. 0.931, de 2004, que acrescentou o artigo 66-B, § 3º à Lei n. 4728, de 1965, nos seguintes termos:

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplência ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Segundo Souza Francisco Brasil,

Com o advento da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, o legislador trouxe de forma explícita o endosso fiduciário.

A citada Lei alterou a seção XIV da Lei n. 4.728/65 e disciplinou a alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. O artigo 66-B inserido na Lei n. 4.728/65, estabeleceu a possibilidade de cessão fiduciária sobre o título de crédito.

Assim, salvo prova em contrário, a posse direta e indireta do título será atribuída ao credor endossatário-fiduciário, que recebeu o título em garantia e poderá valer-se dos institutos cambiários contra o devedor cambiário, para satisfazer seu crédito frente ao devedor endossante-fiduciário.

Mas, a utilização dos institutos cambiários pelo endossatário-fiduciário somente se observará após a mora ou indimplemento do endossante-fiduciário, na obrigação garantida. A impontualidade deve ser comprovada, v. g., mediante protesto do contrato fiduciário inadimplido. Anexa-se o referido contrato protestado ao título de crédito, ou, então, apenas o número do registro do respectivo cartório.⁵¹⁵

Pelo endosso-fiduciário, portanto, transfere-se a propriedade resolúvel dos títulos de crédito ao credor fiduciário (endossatário-fiduciário), até a liquidação da dívida por eles garantida, representada, geralmente, por meio de cédula de crédito bancário e termo de cessão fiduciária de títulos de crédito, devidamente registrados, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros, em

⁵¹⁴ “Em primeiro lugar, deve ser esclarecido que o endosso fiduciário não é modalidade de cessão fiduciária de crédito. Endosso não é cessão.” (FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei n. 9.514/97*. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 19)

⁵¹⁵ BRASIL, Francisco de Paula Eugênio Jardim de Souza Brasil. *Títulos de crédito: o novo Código Civil – questões relativas aos títulos eletrônicos e do agronegócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 148-149.

conformidade com o artigo 42⁵¹⁶ da Lei n. 10.931, de 2004, artigo 1.361 do Código Civil e artigo 129, § 5º da Lei n. 6.015, de 1973.

Assim, o endosso-fiduciário é modalidade de endosso pleno em que a transmissão da propriedade do título ocorre em fidúcia, nas condições do negócio extracartular subjacente de transferência fiduciária da propriedade entre endossante e endossatário. “Perante terceiros, apresenta-se apenas como endosso pleno ou translativo, como de fato ele é.”⁵¹⁷

Antes de o ordenamento jurídico brasileiro contemplar o endosso-fiduciário era freqüente na doutrina a indagação se ele não configurava um *negócio ficto*, como o endosso-mandato dissimulado, oculto ou encoberto⁵¹⁸. Com a edição da Lei n. 10.931, de 2004 tal desconfiança depositada no endosso-fiduciário não mais persiste, e, mesmo antes, Rosa Júnior já havia esclarecido a questão:

Esta espécie de endosso apresenta duas relações jurídicas distintas. Uma, de natureza externa e cambiária, entre o endossatário e o terceiro, pela qual aquele se apresenta como verdadeiro proprietário do título, tanto que exercita, em seu próprio nome, os direitos cambiários e pode, inclusive, transferir a sua propriedade. Por isso, perante terceiro de boa-fé o endosso fiduciário é um endosso normal, pleno, próprio. A outra relação, de natureza interna e extracambiária, ocorre entre endossante e endossatário, formaliza-se em documento separado do título (negócio fiduciário), visando a estabelecer o verdadeiro alcance do endosso dado no título, ou seja, endosso-mandato. Disso resulta que o endossatário deve prestação de contas ao endossante, e falindo o endossatário, o endossante, revelando o

⁵¹⁶ BRASIL. Lei n. 10.931, de 2004. Art. 42. A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei.

⁵¹⁷ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Do endosso-mandato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-julho/2006, n. 142, p. 108-140.

⁵¹⁸ Segundo Adamek, “a doutrina ainda aponta a existência do endosso-mandato dissimulado, oculto ou encoberto (*verdecktes Vollmachtindossament*) – entendido como tal o endosso que se apresenta formalmente como endosso pleno ou translativo, mas que, por efeito de convenções extracartulares, se destina apenas a permitir que o endossatário providencie a cobrança do título.” Na prática comercial é comum a entrega de títulos para cobrança bancária, por meio de endosso pleno. (ADAMEK, Marcelo Vieira von. Do endosso-mandato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-julho/2006, n. 142, p. 130). Segundo Rosa Júnior, a questão sob exame não é meramente acadêmica, “porque, dependendo da solução adotada, os efeitos jurídicos serão distintos. Assim, se prevalecer em relação ao endossante o entendimento de que o ato corresponde a endosso-mandato, o mesmo poderá, no caso de falência do endossatário, reivindicar o título da massa falida, porque é o seu proprietário. Entendendo-se que o ato cambiário traduz endosso próprio, o endossante não poderá pleitear a restituição do título porque ocorreu a transferência da propriedade para o endossatário, que veio a falir. A matéria é também importante para o devedor porque se prevalece o ato como endosso próprio, ele não pode invocar contra o portador de boa-fé as exceções pessoais em relação ao endossante. Mas se for endosso-mandato, o devedor poderá argüir as mencionadas exceções (LUG, art. 18, al. 2ª). Quanto ao endossatário, se prevalecer o endosso-mandato, ele só poderá fazer novo endosso a título de procuração, mas se predominar o endosso próprio, poderá transferir a propriedade do título.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 263).

negócio fiduciário, pode pleitear a restituição do título. O endosso fiduciário não caracteriza fraude à lei e nem consubstancia ânimo doloso para prejudicar terceiros porque baseado na fidúcia. Trata-se de negócio real, desejado pelas partes, e realizado com o propósito de suprir uma lacuna no ordenamento jurídico, e não negócio ficto, com o propósito de suscitar uma ilusão, como ocorre com o negócio simulado.⁵¹⁹

Relembre-se que a cessão fiduciária mercadológica foi contemplada na legislação brasileira pela Lei n. 9.514, de 1997, incidindo sobre direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, como forma de garantia nas operações de financiamento imobiliário.

Por sua vez, a Lei n. 10.931, de 2004 passou a admitir a cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito, como garantia na obtenção de financiamentos junto ao mercado financeiro.

Destaca-se que o devedor não pode invocar contra o endossatário de endosso-fiduciário as exceções fundadas sobre as relações pessoais dele com o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé, em razão dos princípios da literalidade do título de crédito⁵²⁰ e da inoponibilidade das exceções pessoais. Com o inadimplemento da obrigação garantia consolida-se a propriedade resolúvel com o endossatário-fiduciário em razão da natureza de endosso próprio.

No âmbito da recuperação judicial de empresas, o endosso-fiduciário compõe o núcleo das operações de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia. Trata-se de uma modalidade de operação de crédito que voltada, principalmente, às micro e pequenas empresas, as quais, necessitando de capital de giro, emitem cédulas de

⁵¹⁹ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264.

⁵²⁰ “A literalidade do título impõe-se a benefício de terceiros de boa-fé em todos os casos de endossos, inclusive naqueles casos em que, por mero esquecimento, deixou-se de incluir a fórmula restritiva no título. Vale dizer, seja no endosso-mandato encoberto seja no endosso-fiduciário, a posição formal do endossatário é a de pleno legitimado, de tal modo que, se vem a endossá-lo plenamente a terceiro de boa-fé, há a transferência da propriedade, sem que possa o prejudicado pretender argüir o negócio extracartular pra reivindicar o título das mãos daquele que, de boa-fé, o adquiriu de acordo com as regras própria de circulação (CC, art. 896) Para o terceiro de boa-fé, prevalece em seu proveito a forma externa da declaração cartular. Ainda que no plano interno o endossatário não estivesse autorizado a transferir o título, mas apenas agir em cobrança, o terceiro adquirente não terá como aquilatar esta situação do contexto do título e, por isso, não poderá ser prejudicado. Prevalece a especialidade das regras próprias da circulação cartular (CC, art. 896).” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. Do endosso-mandato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abril-julho/2006, n. 142, p. 132).

crédito bancário⁵²¹ em favor das instituições financeiras, garantidas por cessão fiduciária de títulos de crédito, geralmente duplicatas.⁵²²

Ocorrendo a inadimplência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial do devedor, a propriedade resolúvel consolida-se em mãos das instituições financeiras que podem exigir os títulos, em execução própria, diretamente dos demais coobrigados.

Assim, pelo endosso-fiduciário, transmite-se ao endossatário (instituição financeira), *jure proprio* e não *jure cesso*,⁵²³ a propriedade das cártulas dadas em garantia da cédula de crédito bancário. Diante disso, o endossatário pode promover a competente ação de execução contra os coobrigados, livre de oposição de exceções pessoais e sem se sujeitar ao procedimento recuperacional, pois é o legítimo proprietário *ex facie tituli* para os efeitos cambiais.

Destaca-se que a inoponibilidade de exceções pessoais funda-se no fato de que o negócio fiduciário tem plena validade e eficácia perante terceiros, com a sua inscrição no registro competente, não havendo, em razão disso, que se falar em inclusão do crédito na recuperação judicial do devedor fiduciante ou em endosso simulado.

Em síntese, o endossatário-fiduciário torna-se titular do título. “O que diferencia o endosso-fiduciário do endosso-mandato e do endosso-caução é o *pactum fiduciae* característico do primeiro.”⁵²⁴

5.4 A cédula de crédito bancário garantida por termo de cessão fiduciária de títulos de crédito

A viabilização das operações de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia tem o contributo de um importante instrumental, ou seja, a cédula de crédito

⁵²¹ A cédula de crédito bancário encontra-se regulada pela Lei 10.931, de 2004 e será objeto de abordagem posterior.

⁵²² A duplicata encontra-se regulada pela Lei n. 5.474, de 1968.

⁵²³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III, p. 285-286.

⁵²⁴ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514, de 1997. Rio de Janeiro, Aide, 2000, p. 20.

bancário, operacionalmente mais simples e mais eficaz no trâmite judicial, criada em um cenário de elevadas taxas de juros cobradas pelos bancos.

Assim é que, em 1999, o Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central do Brasil, reconhecendo que as taxas de juros brasileiras estavam entre as mais elevadas do mundo realizou um estudo intitulado “Juros e *Spread* Bancário no Brasil”⁵²⁵, com o escopo de diagnosticar o *spread* verificado entre as taxas de juros básicas (de captação) e as taxas finais (custo ao tomador), cobradas nos empréstimos.

Naquela oportunidade, detectou-se que a inadimplência é o custo que mais onera o *spread* bancário⁵²⁶, diante do elevado risco de crédito nas operações de empréstimos.

O risco de crédito tem sido um fator determinante do elevado custo das operações de empréstimo, o que também explica a dificuldade ou mesmo a não concessão de empréstimos pelos bancos. Quando fazem operações de crédito, os bancos querem ter a certeza de receber de volta os valores emprestados, mais os juros pactuados, pois os intermediários financeiros têm obrigações para com os seus depositantes. Como essa certeza não existe, mesmo para clientes de primeira linha, os bancos sempre cobram um adicional a título de risco de crédito, ou seja, um valor associado à probabilidade de não receber o valor emprestado.⁵²⁷

As operações de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial⁵²⁸) foram as que mais chamaram a atenção do Banco Central, em razão das “maiores taxas de juros médias verificadas em todo o conjunto de taxas coletadas pelo BC”,

⁵²⁵ LUNDBERG, Eduardo Luis (coord.). *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília: BACEN, outubro/1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008.

⁵²⁶ A inadimplência significava 35% do *spread* bancário no período de maio a julho de 1999.

⁵²⁷ LUNDBERG, Eduardo Luis (coord.). *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília: BACEN, outubro/1999, p. 8. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008.

⁵²⁸ “A taxa de juros do cheque especial em outubro chegou a 170,8% por ano, maior percentual já registrado desde julho de 2003, quando atingiu 173,9%. Os dados foram divulgados nesta terça-feira pelo Banco Central. Por mês, o brasileiro pagava uma média de 8,76% no cheque especial há cinco anos, ante 8,66% no mês passado. No último dia 13, a Fundação Procon de São Paulo divulgou pesquisa apontando que as taxas mensais do cheque especial haviam atingido 8,96% em outubro e 9,24% em novembro. Os números do Procon diferem dos apresentados pelo BC por se basearem em outra metodologia. Entre as diferenças está a de que os dados do Procon abrangem apenas o município de São Paulo. A alta dos juros, tanto no cheque especial como ao consumidor, contribuiu para uma redução de 3% no total de novas concessões de crédito em outubro. Mesmo assim, o volume total de crédito em operação, que havia tido forte crescimento até o primeiro semestre deste ano, atingiu 40,2% do PIB em outubro e já superou a previsão do BC para o ano inteiro. (...) Com a taxa registrada em outubro, o cheque especial é destaque em cobrança de juros ao consumidor. No crédito pessoal, a taxa de juros mensal foi de 3,85% no décimo mês do ano, enquanto para a aquisição de veículos a taxa foi de 2,48%.” (Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/11/25/ult4294u1931.jhtm>> Acesso em: 01 dez. 2008).

entendendo, contudo, que esse “elevado *spread* cobrado, a rigor, não tem correspondência com o risco de crédito ou com os custos administrativos”.⁵²⁹

A inadimplência, contudo, explicava o *spread* nas operações de cheque especial, principalmente em decorrência de os Tribunais pátrios, em sua maioria, não acolherem ação de execução com base em contratos de abertura de crédito em conta corrente, ou de notas promissórias a eles atreladas, por não trazerem liquidez na sua origem, o que foi consolidado com a edição das súmulas 233 e 258 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

Súmula 233. O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

Súmula 258. A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.

Diante disso, o Banco Central do Brasil e o Governo apresentaram, naquela oportunidade, um conjunto de medidas legais para reduzir os custos e riscos bancários, incluindo a sugestão de aprovação de emenda constitucional para reforma tributária, a fim de contribuir para a diminuição das taxas de juros dos tomadores de empréstimo:

- a) **redução do IOF** – reduzir o impacto do IOF nas operações de crédito, principalmente para os empréstimos para pessoas físicas;
- b) **tratamento da dedução do IR/CSLL sobre provisionamento de créditos** – estudar a viabilidade de maior uniformização dos procedimentos relativos às deduções de despesas com provisionamento de créditos de liquidação duvidosa;
- c) **aperfeiçoamento do sistema de pagamentos** – consolidar legalmente as modificações que o BC vem realizando no sistema;
- d) **criação da Cédula de Crédito Bancário** – disseminar um instrumento operacionalmente mais simples, bem como mais eficaz no trâmite judicial;

⁵²⁹ “Uma das taxas de juros que mais chamam a atenção do Banco Central é a das operações de cheque especial. São as maiores taxas de juros médias verificadas em todo o conjunto de taxas coletadas pelo BC, conforme pode-se ver no gráfico 2. No período maio/julho deste ano, o custo médio cobrado pela rede bancária em operações de cheque especial atingiu 8,90% ao mês, o que significa encargos de 178% ao ano. Considerando a taxa média de captação de CDB do período, o *spread* cobrado pelos bancos foi de 7,30% ao mês, ou 157% ao ano.” (LUNDBERG, Eduardo Luis (coord.). *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília: BACEN, outubro/1999, p. 10. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008)

- e) **separação da discussão judicial de juros e principal** – evitar que devedores de má-fé deixem de pagar o principal devido, alegando problemas com os juros, onerando os bons devedores;
- f) **esclarecimento sobre anatocismo (juros sobre juros) no SFN** – evitar essa alegação jurídica em processos judiciais, esclarecendo que este dispositivo da lei da usura não se aplica ao SFN;
- g) **priorização de créditos garantidos** – modificar a lei de falências visando maior proteção dos credores no recebimento de empréstimos junto a empresas insolventes;
- h) **contrato eletrônico de crédito** – aprovar lei para melhor proteger as partes contratantes em operações transitadas via internet, diminuindo os riscos jurídicos envolvidos;
- i) **aumento de informações dos cadastros de inadimplentes** – ampliar o acesso de informações de devedores inadimplentes de instituições financeiras junto às diversas centrais de proteção ao crédito;
- j) **proteção às centrais de riscos (código de defesa do consumidor e sigilo bancário)** – esclarecer que a negativação de pessoas físicas e jurídicas em cadastros de proteção ao crédito não constitui constrangimento ilegal nem invasão de privacidade;
- k) **aplicabilidade do juízo arbitral** – acompanhar, junto ao STF, a deliberação sobre a aceitação judicial das decisões tomadas através de juízo arbitral, conforme previsto em lei já aprovada.⁵³⁰

Entre as medidas, destacou-se a proposta de criação da cédula de crédito bancário, como “um instrumento operacionalmente mais simples, bem como mais eficaz no trâmite judicial”, diante da morosidade na cobrança do contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial):

d) criação da Cédula de Crédito Bancário - a legislação brasileira admite dois regimes para efeito de execução judicial de dívidas. No âmbito civil, os contratos dependem de prova, o que demanda uma fase de conhecimento, que têm demorado até 4 anos, dado o congestionamento de processos no Judiciário. Com a utilização de títulos de crédito, típicos do direito comercial, a execução judicial independe de prova e da longa demora da fase de conhecimento, o que permitiria reaver créditos em prazos bem mais curtos. Nesse sentido, o BC deve propor a criação das Cédulas de Crédito Bancário, em substituição a atual exigência de contratos das operações de crédito, utilizáveis para os empréstimos e financiamentos com ou sem garantia. Além de redução de custos e uma melhor defesa do consumidor, estes instrumentos poderiam ser mais facilmente exigíveis em processos na Justiça, reduzindo o risco de crédito.

⁵³⁰ LUNDBERG, Eduardo Luis (coord.). *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília: BACEN, outubro/1999, p. 15-168. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008.

Segundo Carlos Henrique Abrão, as súmulas 233 e 258 do Superior Tribunal de Justiça apressaram a criação da *cédula de crédito bancário*, cuja metodologia de nascimento da medida provisória que a criou

visava preencher diversas lacunas, a instabilidade do próprio sistema, a inexistência de elementos voltados para as exigências da cobrança, uma vez que a abertura de crédito, na projeção contratual, nada indicava sedimentando a execução. (...)

Verdadeiramente, a válvula de escape consubstanciou a necessidade da edição da medida provisória a incrementar a atividade bancária e mostrar congruência entre os esforços da liberação do crédito e a recuperação dos valores, nas operações bancárias.⁵³¹

Em decorrência desse cenário, editou-se a Medida Provisória n. 1.925, de 14 de outubro de 1999, regulando a *cédula de crédito bancário*, que, após várias reedições, culminou-se na Lei n. 10.931, de 2004, que, em seus artigos 26 a 43, reformulou e consolidou o novo título de crédito no direito brasileiro.

A *cédula de crédito bancário* surgiu, portanto, a reboque das políticas públicas direcionadas à economia, cuja edição de textos legislativos visam instrumentalizar linhas de crédito, geralmente oficiais, mobilizadas ao atendimento de objetivos governamentais ou da economia brasileira. Frontini expressa isso, identificando a *cédula de crédito bancário* como confirmação de tal regra, o que sintetiza pelas seguintes palavras:

Uma política pública identificada com o primado dos valores financeiros haveria de acrescentar, por via dos instrumentos citados, mais essa marca a assinalar o período histórico que vivemos. De fato, vive-se no Brasil, há alguns anos, uma política econômica cujos traços marcantes localizam-se em vértices financeiros (defesa da moeda, combate à infração como vetor de toda e qualquer ação governamental, preservação do sistema bancário, valorização do mercado como fonte natural das soluções que hão de superar a crise em que o país se debate), do que resulta, como corolário, a preocupação em proteger o credor e o investidor, que aportam capitais a esse mercado e que desejam ser fortalecidos na defesa da recuperação de seus haveres em caso de inadimplência.⁵³²

⁵³¹ ABRÃO, Carlos Henrique. *Cédula de crédito bancário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12-13.

⁵³² FRONTINI, Paulo Salvador. *Cédula de crédito bancário: análise do título de crédito criado pela Medida Provisória 1.925 (DOU 15.10.199 e reedições)*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 2000, n. 119, p. 52-67.

Na expressão de Verçosa, em linguagem figurada, a cédula de crédito bancário se compara com o mais poderoso míssil nuclear dotado de múltiplas e mortais ogivas, tendo sido criada para

favorecer a cobrança de operações de crédito concedidas por instituições financeiras ou entidades a elas equiparadas, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, cuja composição é dada pelo art. 1º da Lei 4.595/64, do qual fazem parte o próprio BACEN, o Banco do Brasil S/A e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social, que, devidamente, poderão valer-se da CCB em suas próprias operações de crédito.⁵³³

A natureza jurídica da cédula de crédito bancário, portanto, é de um título de crédito⁵³⁴ causal, dotado de exeqüibilidade⁵³⁵, representando promessa de pagamento em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta

⁵³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

⁵³⁴ A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, por meio do Reg. Col. N. 5.730/2007, oriunda do processo RJ-2007/11.593 entendeu pela natureza concomitante das cédulas de crédito bancário como valores mobiliários, desde que sejam objeto de oferta pública e a responsabilidade da instituição financeira por seu adimplemento tenha sido expressamente excluída do título. Todavia, equivocadamente o entendimento, pois as CCBs circulam no mercado de crédito e não no mercado de capitais, não estando, portanto, subordinadas ao regime legal dos valores mobiliários e à fiscalização da CVM, mas, sim, pelo Banco Central. Ademais, as CCBs não atendem à exigência do artigo 2º, inciso IX da Lei n. 6.385/1976, já que não se caracterizam como “contratos de investimento coletivo”. “Neste caso é como se alguém tentasse uma fusão entre azeite e água: por mais que o operador agite os dois ingredientes ao final de algum tempo eles permanecem separados, e este efeito se repetirá indefinidamente. Entendemos ter sido esta a situação verificada em relação aos argumentos da CVM no tocante à verificação das CCBs como espécie de valores mobiliários: eles não se fundiram de maneira a formar o conceito buscado.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. As cédulas de crédito bancário (CCBs) como valores mobiliários. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 2006, n. 144, p. 120-127).

⁵³⁵ BRASIL. Lei n. 10.931, de 2004. Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 23ª Câmara de Direito Privado, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.011.347-2, sendo relator o desembargador J. B. Franco de Godoi decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da Lei n. 10.931, de 2004, diante da afronta ao art. 7º caput e inciso I, II e III da Lei Complementar 95, de 1998, pois desprovida de um único objeto, específico âmbito de aplicação, afinidade, pertinência e conexão das matérias por ela tratadas. A questão, contudo, ainda demanda uma evolução pretoriana, até uma solução de consenso jurisprudencial. Todavia, fica aqui registrado o importante aresto: “EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Cédula de crédito bancário hipotecária – Título representativo de dívidas anteriores – Ausência de título executivo extrajudicial – Lei 10.931/04 que instituiu a cédula de crédito bancário viola os termos da Lei Complementar 95/98 – Hierarquia da lei complementar que determina a forma de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis sobre qualquer lei ordinária – Invalidez da lei afastando a possibilidade de caracterização deste título como executivo – Anulação da execução ‘ab initio’ – Análise prejudicada.”

corrente⁵³⁶, de emissão de pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

A cédula pode ser ainda emitida em moeda estrangeira, desde que em favor de instituição domiciliada no exterior, devendo a obrigação, contudo, sujeitar-se exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

Processualmente, a cédula é título executivo extrajudicial, nela podendo ser pactuado:

a) os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

b) os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

c) os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

d) os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

e) quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, real ou fidejussória, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

f) as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

g) a obrigação de o credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria cédula de crédito bancário, observado o disposto no § 2º da lei de regência;⁵³⁷

⁵³⁶ Segundo Verçosa, a cédula de crédito bancário “assume uma posição peculiar entre os títulos de crédito porque pode caracterizar-se, de acordo com os critérios de sua emissão, como completa ou incompleta, conforme o crédito a ela correspondente seja aquele diretamente referido na cártula ou dependente e elementos externos para sua configuração, a ser devidamente calculado pela instituição financeira favorecida.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Cédula de crédito bancário: endosso sem garantia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abr./jun. de 2006, n. 142, p. 282-287).

⁵³⁷ BRASIL. Lei n. 10.931, de 2004. Art. 28 (...) § 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que: I - os cálculos realizados deverão

h) outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

Para Verçosa, a cédula de crédito bancário é dotada de cartularidade, literalidade, autonomia, causalidade e dependência:

Causalidade porque necessariamente originada de uma determinada operação de crédito. Dependência porque está vinculada ao fato de que elementos externos à cédula a integrarão nos direitos e obrigações nela mencionados.⁵³⁸

Adverta-se, contudo, que a *dependência* mencionada pelo comercialista paulista se trata, na realidade, de requisito formal para a validade do título, consubstanciado, quando necessário, nos extratos da conta corrente ou na planilha de cálculo para demonstrar o valor exigido.

Obviamente que a cédula de crédito bancário, como título de crédito, obedece aos princípios do direito cambiário, como abordados no capítulo 2, principalmente a autonomia e a independência das obrigações cambiais, o que inclusive reconhece a Lei n. 10.931, de 2004, ao determinar, em seu artigo 44, a aplicação subsidiária da legislação cambial, dispensando, inclusive, o protesto para garantir o direito de cobrança contra endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores.⁵³⁹

De outro lado, a legislação de regência elenca, em seu artigo 29, os requisitos essenciais para a emissão da cédula de crédito bancário, cuja ausência leva à sua descaracterização como título de crédito. São eles:

a) a denominação *Cédula de Crédito Bancário*;

evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

⁵³⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

⁵³⁹ BRASIL. Lei n. 10.931, de 2004. Art. 44. Aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que não contrariar o disposto nesta Lei, a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir o direito de cobrança contra endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores.

b) a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

c) a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

d) o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

e) a data e o lugar de sua emissão; e

f) a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.⁵⁴⁰

Observa-se que a legislação reforça a cartularidade da cédula de crédito bancário, na medida em que determina a sua emissão por escrito, em tantas vias quantas forem as partes que nela intervierem, assinadas pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via. Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão "não negociável".

Ademais, a cédula poderá ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no *caput*, passando esse documento a integrar a cédula para todos os fins. Segundo Verçosa, tal previsão não é a ideal, pois fragiliza os princípios cambiários, pois

não recorreu o legislador, no caso da CCB, ao instituto cambial do *alongamento ou anexo*, que se presta especialmente, nos títulos de crédito, a receber endossos que não caibam no seu espaço original (Decreto 57.663, de 24.1.1966, art. 13). O objetivo do alongamento está na proteção dos princípios da cartularidade, literalidade e autonomia, impedindo-se que direitos cambiários encontrem-se dispostos fora do título, para o fim de serem impedidos problemas relativos ao seu conteúdo e alcance, especialmente em favor de terceiros de boa-fé.

Assim sendo, a solução adotada para a CCB não é a ideal, podendo ser entrevistados grandes problemas jurídicos nas áreas acima citadas, como já

⁵⁴⁰ FRONTINI repudia tal requisito pelo fato de que acentua o emprego da chamada *cláusula-mandato*, tão combatida nas relações de consumo, em razão de sua abusividade ou potestatividade pura. Para o autor, "não se mostra aconselhável que concepção legislativa exposta a tão graves críticas seja desse modo incorporada definitivamente ao Direito Positivo." (FRONTINI, Paulo Salvador. Cédula de crédito bancário: análise do título de crédito criado pela Medida Provisória 1.925 (DOU 15.10.199 e reedições). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 2000, n. 119, p. 52-67).

tem ocorrido com relação ao recibo das duplicatas, feito em outro documento que não a própria cártula.⁵⁴¹

Por sua vez, Frontini entende que a norma de regência acentuou o princípio da cartularidade da cédula de crédito bancário, sendo incompatível com a forma escritural, tratando-se, por outro lado, de uma *cartularidade instrumental complexa*, pois a *promessa cartular*

fica, também, integrada, se necessário, por planilha de cálculo feito pelo credor, e/ou extrato de conta corrente elaborado por este (...)
Ademais, a cédula poderá ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no diploma (art. 4º, § 4º), 'passando esse documento a integrar a cédula par todos os fins'.
Trata-se, como se vê, de algo que se pode designar como cartularidade instrumental complexa (com obrigações múltiplas, inclusive por parte do credor), variável (admite aditamentos e retificação), bilateral ('pactuação') e fisicamente desdobrável em instrumento separado.
(...) há que se ver uma figura híbrida, que extrapola o padrão tradicional dos títulos de crédito, inclusive das cédulas de crédito já existentes.⁵⁴²

Ainda, a cédula de crédito bancário admite *protesto por indicação*⁵⁴³ e *protesto parcial*. O primeiro, na ausência de apresentação do título ao Tabelionato de Protesto de Títulos, desde que o credor apresente *declaração de posse* da sua única via negociável, aplicando, por analogia o disposto no artigo 21, § 3º da Lei n. 9.492, de 1997 (Lei de Protesto); o segundo, quando a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, estiver demonstrado por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, documentos esses que integrarão a cédula e servirão para lavrar o protesto ou na hipótese de pagamentos parciais.

⁵⁴¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

⁵⁴² FRONTINI, Paulo Salvador. Cédula de crédito bancário: análise do título de crédito criado pela Medida Provisória 1.925 (DOU 15.10.199 e reedições). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 2000, n. 119, p. 52-67.

⁵⁴³ O protesto por indicação é de utilização corriqueira no regime das duplicatas, regulado pelo artigo 13, § 1º da Lei n. 5.474, de 1968. O protesto por indicação só "se aplica à duplicata e quando o sacado retiver a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, como previsto na Lei n.º 9.492/97 (§ 3º do art. 21), na Lei de Duplicatas (§ 1º do art. 13) e estava também previsto no Decreto n. 2.044, de 1908." (COSTA, Wille Duarte, *Títulos de crédito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 235)

No tocante à circulação, a cédula de crédito bancário, como título de crédito que pode conter *cláusula à ordem*, será transferível mediante endosso em preto⁵⁴⁴, ao qual se aplicarão no que couberem as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na cédula.

A Lei n. 10.931, de 2004 faculta ainda às instituições financeiras, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a emissão emitir título representativo das cédulas de crédito bancário por elas mantidas em depósito, do qual constarão: o local e a data da emissão; o nome e a qualificação do depositante das cédulas de crédito bancário;

- a) a denominação *Certificado de Cédulas de Crédito Bancário*;
- b) a especificação das cédulas depositadas, o nome dos seus emitentes e o valor, o lugar e a data do pagamento do crédito por elas incorporado;
- c) o nome da instituição emitente;
- d) a declaração de que a instituição financeira, na qualidade e com as responsabilidades de depositária e mandatária do titular do certificado, promoverá a cobrança das cédulas de crédito bancário, e de que as cédulas depositadas, assim como o produto da cobrança do seu principal e encargos, somente serão entregues ao titular do certificado, contra apresentação deste;
- e) o lugar da entrega do objeto do depósito;
- f) e a remuneração devida à instituição financeira pelo depósito das cédulas objeto da emissão do certificado, se convencionada.

Segundo Frontini, a possibilidade de emissão de Certificado de Cédula de Crédito Bancário, lastreado nas cédulas de crédito bancário em poder da instituição

⁵⁴⁴ Não existe, também, óbice legal para a circulação da cédula de crédito bancário por meio de *endosso sem garantia*, nos termos do artigo 15 do Decreto n. 57.666, de 1963, aplicável à cédula por força do artigo 44 da Lei n. 10.931, de 2004. “Havendo lei especial sobre a CCB, conforme visto acima, o tratamento do seu endosso a terceiro pode perfeitamente ser feito sem garantia por parte da instituição financeira originalmente credora e que o transfere a um terceiro interessado. (...) a responsabilidade da instituição financeira em operação desta natureza somente poderia ser configurada se, em dado caso concreto, viesse a ser provado que a operação de crédito lastreadora da CCB não paga foi celebrada sem atendimento” dos parâmetros de segurança estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Cédula de crédito bancário: endosso sem garantia. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abr./jun. de 2006, n. 142, p. 282-287)

financeira, foi um dos motivos que impulsionou a criação do novo título de crédito, pois o *Certificado* permite

repassar ao mercado o valor dos créditos concedidos e documentados em cédulas, recompondo o capital de giro das instituições financeiras e alavancando suas operações. Há, aí, uma opção por riscos de mercado, mas essa questão deve ser estudada e resolvida no âmbito econômico, pelas autoridades da área e respectivos interessados.⁵⁴⁵

É certo que a instituição financeira responde pela origem e autenticidade das cédulas de crédito bancário depositadas, nos termos do inciso IX da Resolução n. 1.559, de 1988, com a nova redação dada pela Resolução 3.258, de 2005, ambas do Conselho Monetário Nacional.⁵⁴⁶

Emitido o certificado, as cédulas de crédito bancário e as importâncias recebidas pela instituição financeira a título de pagamento do principal e de encargos não poderão ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão, ou qualquer outro embaraço que impeça a sua entrega ao titular do certificado, mas este poderá ser objeto de penhora, ou de qualquer medida cautelar por obrigação do seu titular.⁵⁴⁷

O certificado poderá ser emitido sob a forma escritural⁵⁴⁸, sendo regido, no que for aplicável, pelo contido nos artigos 34 e 35 da Lei n. 6.404, de 1976.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ FRONTINI, Paulo Salvador. Cédula de crédito bancário: análise do título de crédito criado pela Medida Provisória 1.925 (DOU 15.10.199 e reedições). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 2000, n. 119, p. 52-67.

⁵⁴⁶ BRASIL. Resolução n. 1.559, de 1988 do Conselho Monetário Nacional. IX - É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; b) renovar empréstimos com a incorporação de juros e encargos de transação anterior, ressalvados os casos de composição de créditos de difícil ou duvidosa liquidação; c) admitir saques além dos limites em contas de empréstimos ou a descoberto em contas de depósitos; d) realizar operações com clientes que possuam restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada; e) realizar operações com clientes emitentes de cheques sem a necessária provisão de fundos; e f) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título de crédito adequado, representativo da dívida.

⁵⁴⁷ Trata-se de *imunidade patrimonial*, técnica conhecida do direito brasileiro, adotada, de forma similar, no tocante ao conhecimento de depósito e ao *warrant*, consoante previsão do artigo 17 do Decreto 1.102, de 1903: "Emitidos os títulos de que trata o art. 15, os gêneros e mercadorias não poderão sofrer embargos, penhora, seqüestro ou qualquer outro embaraço que prejudique a sua livre e plena disposição, salvo nos casos do art. 27."

⁵⁴⁸ Note-se que a Lei n. 10.931, de 2004 prevê a emissão escritural apenas do certificado, ao passo que a cédula de crédito bancário deverá ser sempre emitida por escrito, em conformidade com o seu artigo 29, § 2º.

⁵⁴⁹ BRASIL. Lei n. 6.404, de 1976. Art. 34. O estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados. § 1º No caso de alteração estatutária, a conversão em ação escritural depende da apresentação e do cancelamento do respectivo certificado em circulação. § 2º Somente as instituições financeiras

O certificado poderá ser transferido mediante endosso ou termo de transferência, se escritural, devendo, em qualquer caso, a transferência ser datada e assinada pelo seu titular ou mandatário com poderes especiais e averbada junto à instituição financeira emitente, no prazo máximo de dois dias. As despesas e os encargos decorrentes da transferência e averbação do certificado serão suportados pelo endossatário ou cessionário, salvo convenção em contrário.

No tocante ao regime de garantia, tem-se a facultatividade de emissão da cédula de crédito bancário com garantia real ou fidejussória, constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

A constituição da garantia poderá ser feita na própria cédula ou em documento separado, neste caso, fazendo-se menção a tal circunstância na própria cédula. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação. A descrição e individualização do bem constitutivo da garantia poderão ser substituídas pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a cédula de crédito bancário para todos os fins.

A garantia da obrigação abrangerá, além do bem principal constitutivo da garantia, todos os seus acessórios, benfeitorias de qualquer espécie, valorizações a qualquer título, frutos e qualquer bem vinculado ao bem principal por acessão física, intelectual, industrial ou natural.

O credor poderá averbar, no órgão competente para o registro do bem constitutivo da garantia, a existência de qualquer outro bem por ela abrangido. Até a efetiva liquidação da obrigação garantida, os bens abrangidos pela garantia não

autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários podem manter serviços de ações escriturais. § 3º A companhia responde pelas perdas e danos causados aos interessados por erros ou irregularidades no serviço de ações escriturais, sem prejuízo do eventual direito de regresso contra a instituição depositária. Art. 35. A propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações, aberta em nome do acionista nos livros da instituição depositária. § 1º A transferência da ação escritural opera-se pelo lançamento efetuado pela instituição depositária em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista de ordem escrita do alienante, ou de autorização ou ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição. § 2º A instituição depositária fornecerá ao acionista extrato da conta de depósito das ações escriturais, sempre que solicitado, ao término de todo mês em que for movimentada e, ainda que não haja movimentação, ao menos uma vez por ano. § 3º O estatuto pode autorizar a instituição depositária a cobrar do acionista o custo do serviço de transferência da propriedade das ações escriturais, observados os limites máximos fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

poderão, sem prévia autorização escrita do credor, ser alterados, retirados, deslocados ou destruídos, nem poderão ter sua destinação modificada, exceto quando a garantia for constituída por semoventes ou por veículos, automotores ou não, e a remoção ou o deslocamento desses bens for inerente à atividade do emitente da cédula de crédito bancário, ou do terceiro prestador da garantia.

Os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula de *constituto possessório*⁵⁵⁰, caso em que as partes deverão especificar o local em que o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida.

O emitente e, se for o caso, o terceiro prestador da garantia responderão solidariamente pela guarda e conservação do bem constitutivo da garantia, inclusive os representantes da pessoa jurídica, quando a garantia for por esta prestada.

O credor poderá exigir que o bem constitutivo da garantia seja coberto por seguro até a efetiva liquidação da obrigação garantida, em que o credor será indicado como exclusivo beneficiário da apólice securitária e estará autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida. O credor poderá ainda exigir a substituição ou o reforço da garantia, em caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor.

Se o bem constitutivo da garantia for desapropriado, ou se for danificado ou perecer por fato imputável a terceiro, o credor sub-rogar-se-á no direito à indenização devida pelo expropriante ou pelo terceiro causador do dano, até o montante necessário para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

O credor notificará por escrito o emitente e, se for o caso, o terceiro garantidor, para que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

Por fim, a validade e eficácia da cédula de crédito bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, principalmente a cessão fiduciária de títulos de crédito, ficam sujeitas, a fim de surtir efeitos contra terceiros,

⁵⁵⁰ *Constituto possessório* é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome passa a possuir em nome de outrem. Pelo *constituto possessório*, a posse desdobra-se em duas: o possuidor antigo, que tinha posse plena e unificada, se converte em possuidor direto, enquanto o novo proprietário se investe na posse indireta, em virtude de convenção, pois a cláusula *constituti* não se presume. Aplica-se tanto aos bens móveis quanto aos imóveis. Quem pactua referida cláusula, embora conservando a posse, age como representante do adquirente. Ex.: o proprietário aliena sua casa, mas através da cláusula *constituti* permanece, ainda, na casa, passando a ser o possuidor direto.

aos registros ou averbações previstos na Lei n. 6.015, de 1973, Lei n. 9.514, de 1997, artigo 1.361 do Código Civil, bem como o artigo 42 da Lei n. 10.931, de 2004.

Esclarece Verçosa que a eficácia da cédula de crédito bancário independe de qualquer registro, porém “as garantias reais, por ela instituídas, ficam sujeitas aos registros e averbações legais, para o fim de valerem contra terceiros.”⁵⁵¹

E isso é assim para a garantia fiduciária, especificamente no que toca à cessão fiduciária de títulos e crédito, ou seja, na forma prevista no artigo 66-B, § 3º da Lei n. 4.278, de 1965, o emitente da cédula de crédito bancário transfere fiduciariamente à instituição financeira a totalidade ou parte dos créditos representados pelos títulos de crédito, cedularmente.

Pode ocorrer também que o devedor fiduciante – e emitente da cédula de crédito bancário –, celebre com o credor fiduciário um termo de constituição de garantia representada por cessão fiduciária de créditos ou títulos de crédito. Em tal hipótese, insere-se no termo uma cláusula de vinculação à operação de crédito, representada pela cédula de crédito bancário, descrevendo e individualizando a garantia. O termo ou instrumento particular de garantia poderá ainda conter as seguintes cláusulas, entre outras:

a) o compromisso de o devedor fiduciário proceder ao registro do termo, perante o órgão competente, ficando estabelecido que, para a plena validade da garantia constituída, bastará o registro perante o Registro de Títulos e Documentos da Comarca que foi definida como a praça de pagamento da cédula de crédito bancário vinculada;

b) o devedor fiduciante não poderá retirar, substituir ou receber qualquer importância decorrente do título de crédito, endossado fiduciariamente, utilizando o credor fiduciário de tais valores exclusivamente para amortizar ou liquidar as obrigações de pagamento, expressas na cédula de crédito bancário, independente de autorização do devedor fiduciante, isso até a liquidação total da obrigação principal garantida;

c) a faculdade de o credor fiduciário, no caso de a garantia deixar de se realizar, nos moldes convencionados, ocorrer a diminuição do valor, ou sempre que lhe parecer conveniente, exigir outras garantias reais, em substituição ou reforço,

⁵⁵¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

sob pena de poder considerar antecipadamente vencida a dívida garantida, e desde logo exigível todo o seu crédito;

d) estipulação de vencimento antecipado da dívida garantida, se o devedor fiduciante deixar de efetuar o pagamento de qualquer quantia devida ou deixar de cumprir qualquer obrigação decorrente da cédula de crédito bancário garantida, no tempo e modo convencionados;

e) possibilidade de, ocorrendo o inadimplemento ou mora no cumprimento das obrigações assumidas na cédula de crédito bancário, o credor fiduciário, como possuidor legitimado dos títulos de crédito, realizar a garantia, utilizando tanto os recursos já existentes, como aqueles que venham a ser creditados, independentemente de leilão, hasta pública, ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, aplicando-os no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes, fazendo jus o devedor fiduciante ao saldo que porventura se verificar. Se, pelo contrário, o preço obtido não bastar para a liquidação do débito, o devedor fiduciante continuará obrigado a pagar a quantia faltante;

Segundo Vasconcelos,

A transferência do direito desempenha aqui a função de garantia de uma outra obrigação. Cumprida esta, o papel que a titularidade do direito na esfera do fiduciário desempenha esgota-se, e este deverá ser retransmitido. Se o devedor/fiduciante não cumprir, como já observamos, o credor/fiduciário poderá então liquidar o direito fiduciário para se satisfazer com o montante assim obtido.⁵⁵²

Conclui-se, pois, que as instituições financeiras foram contempladas com um título de crédito com enorme força econômica, diminuindo os *spreads* diante as garantias que o cercam. Em razão disso, espera-se, assim, que seja produzido o efeito da redução dos juros nas operações realizadas por meio das cédulas de crédito bancário.⁵⁵³

⁵⁵² VASCONCELOS, Luís Miguel Delgado Paredes Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 152.

⁵⁵³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

5.5 Os efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação judicial de empresas

Não obstante a previsão de que todos os créditos existentes na data do pedido sujeitam-se à recuperação judicial, existem alguns credores que, em razão do *princípio da redução do custo do crédito*⁵⁵⁴ voltado para preservação das garantias, receberam tratamento diverso pelo legislador, em conformidade com o artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101, de 2005.⁵⁵⁵ São eles:

- a) proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis;
- b) arrendador mercantil;
- c) proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias;
- d) credor decorrente de contrato de venda com reserva de domínio;

Tais créditos, portanto, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre o bem e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão de cento e oitenta dias, previsto no § 4º do artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Ao término do prazo de cento e oitenta dias, contudo, restabelece-se o direito de os credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. Segundo Marzagão,

⁵⁵⁴ O *princípio da redução do custo do crédito no Brasil* consta expressamente no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003, oriundo do PL n. 4.376, de 1993, que originaram a Lei n. 11.101, de 2005, nos seguintes termos: “é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.” (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 343-383).

⁵⁵⁵ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Diante dos efeitos gravosos resultantes da retirada antecipada de bens do estabelecimento empresarial, louvável a preocupação do legislador na tentativa de manter a empresa em funcionamento, protegendo as instalações, maquinário e equipamentos do devedor em recuperação judicial, pelo menos nos primeiros seis meses em que o mesmo se encontra em fase inicial de recuperação judicial, sem prejuízo das garantias contratuais.

Encerrado o período de suspensão, todos os direitos relativos à propriedade serão restituídos plenamente aos seus titulares e não estando eles sujeitos à recuperação judicial recomenda-se que o plano aprovado preveja o pagamento negociado com esses credores em condições satisfatórias, sob pena de submeter o devedor à execução específica dos contratos, exercendo o direito de retirada dos bens e inviabilizando a empresa.⁵⁵⁶

A inspiração do legislador para a exclusão de tais credores específicos do âmbito da recuperação judicial decorreu do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social⁵⁵⁷, além, é claro, da redução dos *spreads*, resultando na diminuição dos juros e fomento do crédito. Como diz Andrey,

Em todos os negócios mencionados no artigo (*sic*) 3º, todavia, os respectivos credores são *proprietários* do bem que os garante, razão pela qual a lei optou por excluí-los da sujeição ao plano sob pena de enfraquecimento da garantia e, conseqüentemente, do aumento do risco do negócio com inevitável influência nas taxas de juros (*spreads*).⁵⁵⁸

Destaca-se que os credores cujos créditos tenham sido constituídos posteriormente ao ingresso do devedor com o pedido de recuperação judicial estão excluídos dos efeitos desta, tendo o legislador apenas os reclassificados, para considerá-los extraconcursais na eventual falência do devedor, caso os credores tenham dado continuidade às relações contratuais, conforme previsto no artigo 67 da Lei n. 11.101, de 2005.⁵⁵⁹ Trata-se de um incentivo criado pelo legislador. “Se

⁵⁵⁶ MARZAGÃO, Lidia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.71-118.

⁵⁵⁷ Conforme parecer do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.370.

⁵⁵⁸ ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. In: LUCÇA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 210-237.

⁵⁵⁹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 2005. Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.”⁵⁶⁰

No âmbito da presente investigação, foca-se a análise da posição do credor titular da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis na recuperação judicial da empresa, mais especificamente ao crédito garantido por cessão fiduciária de títulos de crédito⁵⁶¹. Estaria ele sujeito ou não aos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante?

Consoante análise anterior, a cessão fiduciária de títulos de crédito foi instituída pelo artigo 66-B, parágrafo 3º da Lei de Mercado de Capitais, na redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004, que passou a admitir a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito. Veja-se a íntegra do texto legal:

Seção XIV
Alienação Fiduciária em Garantia no
Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais
(Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2o, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997.

⁵⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação e empresas* (Lei n. 11.101 de 9-2-2005). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

⁵⁶¹ Garantia conhecida no meio empresarial como *trava bancária*.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Com isso, o sistema legal brasileiro passou a contar com duas espécies do gênero "negócio fiduciário": 1) a alienação fiduciária de coisa, que pode ser móvel ou imóvel, e 2) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito.

Assim, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contempla as seguintes modalidades, sob a rubrica de *propriedade fiduciária*:

1) *alienação fiduciária*: a) de bens móveis infungíveis (Código Civil); b) bens móveis fungíveis (Lei de Mercado de Capitais); c) de bens imóveis, bens enfitêuticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e a propriedade superficiária (Lei n. 9.514, de 1997); d) de ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (Lei n. 6.404, de 1976); e) de aeronaves e embarcações (Decreto-lei n. 413, de 1969, Lei n. 7.565, de 1986 e Lei n. 7.652, de 1988);

2) *titularidade fiduciária*: a) cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (Lei de Mercado de Capitais); b) regime fiduciário sobre créditos ou recebíveis imobiliários (Lei n. 9.514, de 1997); c) cessão fiduciária de crédito para fomento da construção civil (Lei n. 4.864, de 1965 e Decreto-lei n. 70, de 1966); d) cessão fiduciária de recebíveis para financiamentos concedidos às concessionárias de serviço (Leis n. 8.987, de 1995 e 11.079, de 2004).

É inquestionável, portanto, que a *alienação fiduciária* e a *cessão fiduciária* são modalidades de negócio fiduciário de constituição de *propriedade fiduciária*, preferindo-se, por técnica jurídica, quando se tratar de cessão fiduciária de direitos, falar-se em *titularidade* de direitos, deixando o termo *propriedade* para quando a garantia incidir sobre bens móveis ou imóveis, como adverte César Fiuza:

A transmissão dos bens implica a transmissão do direito de propriedade sobre eles. Ocorre que, dentre os bens que podem ser objeto do negócio fiduciário estão direitos como, por exemplo, direitos patrimoniais de autor. Em nossa técnica jurídica, não se fala em propriedade de direitos, mas em titularidade. Dessarte, a transmissão fiduciária importa a transferência do domínio ou da titularidade sobre uma ou mais coisas e/ou direitos (...)

E, foi justamente assim que a Lei n. 11.101, de 2005 incluiu a figura da cessão fiduciária em garantia de títulos de crédito no rol das exceções à regra da sujeição à recuperação judicial, ou seja, como modalidades de negócio fiduciário de constituição da *propriedade fiduciária* referida em seu artigo 49, § 3º.

A realidade é que, direcionando-se o foco ao direito cambiário, tem-se a importante instituição da cessão fiduciária de títulos de crédito pelo artigo 66-B, § 3º da Lei de Mercado de Capitais, na redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004, tratando-se de espécie do gênero negócio fiduciário para a constituição da propriedade fiduciária em sentido *lato* (propriedade fiduciária em sentido estrito e titularidade fiduciária).

Assim, pela cessão fiduciária cria-se uma *titularidade* fiduciária, ficando os créditos objeto da fidúcia excluídos do patrimônio do devedor-fiduciante tão logo seja averbado o contrato no registro competente.⁵⁶²

O título de crédito, por sua vez, possui a natureza de coisa móvel e, como tal, é passível de constituir objeto de garantia fiduciária, pois a Lei de Mercado de Capitais admite a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.

Rachel Sztajn sintetiza estas idéias na seguinte passagem:

Dizer que título de crédito é coisa móvel resulta de aperfeiçoamento e generalizações ocorridos ao longo do tempo, sendo a desvinculação da relação jurídica que lhe dá origem, talvez, a mais relevante nesse processo. Facilita a rápida realização do direito mencionado no documento que se transfere com facilidade, garantindo-se ao cessionário ou portador legitimado, a segurança de que seu direito não estará preso a exceções que poderiam atingir a sua própria existência.⁵⁶³

Arreda-se, assim, eventual argumento de que o artigo 1361 do Código Civil permite apenas que na alienação fiduciária o credor venha a assumir a condição de proprietário fiduciário sobre a coisa móvel infungível, e não sobre o direito/crédito.

⁵⁶² CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 325-326.

⁵⁶³ SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/ 2002, n. 128, p. 33-40.

Todavia, o Código Civil, em seus artigos 1361 a 1368-A, constitui um sistema fiduciário mobiliário geral, o qual convive, lado a lado, com o sistema especial mercadológico-financeiro, regulado, principalmente, pelas Leis n. 4.864, de 1965 (bens móveis) e n. 9.514, de 1997 (bem imóvel), dentre outras. Tal é a orientação do próprio artigo 1.368-A do Código Civil, que delimita o seu alcance:

As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

É de se observar que o Código Civil se refere às espécies *de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária*, que compõem, por sua vez, a propriedade fiduciária em sentido *lato*. A primeira – propriedade fiduciária em sentido estrito – incidente sobre coisa (bem móvel ou imóvel); e a segunda – titularidade fiduciária – incidente sobre direitos/créditos.

Não resta dúvida, portanto, de que alienação fiduciária e cessão fiduciária mesmo sendo institutos regulados distintamente pelo legislador brasileiro, em ambas as modalidades o credor passa à condição de *proprietário fiduciário*, pois a transmissão fiduciária importa a transferência do domínio ou da titularidade sobre uma ou mais coisas e/ou direitos.

A propósito, o próprio parágrafo 3º do artigo 68-B da Lei n. 4.728, de 1965, ao admitir a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, refere-se a:

- a) *posse* direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária;
- b) ou *posse* do título representativo do direito ou do crédito (p. ex. título de crédito);
- c) podendo o credor, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, vender a terceiros o bem objeto da *propriedade fiduciária*.

Nota-se, assim, que ao fazer referência a propriedade fiduciária, o dispositivo da Lei de Mercado de Capitais o faz de forma genérica ou em sentido *lato*, englobando tanto a alienação fiduciária quanto a cessão fiduciária.

Então, se a legislação prevê a existência dessas duas modalidades de negócio fiduciário (alienação fiduciária e cessão fiduciária), pela mesma razão a

exceção prevista pela Lei de Recuperação de Empresas, em seu artigo 49, § 3º, contempla ambas as espécies.

Excluir da recuperação judicial apenas e tão somente o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, depõe contra os princípios cardeais dos títulos de crédito, da autonomia privada e da eficiência econômica, não tendo agido com acerto a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 030089000142, realizado em 24 de junho de 2008, sendo relator o desembargador Jorge Góes Coutinho, ao assim decidir:

EMENTA: PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.

1. A redação do artigo 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis.

3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expresse pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação judicial, o que não é o caso.

Totalmente equivocada a decisão do tribunal capixaba. Primeiro, porque evidente que o título de crédito tem natureza jurídica de bem móvel; segundo, porque o apego literal ao texto da lei – como se o direito a ele se resumisse – fez com que o tribunal cometesse o equívoco de arredar a cessão fiduciária da definição ampla de propriedade fiduciária; terceiro, porque não se mostra eficiente do ponto de vista coletivo, criando externalidade negativa⁵⁶⁴ e, certamente, prejudicando o mercado creditício e aumentando os *spreads* com a fragilização da garantia da cessão fiduciária de títulos de crédito.

Ancorando-se nas lições sempre balizadas de Carlos Maximiliano, “o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o

⁵⁶⁴ Segundo Rodrigues, “Do ponto de vista económico, as externalidades são importantes porque levam a que a defesa do interesse individual possa conduzir a decisões que, do ponto de vista colectivo, não são eficientes. O agente económico que provoca uma externalidade negativa recebe a totalidade dos benefícios da sua actividade mas impõe parte dos respectivos custos a outros membros da sociedade.” (RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41).

objetivo para o qual a mesma foi feita”⁵⁶⁵, ou seja, *redução do custo do crédito* pelo respeito às garantias dos credores.

É certo que a cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária que tem por objeto títulos de crédito perfaz-se de forma segura e eficiente a mobilização, circulação e titularidade do direito creditório, uma vez que os princípios da autonomia e independência das obrigações cambiais permitem ao *credor-endossatário-fiduciário* exercer o seu direito contra os coobrigados, não sendo contra ele oponíveis as exceções pessoais que o devedor direto dos títulos eventualmente tivesse com o *devedor-endossante-fiduciante* em recuperação judicial.

Tal efeito, aliás, decorre da circulação dos títulos de crédito em garantia por meio do endosso-fiduciário, o qual, com a inadimplência do *devedor-endossante-fiduciante*, consolida a titularidade do crédito para permitir ao portador legitimado exercer plenamente os direitos emergentes dos títulos em face dos coobrigados, nos termos da garantia constituída na cédula de crédito bancário.

Em outras palavras, ao ser emitida a cédula de crédito bancário com a cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia cedularmente constituída, o *devedor-endossante-fiduciante*, por meio do endosso-fiduciário, transmite a propriedade dos títulos de crédito ao *credor-endossatário-fiduciário*, constituindo-se em favor deste uma propriedade resolúvel, ao passo que o *devedor-endossante-fiduciante* é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e poderá tornar-se novamente titular da propriedade plena dos títulos ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto da cédula de crédito bancário.

Ademais, o *credor-endossatário-fiduciário*, por força do mencionado parágrafo § 3º do artigo 49, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá realizar a garantia (no caso os títulos de crédito), exigindo-os dos coobrigados (endossantes, avalistas e aceitantes) por meio de ação própria, a qual não se sujeita à suspensão prevista no *caput* do artigo 6º da Lei n. 11.101, de 2005, diante dos princípios da autonomia e independência das obrigações cambiais.

Igualmente, não se aplica ao *credor-endossatário-fiduciário* a exigência de manter em *conta vinculada* os valores eventualmente recebidos com a realização da garantia. Tal hipótese, prevista no § 5º do mesmo artigo 49 da Lei n. 11.101, de

⁵⁶⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 152.

2005 aplica-se somente a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, quando se tratar de “crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários”. Nesse sentido, decidiu a 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.222.504-8, sendo relator o desembargador Cyro Bonilha,

Anote-se, por fim, que não se aplica ao caso em tela o disposto no § 5º, do art. 49, da Lei n. 11.101/05, regra que se refere a crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários. O penhor (garantia real sobre coisa alheia) não se confunde com alienação fiduciária.⁵⁶⁶

Como o credor titular da posição de proprietário fiduciário, incluindo, como se disse, a alienação fiduciária e a cessão fiduciária, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial descabe falar em depósito do valor referente à garantia em *conta vinculada*; ao contrário, ocorrendo inadimplemento ou mora da obrigação garantida, o *credor-endossatário-fiduciário* deverá portar-se na forma do § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965, isto é, poderá realizar a garantia fiduciária, devendo aplicar o preço no pagamento do seu crédito e eventuais despesas, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. A exclusão da vedação de *pacto comissório* do sistema fiduciário mercadológico-financeiro viabiliza e ampara tal atitude do credor.

E, mesmo que se entendesse pelo depósito da quantia referente à realização da garantia fiduciária em *conta vinculada*, a partir da interpretação da expressão “crédito garantido por direito creditórios” (conforme artigo 49, § 5º da Lei n. 11.101, de 2005) como “crédito garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios”, ainda assim o credor fiduciário estaria excluído da recuperação judicial, pois poderia após o prazo de cento e oitenta dias de suspensão, previsto no artigo 6º, § 4º da Lei n. 11.101, 2005, levantar a quantia em seu favor na forma do § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento n. 540.384-4/4-00, assim ementado:

⁵⁶⁶ Em sentido contrário, entendendo que os créditos provenientes da cessão fiduciária devem ser depositados em conta vinculada, nos termos do artigo 49, § 5º da Lei n. 11.101, de 2005, deve-se conferir o Agravo de Instrumento n. 541.816-4/4-00, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator o desembargador José Araldo da Costa Telles.

Recuperação Judicial. Cessão fiduciária de créditos. Credor não sujeito aos efeitos da recuperação. Hipótese, entretanto, de depósito das quantias recebidas em conta vinculada no período de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/05.

Recuperação judicial. Depósito em conta vinculada que não significa depósito em conta judicial. Manutenção do valor sob responsabilidade do credor, desde que com atualização monetária e juros das cadernetas de poupança. Recurso parcialmente provido.

Ainda, para embasar tal entendimento, pode-se também reconhecer que a cessão fiduciária de títulos de crédito é espécie de propriedade fiduciária de bem móvel, pela própria natureza de bem móvel das cédulas, cujos favorecidos, portanto, encontram-se excluídos dos efeitos da recuperação judicial.

Deve-se destacar, contudo, que para os efeitos da exclusão pretendida, a formalização da garantia fiduciária constituída pela cédula de crédito bancário deve seguir as determinações previstas na legislação aplicável, ou seja, registrando-se o negócio fiduciário cedularmente constituído no Registro de Títulos e Documentos, conforme determina o artigo 1361 do Código Civil, o artigo 129, § 5º da Lei n. 6.015, de 1973, bem como o artigo 42 da Lei n. 10.931, de 2004, a fim de surtir efeitos contra terceiros.⁵⁶⁷

Não registradas as cédulas de crédito bancário, portanto, inexistente a propriedade fiduciária, não se abrindo ensejo à aplicação da norma excludente prevista no artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101, de 2005.

A propósito, o registro da cédula de crédito bancário na forma mencionada confere ainda maior garantia ao endosso-fiduciário que não é objeto de declaração cambial específica na cédula, bastando simples assinatura do endossante, pois se trata de modalidade de endosso pleno. Em tal situação, a publicidade da garantia fiduciária revelada pelo registro afasta eventual alegação no sentido de caracterizá-lo como endosso simulado.

Seguindo a linha de raciocínio pela exclusão da cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia da recuperação judicial, faz ainda mais sentido quando se constata que o legislador estabeleceu que na alienação de bem objeto de garantia

⁵⁶⁷ Nesse sentido, confira-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO PARA EFETIVAÇÃO DA GARANTIA REAL. Não tendo sido registrado o contrato no Registro de Títulos e Documentos, não podem as cédulas de crédito bancário serem havidas como propriedade fiduciária perante os demais credores da recuperanda.” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI n. 524.879-4/6-00, relator desembargador José Roberto Lino Machado, j. 28.05.2008).

real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Os contratos, portanto, não podem e não devem ser rompidos por conta da recuperação judicial e de forma unilateral, principalmente no tocante ao regime de garantias. Assim, posta em vigor a Lei n. 11.101, de 2005, o resultado final é o de tornar imune à recuperação os credores na posição de titulares de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, com preconizado pelo seu artigo 49, § 3º, os quais, diga-se de passagem, não têm direito a voto na Assembléia-Geral de Credor – não obstante possam participar dos conclaves sem ingerência – mas, caso queiram, podem aderir ao plano de recuperação, como diz Bezerra Filho,

a Lei, ao dizer que tais créditos não se submetem à recuperação judicial, mesmo assim não proibiu a inclusão deles no plano. Se houver – embora extremamente improvável – anuência do credor, esses valores podem ser incluídos na decisão que concede a recuperação na forma do art. 58, se houver concordância do credor.⁵⁶⁸

Em suma, a cessão fiduciária de títulos de créditos em garantia é expressamente prevista no § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965, sendo certo que, mediante endosso-fiduciário, transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel dos títulos, com as aplicação de todos os princípios do direito cambiário, desde que ao pacto *fiduciae* seja dado publicidade mediante competente registro, nos termos da legislação aplicável à espécie, já mencionada.

Por fim, destaca-se que, na hipótese de falência do devedor fiduciante e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos objetos da cessão fiduciária, ficará assegurada ao credor fiduciário a restituição na forma dos artigos 85 a 93 da Lei n. 11.101, de 2005, como autorizam os artigos 66-B, § 4º da Lei n. 4.728⁵⁶⁹, de 1965 e 20 da Lei n. 9.514, de 1997⁵⁷⁰. Efetivada a restituição, poderá o credor fiduciário realizar a garantia mediante ação própria, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

⁵⁶⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

⁵⁶⁹ BRASIL. Lei n. 4.728, de 1965. Art. 66-B (...) § 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

⁵⁷⁰ BRASIL. Lei n. 9.514, de 1997. Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente. Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Destarte, o regime brasileiro de recuperação da empresa deve ser palco da busca pela preservação da unidade produtiva viável, equilibrando os interesses do devedor e de seus credores em um ambiente de eficiência econômica e respeito à autonomia privada, orientado por três premissas desafiadoras: primeiro, pela recuperação da empresa viável em crise, em razão da sua função social e estímulo à atividade econômica, atendendo aos postulados da eficiência econômica e autonomia privada, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito⁵⁷¹; segundo, por uma falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis; terceiro, pelo equilíbrio entre os interesses do devedor e de seus credores, respeitando-se o sistema de garantias creditícias.

⁵⁷¹ Especificamente os princípios da Ordem Econômica e Financeira, previstos no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

6 CONCLUSÃO

Após a análise da evolução do direito comercial ao direito empresarial; da autonomização dos títulos de crédito, de suas declarações cambiárias e de seus princípios cardiais; do sistema de insolvência empresarial e da eficiência econômica; da dogmática da recuperação judicial do direito brasileiro; e da propriedade fiduciária na recuperação judicial de empresas, que contou com a introdução das Diretivas da União Européia, responderam-se as questões atinentes ao tema proposto, chegando-se às principais conclusões que podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

1. O Código Civil de 2002 não conseguiu ser o palco da pretendida unificação do direito privado brasileiro. Longe disso, apenas tratou de regular a nova parte geral do Direito Empresarial, reconhecendo a sua autonomia com o retorno da concepção subjetivista voltada agora para a tutela do empresário individual e das sociedades empresárias.
2. Revela-se a empresa como importante fator de desenvolvimento econômico-social, atendendo a interesses gerais da comunidade, mantendo e criando empregos, utilizando e desenvolvendo a poupança, satisfazendo as necessidades dos consumidores, desempenhando, assim, importante função social e estimulando a atividade econômica.
3. A importância dos títulos de crédito na vida econômica moderna autoriza a criação e articulação de um sistema eficiente, autônomo, fundado em forte base principiológica, para assegurar garantia e satisfação dos direitos das pessoas que deles se valem em seus negócios jurídicos.
4. Referir-se à cartularidade, literalidade e autonomia como “princípios” é mais adequado, levando-se em consideração que se constituem verdadeiros comandos normativos da teoria geral dos títulos de crédito, servindo como alicerce de todo o instituto.

5. O título de crédito deve obedecer ao princípio da tipicidade, sendo regulado por lei específica que lhe dite os requisitos essenciais para a sua existência e validade jurídica, observando os demais princípios que o regem, a fim de resguardar e dar eficácia aos ajustes entre as pessoas que com ele transacionam.
6. A falta de outorga não invalidará o aval, mas configurará sua ineficácia parcial no tocante ao cônjuge que não participou do ato, em conformidade com o princípio da independência das obrigações cambiais (artigo 7º do Decreto 57.663, de 1966 e artigo 13 da Lei 7.357, de 1985). A consequência jurídica, portanto, da ausência de outorga no aval será decidida no plano da eficácia e não no da invalidade, aplicando-se o artigo 3º da Lei n. 4.121, de 1962.
7. O revogado Decreto-lei n. 7.661, de 1945, antiga lei de falências brasileira, se concentrou fundamentalmente no comerciante individual em detrimento da atividade econômica organizada (a empresa); não procedeu à necessária distinção entre empresário e empresa, conforme exemplificado em seus artigos 111 e 140, inciso III; preocupou-se, excessivamente, em regular a situação obrigacional entre devedores e credores, numa disciplina processual exacerbada; apresentou uma indisfarçável finalidade liquidatório-solutória.
8. A Lei de Recuperação de Empresas e Falência brasileira – Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, oriunda do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, encaminhado pelo Poder Executivo, instaurou uma nova ordem jurídica no direito privado pátrio, dissociando, principalmente, a sorte do empresário da sorte da empresa, seguindo o modelo que se propõe designar de *recuperação-saneamento-equilibrada*.
9. A orientação a ser seguida no processo de recuperação da empresa é busca pela preservação da unidade produtiva, permitindo, no mesmo contexto, aos *stakeholders* decidirem quanto aos riscos de inadimplência e moratória. Na falência, contudo, a lógica se inverte, devendo maximizar o valor na alienação dos ativos, buscando o melhor resultado para os interessados, principalmente os credores, conforme orientado pelo artigo 75 da Lei n. 11.101, de 2005.

10. Não se deve preservar a empresa a todo custo, mas buscar uma solução que preserve a autonomia privada do próprio devedor e de seus credores, como fez o legislador lusitano.
11. Deve-se conciliar os modelos de falência-saneamento com a falência-liquidação e adotar a *recuperação-saneamento-equilibrada*. Propõe-se, assim, a eficiência econômica como norte, tanto na recuperação quanto na falência, procurando-se preservar a empresa (unidade produtiva) por meio da maximização do seu valor econômico e da participação efetiva dos credores, em um cenário de equilíbrio dos interesses e respeito à autonomia privada dos interessados.
12. Na economia moderna, a liquidação de uma empresa já não é a melhor forma de maximizar o seu valor. Quando este valor é cada vez mais baseado no *know-how* técnico e de clientes, e não em ativos físicos, a preservação dos recursos humanos e as relações de mercado podem ser cruciais para os credores que querem maximizar o valor de seus créditos, sem contar com os intangíveis.
13. Frustrada a recuperação da atividade produtiva sob a ótica da viabilidade e eficiência, o objetivo do processo de insolvência passar a ser a satisfação, de forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores, com a alienação dos ativos de forma a evitar a sua deterioração. Por isso torna-se importante o fortalecimento do mercado de crédito, analisando-se a recuperação de empresas e falência numa perspectiva de direito e economia.
14. Um sistema de insolvência deve se orientar pela distribuição dos riscos, previsibilidade, tratamento justo e transparência entre os interessados, no âmbito de uma economia de mercado.
15. A recuperação de empresas não se trata de dar uma *segunda oportunidade* ao empresário, pretendendo, a todo custo, dar continuidade a seus negócios em detrimento dos interesses de seus credores. Trata-se, sim, de equilibrar os interesses do devedor com os de seus credores, inclusive os trabalhistas, em um cenário de escolha racional.
16. Uma legislação de insolvência empresarial eficiente impede a depreciação dos ativos, assegurando a preservação da empresa e

garantindo meios de recuperação dos créditos, podendo, inclusive, facilitar o desenvolvimento de mercados de capitais, com a conseqüente diminuição do *spread* bancário.

17. O instituto da recuperação está baseado na constatação de que a reorganização eficaz dos negócios de uma empresa em dificuldade representa uma das principais formas de maximização do valor dos ativos e de proteção aos credores.
18. O processo falimentar impõe custos de transação (deterioração dos ativos, inutilização ou subutilização dos recursos produtivos, custas judiciais, perícias, administrador judicial, comitê de credores, advogados etc.), pois é sempre um processo de distribuição de valor, levando os credores a um jogo semelhante ao do “dilema do prisioneiro”.
19. A nova normatização do direito concursal brasileiro, por si só, não é capaz de mudar o sistema, necessitando da conjunção de outros fatores institucionais, principalmente um Judiciário mais ágil e eficiente, com juízes devidamente preparados para enfrentar essa nova realidade empresarial, atento principalmente ao desenvolvimento econômico.
20. A Lei de Recuperação de Empresas consistiu em um avanço para o Brasil, muito embora não seja uma lei perfeita. Necessário, contudo, que seja bem interpretada na moldura do equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor, recuperando a empresa viável e, se não for possível, maximizando o valor dos ativos em uma liquidação célere e eficiente. Temos uma lei boa e necessitamos de operadores que detenham as habilidades necessárias para aplicá-la em toda a sua plenitude.
21. O juiz não é mero chancelador das decisões da assembleia-geral de credores, podendo, com base no princípio da preservação da empresa, facultar ao devedor a apresentação de novo plano (nota-se: apresentação de novo plano e não concessão da recuperação judicial) caso o primitivo tenha sido rejeitado e não se configurar o *cram down* previsto no artigo 58 da Lei n. 11.101, de 2005, para a concessão direta da recuperação judicial.

22. A determinação positivista prevista no § 4º do artigo 56 da Lei 11.101, de 2005 deve ser examinada com reservas, principalmente em razão da preservação da empresa, princípio norteador do direito empresarial moderno, sem olvidar, é claro, do equilíbrio com o princípio da autonomia privada presente na deliberação dos credores.
23. As exigências legais e os custos operacionais dificultam o acesso das microempresas e das empresas de pequeno porte à recuperação judicial comum ou ordinária, restando-lhes a opção pelo plano especial, o qual, embora com baixos custos de transação, não apresenta efetivas vantagens.
24. A falta de menção expressa à recuperação extrajudicial no artigo 131 da Lei 11.101, de 2005 não constitui óbice à extensão dos efeitos da blindagem jurídica em face de eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia quando o acordo houver sido homologado judicialmente.
25. Os créditos garantidos por penhor sobre títulos crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários não estão excluídos da recuperação judicial, porém as importâncias recebidas pelos credores titulares das garantias somente serão remetidas ao devedor em recuperação caso ele renove ou substitua as garantias, com anuência expressa dos respectivos credores, aplicando-se o referido § 1º do artigo 50 da Lei n. 11.101, de 2005.
26. O artigo 49, § 4º da Lei n. 11.101, de 2005 exclui dos efeitos da recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio a exportação, feito pela instituição financeira ao exportador, tendo em vista as perspectivas de fomento à exportação.
27. Na hipótese de ser decretada a falência do exportador, o agente financiador poderá pedir a restituição da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, oriunda de adiantamento a contrato de câmbio, devendo apenas aguardar a satisfação dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, que serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa, em conformidade com os artigos 86, inciso II

e 151 da Lei n. 11.101, de 2005, não se aplicado a Súmula n. 307 o Superior Tribunal de Justiça.

28. Os débitos fiscais também ficaram de fora da recuperação judicial, não se sujeitando aos efeitos do plano de reestruturação empresarial e sendo contemplados com injustificado privilégio previsto nos artigos 57 da Lei n. 11.101, de 2005 e 191-A do Código Tributário Nacional, que condiciona a concessão da recuperação judicial à prova de quitação dos tributos, o que, certamente, inviabiliza o procedimento e o próprio mercado interno, conflitando com o artigo 219 da Constituição Federal de 1988.
29. Com um sistema de insolvência empresarial desordenado e ineficiente, incluindo a fragilidade e insegurança na execução de garantias, corre-se o risco de agravar as crises econômicas e financeiras, com sérias implicações para o crédito.
30. O funcionamento eficiente do mercado de crédito necessita que as legislações e os seus aplicadores possibilitem a rápida e segura execução de garantias, principalmente aquelas representadas por bens móveis, como os títulos de crédito.
31. O Código Civil considera o título de crédito não apenas como um instrumento ou mero elemento de prova da obrigação nele representada, mas como bem móvel, conforme previsto em seus artigos 83, III e 895.
32. Na execução de dívidas garantidas, devem-se estabelecer métodos eficientes, econômicos e transparentes para fazer valer o direito do credor. Os processos executivos devem prever a realização antecipada de direitos sobre os bens garantidos, concebidos para permitir a máxima valorização do valor dos ativos em função do mercado de crédito. Para isso, o título de crédito apresenta enorme utilidade.
33. “O crédito é a vida dos negócios” e a sua acessibilidade demanda que os direitos das partes, notadamente da concedente, estejam claramente estabelecidos e assegurados por lei, o que possibilita a redução dos juros praticados, a medição dos riscos e o seu gerenciamento nas respectivas operações, principalmente quando

possui um mecanismo de cumprimento eficiente como o título de crédito.

34. A obrigação do avalista, mesmo sendo sócio da pessoa jurídica em recuperação judicial, é diversa relativamente ao credor, conquanto seja responsável solidariamente por seu cumprimento, não se sujeitando aos efeitos do procedimento recuperacional. Trata-se de solidariedade cambial e não de direito comum, a autorizar a execução independente dos sócios avalistas.
35. Na linha similar às diretrizes traçadas para os acordos de garantia financeira adotados pela União Européia, temos no direito brasileiro as figuras de natureza fiduciária, instrumentos céleres e eficientes para salvaguardar os interesses dos credores, diminuindo os *spreads*, principalmente em decorrência do ingresso do devedor em recuperação judicial.
36. A alienação e a cessão fiduciária são institutos que sofreram evolução legislativa nos últimos anos, sendo espécies do gênero negócio fiduciário ou fidúcia, cujo objeto pode consistir em bens fungíveis ou infungíveis, corpóreos ou incorpóreos.
37. O endosso-fiduciário, núcleo das operações de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, passou a integrar indubitavelmente o ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei n. 10.931, de 2004, que acrescentou o artigo 66-B, § 3º à Lei n. 4728, de 1965.
38. Pelo endosso-fiduciário transfere-se a propriedade resolúvel dos títulos de crédito ao credor fiduciário (endossatário-fiduciário), até a liquidação da dívida por eles garantida, representada, geralmente, por meio de cédula de crédito bancário e termo de cessão fiduciária de títulos de crédito, devidamente registrados, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros, em conformidade com o artigo 42 da Lei n. 10.931, de 2004, artigo 1.361 do Código Civil e artigo 129, § 5º da Lei n. 6.015, de 1973.
39. O endosso-fiduciário é modalidade de endosso pleno em que a transmissão da propriedade do título ocorre em fidúcia, nas condições do negócio extracartular subjacente de transferência fiduciária da propriedade entre endossante e endossatário.

40. A viabilização das operações de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia tem o contributo de um importante instrumental, ou seja, a cédula de crédito bancário, operacionalmente mais simples e mais eficaz no trâmite judicial, criada em um cenário de elevadas taxas de juros cobradas pelos bancos.
41. A validade e eficácia da cédula de crédito bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável.
42. Tem-se a importante instituição da cessão fiduciária de títulos de crédito pelo artigo 66-B, § 3º da Lei de Mercado de Capitais, na redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004, tratando-se de espécie do gênero negócio fiduciário para a constituição da propriedade fiduciária em sentido *lato* (que compreende a propriedade fiduciária em sentido estrito e titularidade fiduciária).
43. O título de crédito possui a natureza de coisa móvel e, como tal, é passível de constituir objeto de garantia fiduciária, pois a Lei de Mercado de Capitais admite a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.
44. É de se observar que o Código Civil se refere às espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária, que compõem, por sua vez, a propriedade fiduciária em sentido *lato*. A primeira – propriedade fiduciária em sentido estrito – incidente sobre coisa (bem móvel ou imóvel); e a segunda – titularidade fiduciária – incidente sobre direitos/créditos.
45. Excluir da recuperação judicial apenas e tão somente o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, depõe contra os princípios cardeais dos títulos de crédito, da autonomia privada e da eficiência econômica,
46. A cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária que tem por objeto títulos de crédito perfaz-se de forma segura e eficiente a mobilização, circulação e titularidade do direito creditório, uma vez que os princípios da autonomia e independência das obrigações cambiais permitem ao *credor-endossatário-fiduciário* exercer o seu direito contra

os coobrigados, não sendo contra ele oponíveis as exceções pessoais que o devedor direto dos títulos eventualmente tivesse com o *devedor-endossante-fiduciante* em recuperação judicial.

47. Não se aplica ao *credor-endossatário-fiduciário* a exigência de manter em conta vinculada os valores eventualmente recebidos com a realização da garantia. Tal hipótese, prevista no § 5º do mesmo artigo 49 da Lei n. 11.101, 2005 aplica-se somente a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, quando se tratar de “crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários”.
48. Caso se entendesse pelo depósito da quantia referente à realização da garantia fiduciária em conta vinculada, a partir da interpretação da expressão “crédito garantido por direito creditórios” (conforme artigo 49, § 5º da Lei n. 11.101, de 2005) como “crédito garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios”, ainda assim o credor fiduciário estaria excluído da recuperação judicial, pois poderia, após o prazo de cento e oitenta dias de suspensão, previsto no artigo 6º, § 4º da Lei n. 11.101, 2005, levantar a quantia em seu favor na forma do § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965.
49. Não registradas as cédulas de crédito bancário ou os termos de constituição de garantias a elas vinculados, inexistente a propriedade fiduciária, não se abrindo ensejo à aplicação da norma excludente prevista no artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101, de 2005.
50. Posta em vigor a Lei n. 11.101, de 2005, o resultado final é o de tornar imune à recuperação os credores na posição de titulares de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, como preconizado pelo seu artigo 49, § 3º, os quais, diga-se de passagem, não têm direito a voto na Assembleia-Geral de Credor – não obstante possam participar dos conclaves sem ingerência – mas, caso queiram, podem aderir ao plano de recuperação.
51. Na hipótese de falência do devedor fiduciante, e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos objetos da cessão fiduciária, ficará assegurada ao credor fiduciário a restituição na forma dos artigos 85 a 93 da Lei n. 11.101, de 2005, com autorizam os

artigos 66-B, § 4º da Lei n. 4.728, de 1965 e 20 da Lei n. 9.514, de 1997.

A tese apresentada, em suma, propõe que a cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, expressamente prevista no § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728, de 1965, transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel dos títulos, mediante endosso-fiduciário, com aplicação de todos os princípios do direito cambiário, desde que ao *pacto fiduciae* seja dado publicidade mediante competente registro, ficando, assim, excluída dos efeitos da recuperação judicial da empresa, pela interpretação do artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101, de 2005.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Cédula de crédito bancário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05, p. 163/171. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; LEANDRO, Santos de Aragão (coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Do endosso-mandato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, abril-julho/2006, n. 142, p. 108-140.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Endossos próprios e impróprios, endosso póstumo e circulação imprópria dos títulos de crédito (Código Civil, arts. 919 e 920). **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2006, n. 141, p. 69-95.

AGUIAR, Márcio Luiz. **Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falência**. Florianópolis: Habitus, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA, Amador Paes. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2000, n. 119, p. 236-254.

ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 210-237.

ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; FUNCHAL, Bruno. O impacto econômico da nova lei de falência e recuperação de empresas. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 33.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; SOUZA, Israel Alves Jorge de. A *nova lex mercatoria* e o futuro do direito empresarial brasileiro. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/2006, n. 28, p. 212-220.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Mizuno, 2003.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. Sorocaba-SP: Minelli, 2007.

ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2003, n. 132, p. 203-215.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: RED Livros, 1999.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba-SP: Minelli, 2007, p. 48.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**: introduzione e teoria dell'impresa. Terza edizione. Milano: Giufrè, 1962.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale 41, I, 1943). Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 104, p. 109.

AVELAR, Marcília Duarte Costa de. Irresponsabilidade do endossante no novo Código Civil. **Revista Virtual Faculdades Milton Campos**, ano 1, n. 1. Disponível em: <www.revista.mcampos.br> Acesso em: 15 ag. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. **The End of Bankruptcy**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=359241>> Acesso em: 14 out. 2008.

BANCO MUNDIAL. **Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores**. Disponível em [http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles\(Spanish2001\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles(Spanish2001).pdf). Acesso em 14.10.2008.

BERBERI, Marco Antônio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNANDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2008, ano 6, n. 23, p. 141-157.

BERTOLDI, Marcelo M. Aspectos atuais do contrato de câmbio. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 1999, n. 115, p. 88-103.

BEZERRA FILHO. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico de dois acórdãos, à luz da necessidade de preservação dos princípios cambiários. *In*: PENTEADO, Mauro Rodrigues (coordenador). **Títulos de crédito**: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, 3º e legislação complementar). São Paulo: Editora Walmar, 2004, p. 235.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2002, n. 125, p. 48-57.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de direito comercial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

BORGES, João Eunápio. **Do aval**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRASIL, Francisco de Paula Eugênio Jardim de Souza. **Títulos de crédito: o novo Código Civil – questões relativas aos títulos eletrônicos e do agronegócio**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Código Civil (2002). **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

BRUSCATO, Wilges. Os princípios do Código Civil e o direito de empresa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2005, n. 139, p. 55.

BULGARELLI, Waldírio. **Títulos de crédito**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. **Derechos en Serio**. Tradução de Patrícia Sampaio, Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 28 ag. 2008.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANUTO, Elza Maria Alves. *Alienação fiduciária de bem móvel: responsabilidade do avalista*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Bruno Vaz de. Aval e outorga no casamento e na união estável. *In:*

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 430-465.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. Coimbra: s.n., 1985, p. 40, citado por WALD, Arnoldo. **A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_163/R163-17.pdf> Acesso em: 22 out. 2008,

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo Código Civil. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2003, n. 131, p. 151-184.

CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 325-326.

COASE, Ronald H. **La empresa, el mercado y la ley**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação e empresas** (Lei n. 11.101 de 9-2-2005). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COIMBRA, Márcio Chalegre. **A recuperação de empresa: regimes jurídicos brasileiro e norte-americano**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. **Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvência**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf> Acesso em: 14 out. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Empresa, Estado e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996, n. 732, p. 38-46.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1790.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. **A teoria da empresa**: à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, Werter R. Os títulos de crédito e o Código Civil. **Revista e direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 69-75.

FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, abril-junho/2004, n. 134, p. 48-65.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 12. ed. Roma: UTET Giuridica, 2006.

FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei n. 9.514/97**. Rio de Janeiro, Aide, 2000.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL. **Pour des Procédures D'Insolvabilité Ordonnées et Efficaces**. Département juridique Fonds monétaire international 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>.> Acesso em: 14 out. 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRONTINI, Paulo Salvador. Cédula de crédito bancário: análise do título de crédito criado pela Medida Provisória 1.925 (DOU 15.10.199 e reedições). **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, jul./set. de 2000, n. 119, p. 52-67.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001.

GALGANO, Francesco. Lex mercatoria. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2003, n. 129, p. 226.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOLDBERG, Daniel K. Reflexões sobre a nova lei de falência e recuperação de empresas e sua racionalidade econômica. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: uma visão crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Laurentino. **1808**: com uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 76-88.

GUERRA, Luiz Antônio. **Temas de direito empresarial**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 4ª ed., Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2005.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 23. ed. Tradução de Jaime Larry Benchimol. Petrópolis: Vozes, 2005.

IUDICA, Givanni. **Codice civile**: costituzione leggi collegate trattati EU e CE. 2. ed. Milana: Egea, 2005.

JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2002, n. 128, p. 7-14.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Código de insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

LISBOA, Marcos de Barros *et tal*. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2002, n. 125, p. 29-40.

LOBO, Jorge. As dez regras de ouro dos títulos cambiais. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2000, n. 117, p. 7-15.

LOBO, Jorge. Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência. **Revista Jurídica**. Curitiba: Fonte do Direito, n. 355, maio de 2007, p. 47-57.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69 da Lei n. 11.101, de 2005. *In*: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-172.

LUCCA, Newton de. Uma reflexão inicial. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 5.

LUCCA, Newton de. **Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1979.

LUCENA, Pierre. **Respondendo a uma leitora sobre spread bancário**. Disponível em: <<http://acertodecontas.blog.br/economia/respondendo-a-uma-leitora-sobre-spread-bancario/>> Acesso em: 04 out. 2008.

LUNDBERG, Eduardo Luis (coord.). **Juros e spread bancário no Brasil**. Brasília: BACEN, outubro/1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Dialética, set. 2005, n. 120, p. 69-81.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *In*: TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Glaston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2004.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: títulos de crédito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 3.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 14. ed. Atualizada por Joaquim Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARZAGÃO, Lidia Valério. A recuperação judicial. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.71-118.

MAXIMLIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELO, Cinira Gomes Lima. A limitação da responsabilidade do empresário individual. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, janeiro-março/2005, n. 137, p. 57.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Octávio. **Dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1931.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2 ed. Vol. VII. Livro V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. V, livro III.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, abril-junho/2000, n. 118, p. 7-61.

MIRANDA, Francisco Calvacanti Pontes de. **Tratado de direito cambário**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, v. I.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 245-274.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Tratado de direito empresarial brasileiro**. Campinas: LZN, 2004.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

OPPO, Giorgio. **Princìpi**. Torino: Gianppichelli, 2001.

PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). **Títulos de crédito**: teoria geral e títulos atípicos em face do novo (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, 3º e legislação complementar). São Paulo: Walmar, 2004, Nota Prévia, p. IX-XIII.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. *In*: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. *In*: **Direito civil**: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PONT, Manuel Broseta. **Manuel de derecho mercantil**. 14 ed. V. I. Atualizada por Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>> Acesso em: 22 out. 2008.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. **Direito empresarial**: o estabelecimento e seus aspectos contratuais. São Paulo: Manole, 2006.

QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Recuperação de empresas**: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

REIS JÚNIOR, Nilson. **Aspectos societários das cooperativas**, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, n. 252.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Alienação fiduciária e o fim da prisão civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de crédito**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROBERTO, Giodano Bruno Soares. **Introdução histórica do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direito fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

ROCHA, João Luiz Coelho. Os títulos de crédito e o Código Civil vigente. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2003, n. 132, p. 55-59.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2000, n. 118, p. 94-108.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* 'empresário' no Código Civil de 2002. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/2006, n. 144, p. 7-15.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

SALOMÃO Filho, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SANDOVAL, Guilherme. Solidariedade civil, cambiária e empresarial. *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 403-430.

SCAF, Fernando Campos. **Teoria geral do estabelecimento agrário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHWARTZ, Alan. **A normative theory of business bankruptcy**. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=683273>> Acesso em: 14 out. 2008.

SILVA, De Plácito. **Noções práticas de direito comercial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 1.

SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2007, n. 36, p. 227.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Anchieta da. Projeto de lei de falências e a realidade brasileiro. *In*: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, julho-setembro/2004, n. 135, p. 110-126.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPÍNOLA, André Silva. Gestão das micro e pequenas empresas no Brasil: desafios e perspectivas. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Org.). **Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei**. São Paulo: Person Prentice Hall, 2006, p. 78-83.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, n. 144, p. 221-235.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval no novo Código Civil. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/ 2002, n. 128, p. 33-40.

SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas**: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/2006, n. 25, p. 231-249.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TEBET, Ramez. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n.º 71/2003. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 343-383.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMASEVICIUS FILHO, Marlon. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, abril de 2003, n. 810, p. 33-50.

TOKARS, Fábio. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

VAMPRE, Spencer. **Tratado elementar de direito commercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921, v. 1.

VASCONCELOS, Luís Miguel Delgado Paredes Pestana de. **A cessão de créditos em garantia e a insolvência**: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 152.

VENTURA, Eloy Câmara. **A evolução do crédito da antiguidade aos dias atuais**. Curitiba: Juruá, 2001.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 63-118.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Cédula de crédito bancário: endosso sem garantia. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, abr./jun. de 2006, n. 142, p. 282-287.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A cédula de crédito bancário: Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 1999, n. 116, p. 129-135.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. As cédulas de crédito bancário (CCBs) como valores mobiliários. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, out./dez. de 2006, n. 144, p. 120-127.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003.

WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, abril-junho/95, n.98, p. 51-57.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Org.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.