

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Candido Mendes – UCAM – Faculdade de Direito – Centro, onde também coordena o Curso de Especialização em Direito Empresarial, em nível de pós-graduação. É advogado militante no Estado do Rio de Janeiro, sócio da sociedade de advogados denominada Campinho Advogados e consultor jurídico da Confederação Nacional da Indústria – CNI.

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

O Novo Regime da Insolvência Empresarial

6ª EDIÇÃO

Revista e atualizada

RENOVAR
Rio de Janeiro
2012

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DOS EMPRESÁRIOS
REPRESENTANTES
Respeite o direito autoral

Capítulo 15

ESTADO DE FALÊNCIA

99 — PRESSUPOSTOS

Para instaurar-se o estado de falência, que é um estado de direito, a legislação brasileira reclama a concorrência de três pressupostos: a qualidade de empresário do devedor, o estado de insolvência do empresário — ou o estado de crise econômico-financeira aguda¹⁸⁹ — e a decretação judicial da falência.

Registra-se na doutrina nacional corrente sustentando a ocorrência de mais um elemento ao lado daqueles enunciados: a pluralidade de credores. Para essa vertente, não estará caracterizado o estado de falência ante a verificação da existência de um único credor.

100 — QUALIDADE DE EMPRESÁRIO

Resulta insofismavelmente do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 o sujeito passivo da falência: o empresário. Daí nascer a afirmativa de a falência no Direito brasileiro ser um instituto marcadamente empresarial, diante da adoção de um sistema restritivo.

Empresário, à luz do artigo 966 do Código Civil de 2002, é a pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente — com habitualidade e escopo de lucro — atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços no mercado.

189 Cf. item 109 infra. (conceito de insolvência)

O tema já foi estudado, de forma geral, no capítulo 2 e a ele se retornará em complementação no capítulo 16, focado especificamente na falência.

101 — INSOLVÊNCIA DO EMPRESÁRIO

Existem diversos critérios, adotados por variados sistemas, para determinar o estado de insolvência. Dentre os de maior relevo podemos enunciar: (a) o do estado patrimonial deficitário; (b) o da incapacidade de pagar; (c) o da cessação de pagamentos; (d) o da impontualidade; (e) o da enumeração ou indicação de fatos concretos, precisados em lei.

102 — SISTEMA DO PATRIMÔNIO DEFICITÁRIO

O sistema em apreço propõe uma investigação da condição econômica deficitária do patrimônio do devedor. Traduz-se pela insuficiência patrimonial do empresário, ou seja, o seu patrimônio apresenta-se insuficiente para satisfazer as suas dívidas.

Sampaio de Lacerda¹⁹⁰ demonstrava a efetiva dificuldade na sua adoção, porquanto para que se possa apurar a existência do déficit patrimonial necessário seria, inicialmente, desapossar o devedor, pelo menos, de seus livros empresariais. Igual sentimento exteriorizava nutrir Rubens Requião¹⁹¹, para quem é evidente a dificuldade de comprovação, pelo credor, de tal situação deficitária, tendo ele que, nas palavras do mencionado autor, “ingressar no âmago dos negócios do devedor, inquisitorialmente, para avaliar sua insolvabilidade, comprovando preliminarmente o fato de ser o seu patrimônio, isto é, o seu ativo, insuficiente para cobrir suas dívidas, ou seja, o passivo”.

Na insolvência civil, regulada pelo Código de Processo Civil sob a rubrica da “execução por quantia certa contra devedor insolvente”, verificamos regra consagrada do sistema, fazendo presumir *iuris et de iure* a insolvência quando “as dívidas excederem à im-

190 Ob. cit., p. 44.

191 Ob. cit., v. I, p. 65.

portância dos bens do devedor” (artigo 748), isto é, quando se verifica o déficit patrimonial¹⁹².

103 — SISTEMA DA INCAPACIDADE DE PAGAR

Esse sistema é bastante semelhante ao da cessação de pagamentos. Parte da verificação de um ou alguns fatos que indiquem a incapacidade do devedor de pagar as suas dívidas. Foi adotado na Alemanha¹⁹³ e na Áustria¹⁹⁴, onde a lei declarava como presunção de incapacidade de pagar o fato de o devedor promover a suspensão dos pagamentos.

104 — SISTEMA DA CESSAÇÃO DE PAGAMENTOS

Por intermédio desse sistema, o devedor que faz cessar os pagamentos de suas dívidas demonstra-se insolvente.

Foi agasalhado pelo Código Comercial francês, inspirando a legislação brasileira de 1850. O Código Comercial de 1850, em seu artigo 797, declarava que todo o comerciante que fizesse cessar os seus pagamentos entendia-se falido.

O sistema, por traduzir uma questão de fato, é naturalmente gerador de incertezas, ficando ao sabor das decisões judiciais a sua definição.

Conforme registrava Sampaio de Lacerda¹⁹⁵, a busca, no Direito francês, do verdadeiro sentido do conceito de cessação de pagamentos “trouxe tantas dúvidas que PARDESSUS julgava mais seguro obter a confissão do comerciante para se conhecer o estado de falência, acreditando PIPIA ser um estado de fato complexo, cuja apreciação deve ser deixada ao prudente exame do juiz”.

192 Na insolvência civil adota-se, ainda, o critério da presunção *iuris tantum*, traduzido no artigo 750 do Código de Processo Civil, segundo o qual se presume a insolvência quando o devedor não possuir bens livres e desembaraçados para nomear à penhora, ou quando forem arrestados bens do devedor com fundamento no artigo 813, incisos I, II e III do mesmo diploma processual.

193 Parágrafo 102 da Ordenação de 10 de fevereiro de 1877.

194 Parágrafo 68 da Ordenação de 10 de fevereiro de 1914.

195 Ob. cit., p. 44.

No Brasil, enquanto vigente a Parte Terceira de nosso velho Código Comercial, onde se situava o indigitado artigo 797, não menos tormentoso foi o enfrentamento da questão. A jurisprudência, a final, vinha trilhando o entendimento de que não era suficiente para a decretação da falência a falta de pagamento de uma ou mais obrigações, sendo necessário demonstrar a insolvabilidade do devedor, apreciando-se a situação de seu ativo e passivo. A cessação de pagamento, assim, deveria vir motivada pela insolvabilidade. Mostrava-se como um indício revelador da insolvência, conduzindo, entretanto, à pesquisa da causa que levara o devedor a deixar de pagar.

Abandonou-se, entre nós, esse impreciso sistema o qual, entretanto, ainda se faz presente na legislação de alguns países europeus.

105 — SISTEMA DA IMPONTUALIDADE

Pelo sistema da impontualidade tem-se a caracterização da insolvência como decorrência do não pagamento de uma dívida líquida, isto é, certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto, no respectivo vencimento. Exige-se que o empresário pague pontualmente as suas obrigações. O não pagamento, a fim de afastar o devedor do estado de insolvência, impõe-se seja motivado; deve estar fundado em uma razão juridicamente suficiente que, oposta ao credor, demonstra não haver insolvabilidade.

106 — SISTEMA DA ENUMERAÇÃO OU INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS, PRECISADOS EM LEI

O sistema em questão, conduz a uma indicação, pela lei, de determinadas situações nas quais se encontra o devedor, tradutoras de sua insolvabilidade. A indicação ou enumeração legal, como sustenta Renzo Provinciali¹⁹⁶, traduz manifestações diretas, tácitas e indiretas da insolvência.

A crítica que se apresenta ao sistema arrima-se no fato de que a enumeração, tendo que ser limitativa, pode não ser completa e, por via de consequência, defeituosa.

196 Ob.cit., 5. ed., v. I, p. 278.

107 — SISTEMA ADOTADO PELO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A impontualidade foi adotada como critério para determinar o estado de insolvência, em substituição ao da cessação de pagamento consagrado pelo artigo 797 do Código Comercial de 1850, por meio do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, que revogou a Parte Terceira do mencionado Código.

A enumeração ou indicação legal dos atos falimentares veio a se unir à impontualidade a partir do mesmo Decreto nº 917, recebendo original feição pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que o reformou. Carvalho de Mendonça¹⁹⁷, autor do substitutivo que nela resultou, ressaltava ser preferível uma lei que determine os casos especiais de manifestação da falência, afastando o arbítrio judicial, sempre presente no sistema da cessação de pagamentos, evitando “incertezas e surpresas em matéria importante onde os interesses de muitos se acham comprometidos”. Sustenta deva se optar por “uma legislação de fórmulas à outra de equidade”. Consiste em fazer emergir atos ou fatos certos, pelos quais o procedimento do devedor traduz a sua intenção de prejudicar os credores ou, até mesmo, a par desta ação intencional, revela-se, de forma translúcida, o seu estado ruinoso e a iminente impossibilidade de cumprir as suas obrigações.

O Decreto-Lei nº 7.661/1945 enveredava pela mesma opção dogmática feita pelo Decreto nº 917, de 1890, pela Lei nº 2.024, de 1908, e pelo Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, que a revogou. O conceito vem também consagrado na atual Lei nº 11.101/2005.

A nossa Lei de Recuperação e Falência preferiu adotar um sistema misto: a presunção da insolvência derivada da impontualidade do devedor no pagamento de obrigação líquida, devidamente comprovada pelo protesto do título executivo que a corporifica (artigo 94, inciso I), e, a seu lado, o elenco de atos legalmente enumerados, capazes de exteriorizar a impossibilidade do devedor em cumprir as suas obrigações, sem a verificação, necessariamente, da falta de pagamento (artigo 94, incisos II e III)¹⁹⁸.

197 Ob. cit., v. VII, pp. 198 e 199.

198 A falta de pagamento, em verdade, só irá, necessariamente, se apresentar na

Esses sistemas da impontualidade e da indicação ou enumeração legal, tal qual apropriados pela legislação brasileira, serão objeto de análise em capítulo específico.

108 — INSOLVÊNCIA PRESUMIDA OU CONFESSADA

O estado de insolvência se manifesta pela sua confissão por parte do devedor impontual — insolvência confessada —, nos termos do artigo 105 da Lei de Recuperação e Falência, ou pela sua presunção — insolvência presumida —, decorrente da impontualidade, caracterizada nos termos do artigo 94, inciso I, ou da exteriorização dos atos legalmente enumerados no artigo 94, incisos II e III, todos do mesmo diploma, sem que tenha havido elisão pelo devedor.

Com efeito, a legislação possibilita que o devedor promova a elisão da presunção de insolvência de que se valha o credor para requerer a sua falência. Deixando de fazê-lo, ou malogrando no seu intento, o juiz terá por caracterizado o estado de fato da insolvência, atuando para transformá-lo em estado de direito, a partir da declaração da falência, quando serão extraídos os correspondentes efeitos deste novo status.

A lei brasileira, de certo modo, manteve-se inspirada na orientação adotada pela Lei Federal norte-americana de 1898 (“acts of bankruptcy”) que permite a elisão da falência ante a alegação provada de não se encontrar o devedor insolvente ao tempo em que a ela foi requerida.

109 — CONCEITO DE INSOLVÊNCIA

Conforme se pode com acuidade aferir do direito positivo vigente, a insolvência não é revelada pelo simples fato de o ativo ser inferior ao passivo. Ao revés, pode o ativo ser superior ao passivo e a insolvência encontrar-se caracterizada, fazendo eclodir a decretação da falência. Tanto isso é verdade que a lei contempla a possibilidade de o devedor falido conseguir, pela liquidação de seu patrimônio na falência, promover o pagamento de seus credores, obten-

hipótese do inciso II, do artigo 94. Mas a figura legal não se confunde com a impontualidade, revelando a execução sem garantia como sua causa fundamental (cf. itens 142 e 143 infra).

do, assim, a extinção de suas obrigações por sentença, efeito que, inclusive, propicia o seu retorno à atividade empresarial, se empresário individual (artigos 158, inciso I e 102).

A decantada impotência do ativo para solver o passivo não exige que matematicamente este seja maior que aquele. Pode resultar de circunstâncias nas quais o devedor não tenha como dispor de valores realizáveis, suficientes à solução pontual de suas obrigações.

A situação ou estado de insolvência revela-se por carência de meios próprios e por falta de crédito, de sorte que o empresário se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações. O seu ativo não é capaz de lhe gerar recursos necessários a prontamente solver o seu passivo exigível, muito embora possa ser a este superior.

Dessa forma, podemos dizer que a insolvência, à luz do tratamento que lhe dispensou a lei brasileira, é o estado de fato revelador da incapacidade do ativo do empresário de propiciar-lhe recursos suficientes a pontualmente cumprir as suas obrigações, quer por carência de meios próprios, quer por falta de crédito. Manifesta-se pela efetiva impossibilidade de pagamento pontual de suas dívidas, por ausência de valores prontos e imediatamente realizáveis para esse fim. Seria, para usar a linguagem da legislação, a crise econômico-financeira aguda que, não superada pela vontade dos credores, resultará, inarredavelmente, na decretação da falência.

110 — DECRETAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA

Como já se afirmou, a falência vem a ser um estado de direito. Um estado de direito, porém, que deriva da verificação e reconhecimento de um estado de fato: a insolvência. Ao declarar-se, pela sentença, o preexistente estado de insolvência, passa ele a ser judicialmente qualificado como falência. Pela sentença é que se imprime ao estado de insolvência a sua qualificação de falência, deixando de ser um estado de fato para constituir-se em um estado de direito. Anteriormente à sentença que reconhece e declara a insolvência não existe estado de falência. Esse não se forma senão após a declaração judicial. Com esta, revela-se a crise econômico-financeira não ultrapassada pela recuperação, judicial ou extrajudicial, impossibilitando o empresário de prosseguir em suas atividades.

Sobre o tema, voltaremos à sua abordagem, de modo minucioso, em capítulo próprio.

111 — PLURALIDADE DE CREDORES

Questão intrigante, a qual tem desafiado debates entre os estudiosos que se debruçaram sobre o tema, reside em saber se a pluralidade de credores constitui pressuposto para a configuração do estado de falência. Interessante se mostra a exposição das diversas opiniões abalizadas que se encontram dispostas na doutrina nacional.

Waldemar Ferreira, em suas Instituições de Direito Comercial¹⁹⁹, ao perfilhar os pressupostos do estado de falência, alinhava, entre eles, a existência de “credores, como sujeitos ativos, a serem pagos pelos bens do devedor”. Reafirmava o entendimento em seu Tratado de Direito Comercial²⁰⁰, aduzindo não poder se conceber a falência sem a existência de mais de um credor, ante a sua feição de concurso creditório.

Contrária à idéia da pluralidade como pressuposto para a abertura do concurso creditório falencial, ou mesmo para a sua continuação, chegando a reputar a discussão como perda de tempo, tem-se a posição de Pontes de Miranda²⁰¹, a qual vale aqui transcrever: “Não se pode dizer que a execução forçada coletiva só se inicie com a pluralidade de credores admitidos, nem só, sequer, com a pluralidade de credores declarantes: ela se inicia com a decretação do devedor insolvente ou de cuja insolvência, pelos fatos, se suspeita. De qualquer modo, há título executivo, tanto para a execução forçada singular como para a execução forçada coletiva. A esse título podem juntar-se outros. Se, com a plena cognição, do título único, ou de todos os títulos executivos, se vem afastar a executividade do único ou de todos, então falta qualquer elemento para se prosseguir na execução forçada. Mas já se está em momento posterior àquele em que se esgotou o prazo para as declarações, as impugnações e o relatório do síndico, com o parecer do órgão do Mi-

199 Ob. cit., p. 61.

200 V. XV, 1965, p. 207.

201 Tratado de Direito Privado, v. XXIX, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960, nº 3.393.2.

nistério Público. Assim, é perder-se tempo discutir-se se o pressuposto da pluralidade de títulos, ou de declarantes, é ou não é pressuposto necessário para a abertura do concurso de credores falencial, ou para a continuação do processo concursal”.

Carvalho de Mendonça²⁰² também expunha doutrina favorável à instauração da falência com um só credor, enunciando, assim, sua lição: “Tem-se, porém, sujeitado a essa execução o devedor com um só credor, sob o fundamento de que o estado de falência resulta não do número dos credores, porém, do fato da impossibilidade de pagar. Ao credor não satisfeito pode ser indispensável à falência para revogar atos praticados em seu prejuízo. Negar-lhe este direito, diz-se, é privá-lo da garantia com que contava ao tratar com o devedor. E se o devedor satisfizer todos os seus pequenos credores, deixando sem pagamento o mais importante?”

Rubens Requião²⁰³ partilhava do mesmo entendimento. Eis seu raciocínio: “Sustentamos que a pluralidade de credores não constitui pressuposto necessário para a declaração da falência. Ao receber o juiz o pedido de falência do devedor, apresentado pelo credor, não lhe é dado indagar, no processo pré-falencial que se instaura, o número de credores existentes. Por outro lado, não é conclusiva a verificação da existência de vários credores por ocasião do encerramento do prazo das declarações de créditos fixado na sentença pelo juiz, pois a Lei de Falências admite a apresentação de credores retardatários até o encerramento da falência. Constitui, reconhecemos, uma anomalia um concurso coletivo com um só credor [...] Mas o único credor que se apresente tem o direito subjetivo de defender seu crédito e seus direitos, usando, por exemplo, de ações revocatórias, cuja extensão, veremos, é muito maior do que as ações civis; tem o direito de investigar a existência de crime falimentar, que sem a instauração do estado de falência ser-lhe-ia impossível”.

Comungamos dos mesmos argumentos trazidos à baila por aqueles que repelem a pluralidade de credores como pressuposto para o estado de falência. Temos que seria ela uma característica, uma particularidade deste estado, mas não um pressuposto para

202 Ob. cit., v. VII, pp. 163/164.

203 Ob. cit., v. I, p. 43.

sua configuração, pois não se perfaz em circunstância ou fato tido por lei como antecedente a ele necessário. A lei não autoriza conclusão diversa. O concurso de credores é, portanto, consequência da decretação da falência e não sua causa.

Professamos a orientação de que o fim maior e imediato do instituto falimentar é o de propor providência judicialmente realizável para resolver a situação jurídica de insolvência do devedor empresário. Está vocacionado, na nova lei, a promover a liquidação do patrimônio insolvente, saneando o mercado e assegurando a proteção do crédito. Esse escopo deve ser perseguido e para sua realização se faz desinfluyente a verificação da existência de um ou mais credores, seja para a instauração da falência, seja para o seu prosseguimento, a qual, por certo, adotará, na existência de credor único, rito simplificado, com a superação de diversos atos processuais.

Capítulo 16

DEVEDOR EMPRESÁRIO

112 — EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

No capítulo 2 tratamos da sujeição passiva de forma geral para os institutos da falência, da recuperação judicial e da extrajudicial. Retornamos ao tema numa abordagem específica, analisando os efeitos da decretação de falência em relação ao empresário individual e às sociedades empresárias, complementando o estudo do tema.

Como visto, o empresário individual é pessoa física ou natural que exerce a empresa sob uma firma.

Responderá, na falência, com todas as forças de seu patrimônio capaz de execução, excluídos, tão-somente, os bens impenhoráveis. Isto quer dizer que o empresário individual compromete, no desempenho de sua atividade, não só aqueles bens que integram o seu estabelecimento empresarial, mas também os que se qualificam como “não empresariais”, por não estarem ligados à exploração da empresa. O Direito brasileiro ainda não reconhece a figura do empresário individual de responsabilidade limitada que pressupõe a distinção entre o patrimônio empresarial, isto é, o conjunto de bens de sua titularidade afetado ao exercício da sua empresa, que responderia pelas dívidas dele decorrentes, e o seu patrimônio particular²⁰⁴.

204 Algumas legislações europeias já têm por consagrado o princípio da separação entre o “patrimônio do negócio” do empresário e o seu “patrimônio particular”. Aquele constitui-se em um bem especial, com afetação específica e vai ser-

Capítulo 17
**INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR
EMPRESÁRIO**

126 — VISÃO GERAL

Como tivemos oportunidade de registrar no item 102 supra, o sistema do patrimônio deficitário, revelado por um desequilíbrio entre ativo e passivo, sendo aquele insuficiente para cobrir as dívidas do empresário, vem perdendo, ao longo do tempo, espaço nas legislações para servir de base à configuração da insolvência do devedor.

A Lei nº 11.101/2005, tal qual já o fazia o Decreto-Lei nº 7.661/45, adotando um sistema misto, utiliza-se da impontualidade do devedor e da enumeração legal de atos para gerar a presunção de insolvência. Em nossa Lei de Recuperação e Falência, a insolvência ficta ou presumida estará, necessariamente, em um desses dois sistemas que passamos a abordar de forma específica.

A confissão da falência pelo devedor não tem sido vista pela doutrina²²⁹ como um sistema, pois consistia em uma obrigação legal, um dever, nos termos do artigo 8º da Lei Falimentar revogada. Estruturalmente, a condição de dever permanece na legislação atual (artigo 105), apesar de não existir sanção, como se tinha, no Decreto-Lei nº 7.661/45. Neste, o devedor que não confessasse a sua falência no prazo do artigo 8º ficava impedido de obter a con-

229 Cf. Rubens Requião, ob. cit., v. I, p. 70.

cordata suspensiva (artigo 140, inciso II, e Súmula 190 do Supremo Tribunal Federal, a *contrario sensu*), muito embora a jurisprudência já viesse temperando a exigência.

127 — SISTEMA DA IMPONTUALIDADE

Esse sistema encontra-se insculpido no inciso I, do artigo 94, da Lei nº 11.101/2005 que dispõe: “Art. 94 — Será decretada a falência do devedor que: I — sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”²³⁰.

Conforme se percebe claramente do preceito reproduzido, a impontualidade, capaz de gerar a presunção de insolvência, amparando a pretensão de se requerer e ver decretada a falência do devedor empresário, não é a simples falta de pagamento de uma obrigação. A lei exige, além do vencimento da obrigação, quando, então, passa a ser exigível, a concorrência de certas condições para restar caracterizada, a saber: a) obrigação líquida; b) materializada em título ou títulos executivos protestados; c) soma que ultrapasse o equivalente a quarenta salários-mínimos na data do ajuizamento do pedido; d) inexistência de relevante razão de direito a amparar o não pagamento.

128 — OBRIGAÇÃO LÍQUIDA

A liquidez da obrigação resulta da certeza quanto à sua existência e da determinação de seu objeto. Líquida é a obrigação que não gera dúvida a respeito da existência (*an debeat*) e da quantia devida (*quantum debeat*).

Quando se fala em determinação do valor da dívida, deve-se incluir aquelas situações nas quais a determinabilidade do *quantum debeat* possa ser alcançada por simples operação aritmética. Foram as hipóteses, no passado registradas, de emissão de títulos de

230 Têm-se como antecedente histórico imediato o artigo 1º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, *verbis*: “Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”.

crédito em ORTNs, OTNs e BTNs, enquanto indexada a economia nacional. Tais obrigações não se faziam dependentes de fatos e condições sujeitos à prova para a determinação de seu objeto, sendo o seu respectivo montante verificável por simples cálculo aritmético.

A certeza da existência da obrigação reclama, como princípio geral, título escrito em que se tenha o reconhecimento expresso por parte do devedor, ou, ao menos, a sua assinatura, dispensando-se a concorrência de qualquer outro meio de prova necessário a demonstrá-la²³¹. O conceito de certeza não cede diante da possibilidade de haver sobre a dívida eventual questionamento do devedor. Consoante esclarece Humberto Theodoro Júnior²³², não está a certeza “no plano de vontade ulterior das partes, mas na convicção que o órgão judicial tem de formar diante do documento que lhe é exibido pelo credor”. Basta que, pela simples leitura do título, o juiz possa, *prima facie*, inferir quem são os seus credor e devedor, o montante da prestação e o momento de sua exigibilidade. A outra fórmula admissível de se aferir a existência da obrigação é a que resulta de seu reconhecimento judicial, sendo seu título uma sentença.

O objeto da obrigação líquida deve ser de natureza pecuniária. Contudo, Miranda Valverde²³³, escorado na doutrina de Bonelli, sustentava que a impontualidade deve verificar-se no pagamento de uma obrigação de dar, “cujo objeto há de ser dinheiro ou mercadorias”. Não nos parecia, segundo o regime do Decreto-Lei nº 7.661/45, nem nos parece no sistema atual, correta a afirmação. A obrigação de dar se limita ao objeto dinheiro, a teor do inciso I, do artigo 94 c/c o parágrafo único do artigo 98. Este último preceito é expresso ao prescrever que o devedor poderá elidir a falência com o depósito do “valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios”. A elisão da falência só se dá mediante o depósito da importância reclamada pelo credor, porque a obrigação líquida a ensejar a impontualidade é a de caráter pecuniário. Se assim não o fosse, o preceito contemplaria a consignação da coisa, ou seja, no caso, a mercadoria. Mas

231 Miranda Valverde, *ob. cit.*, v. I, p.28.

232 Curso de Direito Processual Civil, v. II, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 33.

233 *Ob. cit.*, v. I, p. 28.

essa previsão inexistente, justamente porque o objeto da obrigação de dar se limita à prestação em dinheiro.

129 — LETRA DE CÂMBIO NÃO ACEITA

Diante dos princípios legais disciplinadores da impontualidade para fins falimentares, fica evidente não ser possível o requerimento de falência do sacado de uma letra de câmbio. Este é, no conceito do direito cambiário, simples pessoa indicada no título para pagá-lo. Seu vínculo cambial só tem início com o seu aceite, traduzindo o reconhecimento da ordem de pagamento que lhe é dirigida pelo emitente da cártula e a sua obrigação de cumpri-la (Decreto nº 57.663/66, artigo 28). Não há, assim, obrigação líquida em face do sacado e, igualmente, inexistente título que contra ele legitime ação de execução.

130 — DUPLICATA NÃO ACEITA

A rigidez do conceito de obrigação líquida, exigida para fins falimentares, ensejou, no âmbito do Decreto-Lei nº 7.661/45, acalorados debates na doutrina e no seio do próprio Supremo Tribunal Federal, na construção de sua orientação jurisprudencial, no que se refere à possibilidade de a duplicata não aceita constituir-se como título falencial, isto é, como título hábil a embasar pedido de falência contra o sacado.

Interessante se mostra registrar algumas das opiniões abalizadas que emergiram em função da controvérsia.

Hernani Estrella²³⁴ optava pela inaptidão do título, nessas condições, para ensejar pedido de falência do sacado. Assim explanava sua convicção: "A duplicata não assinada não tem, a respeito do sacado, a precisa liquidez, de que fala a Lei de Falências. Dessarte, a força executiva, que lhe confere o Decreto-Lei nº 436, de 27 de janeiro de 1969, não basta para torná-la obrigação líquida, a teor daquela lei. É aqui o momento de lembrar, segundo lição de Miranda Valverde transcrita acima, que não basta ter direito à ação

executiva; é necessário que o título protegido por força de ação seja líquido. E líquido, na acepção do direito substantivo, notadamente para efeitos falimentares, somente pode ser a duplicata aceita pelo comprador, ou tornada líquida através da verificação judicial da respectiva conta. Temos, assim, por inaplicável à falência, no concernente ao sacado, a regra da predita lei de 1969, que outorga ação executiva à duplicata não assinada pelo comprador, nas condições nela mencionadas. Semelhante disposição é de incidência restrita à esfera processual ordinária, com o alcance algum tanto diverso, que nesta se dá às dívidas dotadas de ação executiva".

Rubens Requião²³⁵ filiava-se à corrente oposta, fiel na convicção de que a duplicata, embora sem aceite, seria título hábil à declaração da falência, desde que protestada e acompanhada do documento comprobatório da entrega das mercadorias. A propósito escrevia: "O protesto tirado nestas condições não só lhe dá executividade, mas constitui um suprimento do aceite, por força legal, como sustentamos em nosso Curso de Direito Comercial (nº 470). Ademais, a prova da tradição da mercadoria para as mãos do comprador demonstra a execução do contrato de compra e venda de mercadorias e, através da exibição dessa prova oficial pública do protesto, que a transcreve no instrumento público, supre o aceite, tornando-o um título executivo extrajudicial, ou seja, um título de dívida líquida capaz de fundamentar o procedimento executório e o pedido de falência, que, na realidade, como já estudamos, constitui também um processo de execução coletiva".

A excelência dos argumentos chegou ao Supremo Tribunal Federal, à época instância máxima também em matéria de direito infraconstitucional. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 75.543-SP²³⁶, pelo Tribunal Pleno, a Corte Suprema enunciou: "A duplicata não aceita, ainda que protestada e acompanhada do comprovante da entrega da mercadoria, não constitui título hábil para o requerimento de falência. Inexistência de obrigação líquida".

Posteriormente a posição foi revista, consoante se pode inferir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.407-SP²³⁷, no qual

235 Ob. cit., v. I, p. 74.

236 Julgamento em 21.11.1973, acórdão por maioria, Rel. Min. Bilac Pinto, vencidos os Min. Rodrigues Alckmin e Antônio Neder.

237 Julgamento em 09.03.1977, acórdão por maioria, Rel. Min. Cunha Peixoto,

234 *Duplicata não aceita é título inábil para decretação de falência*, Revista Forense nº 237/14.

se declarou: “Duplicata sem aceite e devidamente protestada, acompanhada de prova da entrega da mercadoria, é título hábil para a execução, como para o requerimento de falência”.

Com o advento da Lei nº 6.458, de 1º de novembro de 1977, que acrescentou o § 3º ao artigo 1º da Lei Falimentar de 1945, a controvérsia, ao menos quanto à duplicata de venda mercantil, teve seu termo. O preceito vinha assim redigido: “Para os efeitos desta Lei, considera-se obrigação líquida, legitimando o pedido de falência, a constante dos títulos executivos extrajudiciais mencionados no art. 15 da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968”.

Neste diapasão, pacificou-se a possibilidade de a duplicata ou a triplicata sem aceite servir de lastro ao requerimento de falência do sacado, desde que protestada, acompanhada da prova da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, por escrito, em declaração que acompanhe o título restituído ao credor, dentro do prazo de dez dias de sua apresentação para o aceite; ou, ainda, no caso de não devolução do título, contanto que protestada por indicação do portador ou do seu apresentante, com a mesma prova da entrega da mercadoria (Lei nº 5.474/68, artigo 15, inciso II e § 2º).

Mas, em face da deficiência que se pôde verificar na redação da regra acima reproduzida, a dúvida permaneceu em relação à duplicata de prestação de serviços.

Algumas decisões negavam-lhe a condição de título apto a embasar pedido de quebra, sob o pálio de que o indigitado § 3º somente se referia à liquidez da duplicata comercial, por ser este o título referenciado no artigo 15 da Lei nº 5.474/68.

Desse modo decidiu a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²³⁸: “A duplicata para prestação de serviços não é título hábil para a decretação da falência. O art. 15 da Lei nº 5.474/68, só se refere às duplicatas de venda mercantil. As duplicatas de prestação de serviço só se acham previstas, na lei específica no art. 20, estando assim expressamente excluídas do efeito de fundamentar falência”.

vencidos os Min. Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy da Rocha.

238 Apelação Cível nº 4.745/88, julgamento em 26/09/89, decisão unânime.

Diante da divergência jurisprudencial estabelecida, a questão acabou por chegar ao enfrentamento do Superior Tribunal de Justiça, que dirimiu a dúvida, editando a Súmula nº 248, assim enunciada: “Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência”.

A orientação é a que sempre nos pareceu adequada. De há muito sustentávamos não se poder emprestar à exegese do § 3º, do artigo 1º do Decreto-Lei nº 7.661/45 interpretação literal. A interpretação sistemática e racional é a que se impunha. Com efeito, o § 3º, do artigo 20 da Lei nº 5.474/68 manda aplicar à duplicata ou triplicata de serviços, com as devidas adaptações, as disposições referentes à duplicata ou triplicata de venda mercantil. Desse modo, aplica-se-lhe o artigo 15, apenas com uma leitura adequada à natureza do título. Ao invés de se ter que exibir documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, ter-se-á que apresentar o documento hábil a comprovar a efetiva prestação dos serviços. Dentro dessa visão, não se podia ter hesitação em afirmar constituir a duplicata de serviços não aceita título falencial, desde que protestada, acompanhada de documento comprobatório da prestação de serviços e do vínculo contratual que o autorizou e não tivesse o sacado, por razões escritas, em declaração que acompanhe o título devolvido ao credor no interregno de dez dias de sua apresentação ao aceite, comprovadamente o recusado. Na hipótese de não devolução do título pelo sacado, o protesto deveria, como deverá, ser feito por indicação do portador ou do apresentante e, neste caso, supre não só o aceite, mas também o próprio título (§ 2º, do artigo 15 da Lei das Duplicatas).

Faz-se mister não perder de vista a necessidade de serem exibidos pelo requerente não só o instrumento do protesto e o documento de prova da efetiva prestação de serviços, mas também a comprovação do vínculo contratual que a autorizou. Embora o enunciado da Súmula 248 a esta prova não faça referência, a mesma se impõe por exigência do § 3º, do artigo 20 da Lei das Duplicatas, sem o que a duplicata não terá liquidez e eficácia executiva.

Apesar de a Lei nº 11.101/2005 não reproduzir dispositivo semelhante ao do § 3º, do artigo 1º da lei revogada, não nos parece deva a controvérsia ressuscitar. Obedecidas às condições acima dispostas, tanto na duplicata de venda mercantil, quanto na de prestação de serviços, passam os títulos a ter liquidez necessária a

embasar pedido de falência, reunindo todos os atributos de um título executivo.

131 — A DENOMINADA DUPLICATA VIRTUAL

Inicialmente, cumpre-nos asseverar não sermos contrários ou antipáticos à idéia do registro do crédito em meio magnético ou eletrônico, abrandando-se o princípio da cartularidade, um dos fundamentos erigidos por Vivante, ao lado da literalidade e da autonomia, para formular a sua conceituação sobre os títulos de crédito.

A desmaterialização, no entanto, a nosso ver, demanda uma revisão legislativa, necessária a disciplinar essa nova realidade que vem se impondo e, acreditamos, deva se afirmar em prestígio à agilização dos processos comerciais.

Nessa esteira de raciocínio, vimos ser editada a Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, fruto de conversão da Medida Provisória nº 221, de 1º de outubro do mesmo ano, que permite o warrant agrário e o conhecimento de depósito agrário eletrônicos (artigo 3º, inciso II).

Mas à duplicata não logramos encontrar base legal para a sua emissão virtual, mantida sua força executiva, sem alteração legislativa.

Ao contrário, entretanto, sustenta Fábio Ulhoa Coelho²³⁹, aduzindo ser possível conferir executividade ao crédito registrado e negociado apenas em suporte magnético.

Explorando seu entendimento, escreve²⁴⁰: “O direito em vigor dá sustentação, contudo, à execução da duplicata virtual, porque não exige especificamente a sua exibição em papel, como requisito para liberar a prestação jurisdicional satisfativa. Institutos assentes no direito cambiário nacional, como são o aceite por presunção, o protesto por indicações e a execução da duplicata não assinada permitem que o empresário, no Brasil, possa informatizar por completo a administração do crédito concedido [...] O crédito registrado em meio magnético será descontado junto ao banco, muitas vezes

em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Por via telefônica, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita — abatidos os juros contratados — o seu valor na conta de depósito do empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata virtual. De posse desse boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco no país. Em alguns casos, quando o devedor tem o seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica. Se a obrigação não é cumprida no vencimento, os dados pertinentes à duplicata virtual seguem, em meio magnético, ao cartório de protesto. Assim é, ou poderia ser, nas grandes comarcas. Trata-se do protesto por indicações, instituto típico do direito cambiário brasileiro, criado inicialmente para tutelar os interesses do sacador, na hipótese de retenção indevida da duplicata pelo sacado. Não há, na lei, nenhuma obrigatoriedade do papel como veículo de transmissão das indicações para o protesto, de modo que também é plenamente jurídica a utilização dos meios informáticos para a realizar. O instrumento de protesto da duplicata, realizado por indicações, quando acompanhado do comprovante da entrega das mercadorias, é título executivo extrajudicial. É inteiramente dispensável a exibição da duplicata, para aparelhar a execução, quando o protesto é feito por indicações do credor (LD, art. 15, § 2º). O registro magnético do título, portanto, é amparado no direito em vigor, posto que o empresário tem plenas condições para o protestar e executar. Em juízo, basta a apresentação de dois papéis: o instrumento de protesto por indicações e o comprovante da entrega das mercadorias”.

Os argumentos trazidos à colação pelo emérito comercialista não nos sensibilizam. O protesto por indicação do título, consagrado no § 2º, do artigo 15, da Lei nº 5.474/68, que supre o aceite e o próprio título para fins de cobrança executiva, tem um pressuposto lógico e invencível: que a duplicata ou a triplicata não tenha sido aceita nem devolvida²⁴¹. Título não devolvido é aquele regularmen-

239 *Curso de direito comercial*, v. I, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 464.

240 *Ob. cit.*, pp. 465/466.

241 A regra vem corroborada pelo § 3º, do artigo 21, da Lei nº 9.492/97, o qual é peremptório ao traduzir: “Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o

te emitido e remetido, conforme exige o artigo 6º da mesma legislação especial, para o aceite do comprador das mercadorias ou do tomador dos serviços.

Daí ser imprecisa a conclusão de que o instrumento de protesto, dessa maneira obtido, dispensaria a emissão do título. Ele, o protesto por indicação, tem como causa justamente a não devolução da duplicata ou da triplicata, isto é, a retenção da cédula pelo comprador ou tomador de serviços. Visa a punir conduta por lei reprovada. Se o sacado reconhece a procedência do título deve aceitá-lo e devolvê-lo ao emitente; caso contrário, cumpre-lhe restituí-lo, acompanhado das razões escritas motivadoras da não aceitação (artigo 7º, da Lei de Duplicatas), situação em que se retira a sua força executiva (artigo 16, da mesma lei). Devolvendo-a sem o aceite ou, pior, retendo-a, é que a Lei nº 5.474/68 prevê um sistema do suprimento da aceitação, com o protesto do título — feito com sua exibição ao Oficial do Cartório de Protesto de Títulos, ou, na sua retenção indevida pelo sacado, mediante as indicações do portador —, e com a apresentação do documento que idoneamente comprove, conforme o caso, a entrega e recebimento da mercadoria ou a efetiva prestação dos serviços. É de se realçar que, no caso de duplicata de serviços, exige-se também a prova do vínculo que o autorizou (artigo 15, inciso II, e § 2º e § 3º do artigo 20).

A admissão do protesto por indicação sem a emissão, remessa e retenção do título pelo sacado provoca ruptura no sistema, conduzindo à profunda restrição de direito legal consagrado ao devedor: receber a duplicata e devolvê-la com as razões escritas da não aceitação. Esse procedimento legítimo, como se disse, retira a força executiva do título que, portanto, não pode servir, assim, como título falencial.

Por outro lado, a Lei nº 9.492/97, em seu artigo 9º, impõe ao Tabelionato de Protesto que todos os títulos e documentos de dívida protocolizados para protesto sejam examinados em seus caracteres formais, tendo curso se não apresentarem vício. Somente pode, pois, o tabelionato realizar a conferência mediante a exibição

protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão das duplicatas”.

da cédula. A exceção ocorre, apenas, em relação ao protesto por indicação, eis que o título estará retido pelo sacado. Nesse contexto é que sobressai a regra do parágrafo único do artigo 8º da mesma lei, permitindo sejam recepcionadas pela serventia as indicações a protesto de duplicatas, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo, contudo, de inteira responsabilidade, nesse caso, do apresentante, os dados fornecidos, competindo ao tabelionato a mera instrumentalização. Não se pode ver no preceito mais do que ele reflita. Não consagra, como já ouvimos, a duplicata virtual ou eletrônica. Simplesmente permite que as declarações do credor ou do apresentante do título, nas condições do § 2º, do artigo 15 da Lei nº 5.474/68 se façam dessa forma, substituindo declarações escritas ou verbais realizadas nos balcões das serventias. Só isso.

Em abono à nossa tese, vem a construção pretoriana na espécie.

A Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios²⁴² assim se pronunciou: “Correta a sentença que indefere a inicial que contém pedido de falência instruída com triplicatas, imotivadamente emitidas, eis que não se comprovou terem sido extraviadas as duplicatas, valendo destacar que as duplicatas foram protestadas por indicação, sem a comprovação de terem sido remetidas para aceite”.

No corpo do aresto vem pontuado: “[...] ao não juntar a duplicata, certamente por não ter sido emitida, não tem título executivo. Quando instado a juntar seus títulos, junta boletos bancários protestados, protestos de duplicatas por indicação, comprovantes de entrega das mercadorias e triplicatas emitidas para substituir duplicatas nunca expedidas (grifo no original). Em primeiro lugar, boletos bancários não são títulos de crédito e não podem ser protestados. Em segundo lugar, duplicatas podem ser protestadas por indicação apenas quando retidas pelo devedor, devendo ser comprovada tal intenção, o que não foi feito”.

A decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴³, no julgamento do Recurso Especial nº 369.808-DF, pela Terceira Turma, à unanimidade de votos, vindo, desse modo, ementada: “Fa-

242 Rel. Des. Carmelita Brasil, Apelação Cível nº 1998-011-0786886, publicada no DJU, Seção I, de 09/05/2001, p. 17.

243 Rel. Min. Castro Filho, publicada no DJU, Seção I, de 24/06/2002, p. 299.

lência — duplicata mercantil — comprovação — remessa para aceite — protesto de boletos bancários — impossibilidade — extração de triplicatas fora das hipóteses legais. I — Para amparar o pedido de falência, é inservível a apresentação de triplicatas imotivadamente emitidas, eis que não comprovados a perda, o extravio ou a retenção do título pelo sacado. II — A retenção da duplicata remetida para aceite é condição para o protesto por indicação, inadmissível o protesto de boletos bancários. Recurso não conhecido”.

Em seu voto, o Relator, Ministro Castro Filho, asseverou: “O fato é que o recorrente não conseguiu reunir os elementos necessários para que vigorasse o princípio do suprimento do aceite, porque, em relação ao primeiro requisito — protesto cambial — fê-lo sem o saque do título original, a duplicata. Ademais, não comprovou sua remessa para aceite, a retenção ou a necessidade de fazer o protesto por indicação, certamente porque foram expedidos apenas boletos bancários que, *data venia*, não podem substituir os títulos de crédito expressamente mencionados na legislação. As irregularidades verificadas pelo Tribunal *a quo* e não confrontadas pelo recorrente são suficientes para impedir o acolhimento do pedido de falência, ainda que tenha sido juntado o comprovante de entrega das mercadorias, que, sozinho, como ensina a doutrina citada e a jurisprudência sobre a matéria, também não pode fazer as vezes do título executivo, eis que, *in casu*, não houve comprovação de sua emissão e remessa para aceite, nem qualquer das hipóteses previstas na legislação para a extração de triplicata (já considerando a possibilidade de fazê-lo, quando o sacado não devolver a duplicata, como têm admitido parte da jurisprudência e doutrina)”.

A Quarta Turma do mesmo Tribunal Superior, em acórdão unânime da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, endossou o entendimento, ao assim explicitar²⁴⁴: “Duplicata. Aceite. Protesto. Não pode ser protestada por falta de aceite duplicata que não foi enviada ao aceite do sacado, especialmente se este, tomando conhecimento de um boleto bancário, comunica que não recebeu a mercadoria a que se refere o título. Recurso conhecido e provido”.

244 REsp nº 499.516/RJ, publicada no DJU, Seção I, de 01/09/2003, p. 299.

A mesma Quarta Turma vem reafirmando o entendimento, em acórdão unânime, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior: “Civil e Processual. Recurso Especial. Protesto de Boletos Bancários. Impossibilidade. Precedentes. I. É inadmissível o protesto dos boletos bancários, sem a emissão, o envio e a retenção injustificada da duplicata. Inteligência do art. 13, § 1º da Lei nº 5.474/68. Precedentes. II. Recurso especial conhecido e provido”²⁴⁵.

Não nos influencia, outrossim, a disposição do § 3º, do artigo 889 do Código Civil de 2002, ao declarar que “o título poderá ser emitido a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo”, dentre os quais a assinatura do emissor. Sem entrar no mérito de estar ou não instituído pela norma o título virtual, eis que alguns apenas vêm no dispositivo um meio de sua criação em caracteres para documentalização posterior, o certo é que não se aplica à duplicata, nem a qualquer outro título disciplinado em lei especial, por força do que estabelece o artigo 903 do mesmo *codex*. Ademais, o fato de se admitir um título virtual, de forma genérica como se pode enxergar no indigitado artigo, não quer dizer que terá ele força executiva, a qual advém de regra específica, o que não seria o caso, como se viu, da decantada duplicata virtual.

Do exposto, somos firmes no convencimento de que, diante da estrutura do sistema jurídico em vigor, não há como se cancelar a possibilidade da denominada duplicata eletrônica ou virtual servir de estribo a pedido de falência, justamente por não ser ela título executivo, consoante os regramentos que regulam tais títulos de crédito. O inciso I, do artigo 94 é expresso em exigir que a obrigação líquida esteja materializada em título ou títulos executivos, requisito este que não cumpre a duplicata virtual.

132 — CRÉDITOS LÍQUIDOS QUE NÃO ENSEJAM FALÊNCIA

Existem certos créditos que, embora dotados de liquidez, não podem ser reclamados, isto é, habilitados na falência e, por conse-

245 REsp nº 902.017/RS, publicado no DJe de 04/10/2010.

guinte, não se mostram aptos a fundamentar o pedido de quebra (Lei nº 11.101/2005, § 2º, do artigo 94 c/c inciso I, do artigo 5º). Dessa ordem são as obrigações a título gratuito.

133 — TÍTULO EXECUTIVO

Como já tivemos oportunidade de expor, a obrigação líquida, de natureza pecuniária, deve encontrar-se assentada em título ou títulos que legitimem ação de execução. Dessa conjugação resulta que o título falencial, o qual serve de fundamento ao pedido de falência, é aquele que reflete um título executivo que corporifica obrigação pecuniária líquida reclamável na falência.

Ao instruir pedido de falência, deve ser o título exibido no original ou por cópia autêntica se estiver juntado em outro processo (§ 3º, do artigo 94).

Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais. Aqueles encontram-se perfilhados no artigo 475-N do Código de Processo Civil²⁴⁶; estes dispostos no artigo 585 do mesmo Diploma Processual²⁴⁷.

246 A Lei nº 11.232/2005 revogou o artigo 584 do Código de Processo Civil e redefiniu, no artigo artigo 475-N que introduziu, os títulos executivos judiciais. Em verdade, esse novo preceito reproduz, com pequenas alterações redacionais, o disposto no antigo artigo 584. Artigo 475-N: "São títulos executivos judiciais: I — a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II — a sentença penal condenatória transitada em julgado; III — a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV — a sentença arbitral; V — o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI — a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII — o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal".

247 Artigo 585: "São títulos executivos extrajudiciais: I-a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II-a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III — os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV — o crédito decorrente de foro e laudêmio; V — o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; VI — o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quan-

Diante da especificidade do título falencial, deduz-se que nem todo título executivo é capaz de arrimar pedido de falência, seja porque a obrigação não se reveste de liquidez, no conceito da lei falimentar, seja porque, embora líquida, não é reclamável na falência, ou, ainda, por não consistir a obrigação em prestação pecuniária. Deverá o credor ficar atento à distinção.

No universo dos títulos judiciais, não é toda sentença proferida no processo civil que reconheça existência de obrigação²⁴⁸, por exemplo, que será título falencial, mas tão-somente aquela que condenar o devedor a uma prestação pecuniária reclamável na falência.

O mesmo exercício deve ser realizado em relação aos títulos extrajudiciais. Quanto a eles, merecem destaque os créditos decorrentes de renda ou aluguel de imóvel e o encargo de condomínio que, embora passíveis de cobrança executiva, não legitimam pedido de falência, por faltar-lhes a liquidez exigida para este escopo. Rubens Requião²⁴⁹, invocando doutrina de Valverde, assim anota: "Mas Miranda Valverde estabelece um critério restritivo na conceituação de liquidez, no Direito Falimentar. Existem, de fato, algumas obrigações que, embora tendo executividade, isto é, ensejem o procedimento executório, no entanto não constituem ou não são títulos líquidos. Nesse caso estão o crédito por aluguel de imóvel e o encargo de condomínio, que constam da enumeração do Código de Processo Civil entre os títulos executivos extrajudiciais. Em conseqüência, ensina aquele autor, que 'não é, pois, a ação executiva, que a lei processual também estabelece para a cobrança de certas dívidas, que confere a estas, segundo a Lei de Falências, o requisito da liquidez. Não basta ter direito à ação executiva; é necessário que o título protegido por essa forma de ação seja líquido'. E, salvo os títulos executivos judiciais, a liquidez do título se ex-

do as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VII — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VIII — todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

248 No inciso I, do artigo 475-N, evitou-se a expressão "sentença condenatória", preferindo a designação de sentença "que reconheça obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

249 Ob. cit., v. I, p. 73.

pressa pelo reconhecimento da obrigação do devedor, ou ao menos pela sua assinatura”.

A jurisprudência tem agasalhado o entendimento. A respeito, confere-se decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁵⁰: “Pedido de falência com fundamento na falta de pagamento de alugueres. Improcedência. Não é a ação executiva que a lei estabelece para a cobrança de certas dívidas que confere a estas, segundo a Lei de Falências, o requisito da liquidez”.

Outra questão que merece relevo diz respeito ao requerimento de falência com base em certidão de dívida ativa. Não por falta de liquidez do título. Embora não ocorra o seu reconhecimento pelo devedor, nem a sua assinatura no título, e também não se verifique uma aprovação judicial, a liquidez decorre de um ato prévio de controle administrativo da legalidade do crédito tributário, que se realiza por intermédio de inscrição, a cargo do órgão competente para apurar a liquidez (Lei nº 6.830/80, § 3º, do artigo 2º). O questionamento da Fazenda Pública como parte ativa do requerimento de falência será abordado no item 158 infra, o qual terá maior pertinência com a matéria tratada.

134 — A PROVA DA IMPONTUALIDADE: PROTESTO DO TÍTULO

A impontualidade do devedor pressupõe, como visto, o não pagamento de obrigação pecuniária líquida reclamável na falência, constante de título executivo, vencida e exigível, sem que se verifique relevante razão de direito. Mas para que o credor esteja legitimado a requerer a falência do devedor, impõe a lei, em complementação conceitual ao sistema da impontualidade, a sua prova pública, oficial e solene que, a teor do direito positivado, só se faz pelo protesto do título falencial.

Exige-se uma interpelação prévia e formal do devedor, a fim de caracterizar o não pagamento da obrigação líquida, constituindo-o em mora, sem o que não restará caracterizada a sua impontualidade falimentar.

250 Agravo de Petição nº 191.638, decisão unânime, publicada em 22/09/70.

A legislação atual, contudo, altera o conceito da impontualidade. É ela verificável em relação a cada título executivo corporificador da obrigação pecuniária líquida.

No direito anterior, o protesto por falta de pagamento tinha efeitos amplos na comprovação da impontualidade do devedor. O credor, munido de um título falencial, não estava obrigado a promover o protesto de seu próprio título, facultando-se-lhe requerer a falência com base no protesto tirado em relação ao título de um terceiro credor do devedor comum, provando, a partir deste protesto, a impontualidade.

Dispunha o § 1º, do artigo 4º da lei revogada: “se requerida com fundamento em protesto levado a efeito por terceiro, a falência não será declarada, desde que o devedor prove que podia ser oposta ao requerimento do autor do protesto qualquer das defesas deste artigo”, isto é, qualquer matéria relevante.

Rubens Requião²⁵¹ assim explicava a hipótese: “O credor se pode valer de protesto tirado por terceiro, não sendo essencial que o instrumento se refira ao seu próprio título. A impontualidade se determina pelo primeiro título protestado, por isso tem efeito amplo e aproveita a qualquer credor. O seu título deve, necessariamente, estar vencido”.

Não se tem mais, assim, esse conceito amplo e geral da impontualidade. Fica limitado a cada título falencial de titularidade do requerente. O § 3º do artigo 94 não deixa margens a dúvidas ao estabelecer que o pedido de falência deve ser instruído com os títulos falenciais acompanhados dos “respectivos instrumentos de protesto”.

Portanto, se o credor instruir o seu pedido com cinco títulos, encontrando-se apenas um protestado, terá o devedor matéria relevante a apresentar em sua peça de bloqueio, relativamente aos quatro outros títulos. Todavia, se o único título protestado for superior a quarenta salários-mínimos, a defesa não será capaz de obstar a decretação da falência, se limitada ao ponto relativo à ausência de protesto dos demais títulos (§ 2º, do artigo 96).

251 Ob. cit., v. I, p. 119.

135 — PROTESTO COMUM E PROTESTO ESPECIAL

O § 3º, do artigo 94 mantém vivo no Direito positivo nacional a figura do “protesto para fim falimentar”, isto é, o protesto especial²⁵².

Este protesto especial deve se fazer em relação a qualquer título falencial: sentença, documento de confissão de dívida, contrato de hipoteca, títulos de crédito, tais como, letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata etc.

Conquanto sujeitos a protesto especial, os títulos cambiais e cambiariformes são dele dispensados, se realizado o protesto que lhes é próprio. Essa era a exegese que se extraía do artigo 10 do Decreto-Lei nº 7.661/45. A jurisprudência sempre amparou a conclusão²⁵³.

Não vemos motivação lógica nem razoável traduzida na lei atual para alterar o entendimento. Muito embora nela não se reedite regra semelhante ao citado artigo 10 da lei revogada, continuam em nosso sistema jurídico engastados os princípios que o inspiraram. Com efeito, o protesto cambial se mostra necessário para garantir ao portador o direito de cobrança em relação aos coobrigados de

252 § 3º: “Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos a legislação específica”.

253 “Protesto Cambial. Duplicata. Segundo pontifica a melhor doutrina nacional, os títulos de crédito, subordinados ao protesto comum, escapam à necessidade do protesto especial” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 50.827-GO, 4ª Turma, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 10.06.96, p. 20.334). “O cheque levado a protesto regular, na forma da legislação dos títulos de créditos, é título hábil para instruir o pedido de falência, suprimindo a exigência do ‘protesto especial’ referido no art. 10 do Decreto-Lei 7.661/45” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 203.791-MG, 4ª Turma, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 28.06.99, p. 122). “No caso de falência, desnecessário se faz o protesto especial se tiver sido tirado o protesto comum, de vez que este produz os mesmos efeitos daquele, devendo o protesto falimentar ser reservado para os títulos não sujeitos ao protesto cambiário” (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Apelação Cível nº 7.956, 2ª Câmara Cível, unânime de 15.05.91 — ADCOAS nº 135543). “Falência. Protesto Especial. Desnecessidade em se tratando de título cambial” (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível nº 96.008703-6, 1ª Câmara Cível, decisão unânime de 03/12/96 — IOB RJ nº 3/12905).

um título de crédito, sem o que decai desse direito, sendo, por isso, denominado, também, de protesto conservatório ou acautelatório²⁵⁴; facultativo será, entretanto, quando o portador pretender exercer o seu direito de ação em face do obrigado ou dos obrigados principais ou diretos pelo pagamento do título. Mas seja como for, a interpretação que se deve colher é a de que o protesto cambiário ou comum realizado por falta de pagamento, por ser mais amplo em suas finalidades, supre o protesto especial. A prova da impon-tualidade dele já resulta, não se justificando seja o ato repetido. Seria, como já asseverou Pontes de Miranda, “supérfluo o protesto especial”²⁵⁵. Entendimento contrário, apego à literalidade do § 3º, do artigo 94 destacado, traduziria numa involução ao tema, gerando dúvidas ao credor que não se justificam, quando, por exemplo, tiver direito de regresso a assegurar ou quando, em títulos como a duplicata sem aceite, o protesto se afigure necessário a conferir força executiva na cobrança do sacado. A opção pelo protesto próprio a esses títulos não pode ter o condão de prejudicá-lo no seu direito de requerer a falência do devedor; nem tampouco se mostra razoável obrigá-lo a repetir o ato, como se disse, em total afronta à celeridade e à economia que devem inspirar os atos da vida empresarial contemporânea, livres, portanto, de formalidades inúteis. É princípio cediço que se o ato atingir o seu fim, não se deve impor a sua repetição.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em votação unânime, adotou o entendimento ora esposado: “Impon-tualidade comprovada por protesto cambial comum por falta de pagamento, que, realizado, dispensa o protesto especial para fins falimentares. Inteligência do artigo 94, § 3º, da LRF. Instrumentos de protesto com certidão do tabelião, que tem fé pública, certificando a realização de intimação pessoal no ato do protesto” (Agravo de Instrumento nº 554.633.4/9-00, da Comarca de Ribeirão Preto, julgamento em 27.08.2008, Relator Desembargador Pereira Calças). Em seu voto, o Relator cita expressamente o posicionamento neste livro adotado.

254 Cf. Pedro Vieira Mota, *Sustação do Protesto Cambial*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p.17 e Miranda Valverde, ob. cit., v. I, p. 108.

255 *Ação de Decretação da Abertura da Falência*, RT nº 446/37.

A Lei nº 9.492/97, é bem verdade, alargou o campo de incidência do protesto comum, estendendo-o a outros títulos desprovidos de natureza cambial. Isto se constata da leitura de seu artigo 1º: "Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos ou outros documentos de dívida"²⁵⁶. Mas não pode haver hesitação: o protesto que dispensa o especial é tão-somente aquele que se tira em relação a um título de crédito pagável em dinheiro, isto é, o protesto cambiário, próprio destes títulos, que poderíamos qualificar de protesto comum em sentido estrito, com disciplina e finalidade estabelecidas nas legislações cambiais específicas. A própria Lei nº 9.492/97, no artigo 23, preserva o protesto para fim especial — o falimentar —, embora o registro se faça em livro único, não havendo um livro especial para anotá-lo, e não interfere, por outro lado, no escopo das leis cambiais quando disciplinam o protesto próprio dos títulos de crédito. Suas regras — as da Lei nº 9.492/97 —, são procedimentais e administrativas. O seu caráter instrumental não interfere nos conceitos dos protestos cambiário e especial. Desse modo, reafirmamos o entendimento de que o protesto de títulos de crédito pagável em dinheiro, tirado em conformidade com a respectiva lei, isenta o credor de fazer o protesto falimentar.

Por derradeiro, somente se admite o protesto especial em face de quem for sujeito passivo de falência (Lei nº 9.492/97, parágrafo único do artigo 23). A infração a este princípio implicará a configuração de abuso de direito do requerente, passível de indenização,

256 Foi com profunda consternação, senão indignação, que vimos sair publicar a Lei nº 9.492/97. Temos professado em nossas aulas o total desvirtuamento que se impõe ao instituto do protesto. Sua finalidade ontológica é a de servir de meio seguro de prova de que o título foi apresentado para aceite ou pagamento e que o seu portador não logrou êxito em obter este ou aquele efeito, para fins de se exercer certos direitos de natureza cambiária, como o direito de regresso em face dos coobrigados ou se obter o suprimento de aceite na duplicata. A tonalidade imposta pela malsinada legislação traduz o nítido intento de utilização deste ato como um meio coativo de cobrança. Qualquer documento de dívida, diz a lei, pode ser protestável. Ora, o protesto é capaz de produzir inúmeros efeitos em relação ao crédito, restringindo-o para o devedor inscrito nos assentamentos dos respectivos cartórios de Protesto de Títulos. Os abusos, que no sistema anterior vinham sendo detectados, tornam-se mais freqüentes e extensos com a diretriz da nova legislação. Confere-se aos cartórios, ainda que indiretamente, a condição de "cobradores".

ao menos moral, resultante do abalo do crédito por ele provocado, sem prejuízo de eventual responsabilização do Tabelionato (Lei nº 9.492/97, artigo 38), quando evidente a falta de qualidade da pessoa sujeita às conseqüências da legislação falimentar (por exemplo, a forma de sociedade cooperativa), ou quando contestada temporariamente pelo devedor, ocasião em que deverá o Tabelião de Protesto suscitar dúvida (Lei nº 9.492/97, artigo 18), a ser dirimida pelo Poder Judiciário.

136 — INTIMAÇÃO DO DEVEDOR

Tendo em vista o escopo do protesto no âmbito do Direito Falimentar, de fazer prova confiável da impontualidade do devedor, não se pode admitir sua eficácia sem que este seja efetivamente intimado ou cientificado do ato (inciso VI, do artigo 96). E daí aflora relevante questão a ser enfrentada na visão de que o protesto cambial supre o especial.

O protesto não se realiza em face de um devedor em particular. Protesta-se o título e não uma ou algumas pessoas. Nessas condições, somente o sacado ou aceitante de uma letra, o emitente de uma nota promissória, ou o sacado ou aceitante da duplicata, por exemplo, é que são intimados do protesto.

Prescreve a Lei Cambial (Decreto nº 2.044/1908, artigo 29, III), não alterada pela Lei nº 9.492/97, a qual se mostra omissa a respeito²⁵⁷, que apenas o sacado ou aceitante da letra de câmbio será intimado pelo Tabelião de Protesto. O sacador, os endossantes e os avalistas somente serão cientificados por avisos, na forma do artigo 45²⁵⁸ da Lei Uniforme de Genebra — LUG, promulgada

257 O mesmo entendimento é defendido por Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *in* Títulos de Crédito, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, nota 54, p. 410.

258 Artigo 45: "O portador deve avisar da falta de aceite ou de pagamento o seu endossante e o sacador dentro dos 4 (quatro) dias úteis que se seguirem ao dia do protesto ou da apresentação, no caso de a letra conter a cláusula 'sem despesas'. Cada um dos endossantes deve, por sua vez, dentro dos 2 (dois) dias úteis que se seguirem ao da recepção do aviso, informar o seu endossante do aviso que recebeu, indicando os nomes e endereços dos que enviaram os avisos precedentes, e assim sucessivamente até se chegar ao sacador. Os prazos acima indicados contam-se a partir da recepção do aviso precedente. Quando, em conformidade com o disposto na alínea anterior, se avisou um signatário da letra, deve avisar-se tam-

pelo Decreto nº 57.663/66, cujas expedições não são da competência do Tabelionato, mas se devem fazer por iniciativa do portador e dos demais signatários do título quando da recepção do seu aviso²⁵⁹.

No cenário da nota promissória, impende seja observado o mesmo regramento, porquanto a ela, por determinação expressa do artigo 77 da LUG, são aplicáveis as disposições concernentes à letra de câmbio, impondo-se, tão-somente, processar as devidas adaptações. Portanto, apenas o emitente será intimado pelo Tabelião de Protesto, sendo os endossantes e avalistas cientificados pelo mesmo sistema de avisos instituído pelo artigo 45 antes mencionado.

No caso da duplicata, o princípio igualmente se lhe estende, por força do estatuído no artigo 25 da Lei nº 5.474/68, que manda aplicar à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio. Nesses termos, apenas o sacado ou o aceitante será intimado do protesto, dando-se ciência aos endossantes e avalistas pelos avisos do artigo 45 da LUG.

Em relação ao cheque, entretanto, a sua lei de regência — Lei nº 7.357/85 —, na alínea b, do § 2º, do artigo 48, contempla a intimação não só do emitente, mas também a das “demais pessoas obrigadas no cheque”. Deste modo, serão intimados pelo Tabelião de Protesto os endossantes e avalistas.

O credor requerente da falência deverá, sob pena de sua denegação, exibir o instrumento do protesto do qual conste a inequívoco-

bém o seu avalista dentro do mesmo prazo de tempo. No caso de um endossante não ter indicado o seu endereço, ou de o ter feito de maneira ilegível, basta que o aviso seja enviado ao endossante que o precede. A pessoa que tenha de enviar um aviso pode fazê-lo por qualquer forma, mesmo pela simples devolução da letra. Essa pessoa deverá provar que o aviso foi enviado dentro do prazo prescrito. O prazo considerar-se-á como tendo sido observado desde que a carta contendo o aviso tenha sido posta no Correio dentro dele. A pessoa que não der o aviso dentro do prazo acima indicado não perde os seus direitos; será responsável pelo prejuízo, se o houver, motivado pela sua negligência, sem que a responsabilidade possa exceder a importância da letra”.

259 Eunápio Borges, em artigo publicado na Revista Forense nº 124/605, sob o título “Protesto Cambial — Abusos e Preconceitos”, sustenta, à luz da lei cambial, que qualquer intimação feita a quem não seja seu destinatário constitui ato abusivo, pelo qual o “oficial do protesto pode ser responsabilizado pelos danos a que der causa”.

ca intimação do devedor, ou, quando não sujeito a ela por força da lei cambial, a prova de que recebeu o competente aviso, expedido no prazo e nas condições do artigo 45 da LUG, juntamente, é claro, com a certidão do protesto que, em qualquer caso, não se dispensa.

Muito embora o prefalado artigo 45 não considere a ausência do aviso motivo capaz de sacrificar os direitos do credor, sancionando, apenas, o faltoso pelo prejuízo motivado por sua negligência, deve-se fazer uma distinção entre o protesto para fins de cobrança dos coobrigados e aquele para fins de pedido de falência. Para este último, a ciência dos coobrigados e dos demais obrigados diretos se faz imprescindível, sem o que não se atinge a função do protesto falimentar, que é a de demonstrar a impontualidade do devedor requerido. Nunca se pode perder de vista que o requerimento de falência não é sucedâneo da ação de cobrança. Sua finalidade é a de dar solução judicial à situação de insolvência do devedor, submetendo o patrimônio insolvente à liquidação, cujo produto será partilhado entre os credores, dispostos segundo as preferências de seus títulos. Não tendo o credor como fazer prova da ciência do devedor requerido do protesto, pelo aviso respectivo, não há como caracterizá-lo impontual. Nessas condições, impõe-se-lhe realizar o protesto especial, pelo qual o devedor será devidamente intimado, possibilitando o requerimento de sua falência com fulcro na impontualidade.

Em resumo, temos que a impontualidade comprova-se pelo protesto cambiário em relação aos obrigados do cheque (emitente, endossantes e avalistas), ao aceitante da letra de câmbio, ao sacador da nota promissória e ao aceitante ou ao sacado da duplicata, quando devidamente intimados do ato pelo Tabelião de Protesto. Em relação aos demais co-devedores (endossantes e avalistas da duplicata, da nota promissória e da letra, sendo, nesta última, também incluído o emitente ou sacador), o protesto só servirá ao fim da Lei de Recuperação e Falência se o credor requerente exibir, além do respectivo instrumento com todas as formalidades observadas, prova de que o aviso chegou inequivocamente ao devedor, com envio no prazo e nas condições do artigo 45 da LUG. Do contrário, o requerimento da falência depende da realização do protesto especial, com a efetivação da intimação do devedor, sem o que não haverá por comprovada a sua impontualidade.

137 — LOCAL DO PROTESTO

O protesto especial, como medida preparatória ao pedido de falência, deve fazer-se no foro do principal estabelecimento do devedor, por ser o competente para a declaração da falência.

No entanto, servindo o protesto cambial para a comprovação da impontualidade, nas condições que analisamos no item antecedente, este deverá obedecer os ditames da lei cambiária. Nestas condições, deve ser tirado no lugar indicado no título para pagamento (parágrafo único do artigo 28 do Decreto nº 2.044/1908). Em se tratando de cheque, poderá o protesto ser lavrado no lugar do pagamento ou do domicílio do emitente (Lei nº 7.357/85, artigo 48 e Lei nº 9.492, artigo 6º).

Ainda que o foro competente para o protesto cambial não seja coincidente com o do local do principal estabelecimento do devedor, não está o credor obrigado a fazer o protesto especial. Esse sempre foi o entendimento da doutrina²⁶⁰. Se aquele tem forma própria ditada pela lei que o disciplina, a outra conclusão não se deve chegar.

138 — PROCESSAMENTO E FORMALIDADES DO PROTESTO

O protesto especial e o comum devem ser registrados pelo Tabelião de Protesto de Títulos, dentro de três dias úteis contados da protocolização do título. No cômputo do prazo, exclui-se o dia da protocolização e inclui-se o do vencimento. Dia útil para fins legais é aquele em que houver expediente bancário regular; não será considerado dia útil, portanto, aquele em que este não obedecer ao horário normal (Lei nº 9.492/97, artigo 12).

Caso a intimação do ato se realize no último dia, ou, por motivo de força maior, se faça além desse prazo, o protesto será tirado no primeiro dia útil-subseqüente (Lei nº 9.492/97, artigo 13), a fim de possibilitar ao devedor pagar o débito.

260 Cf. Miranda Valverde, ob. cit., v. I, p. 109; Pontes de Miranda, *Ação de Decretação da Abertura de Falência*, RT nº 446/37; Spencer Vampré, *Tratado elementar de direito comercial*, v. III, Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1925, p. 211; Rubens Requião, ob. cit., v. I, p. 114.

Portanto, uma vez protocolizado o título, o Tabelião de Protesto deverá, dando início ao processamento, promover a intimação do devedor. O ato poderá perfazer-se por portador do próprio Cartório, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente (Lei nº 9.492/97, artigo 14). Mas, em se tratando de protesto visando a comprovar a impontualidade do devedor, e aí, para essa finalidade, não se pode fazer distinção se o protesto foi especial ou cambiário, mister se faz a certeza de que a intimação chegou ao próprio devedor, a seu representante legal ou gerente (Código Civil, artigos 1.172 e seguintes) ou a qualquer outro preposto autorizado (Código Civil, artigo 1.171). Do contrário, não servirá para caracterizá-la, não podendo o juiz decretar a falência. Se recebida por um vigia, por exemplo, o ato é inválido e ineficaz. Na certidão da respectiva intimação deve constar quem a recebeu; a falta imprime irregularidade ao protesto, desabonando-o como pressuposto ao pedido de quebra (Lei nº 11.101/2005, inciso VI, artigo 96).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido rigorosa na avaliação, obrando para coibir os abusos correntemente verificáveis em pedidos de falência que desnaturam o instituto. Como exemplo da caudalosa orientação, tem-se a seguinte decisão da 4ª Turma, proferida, à unanimidade de votos, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 157.637-SC²⁶¹: "A falência, instituto que tem sido desvirtuado para servir de instrumento coativo à cobrança de dívidas, não pode ser deferida se não atendidas rigorosamente as exigências formais. Afirmada a irregularidade do protesto, ausente a identificação da pessoa que recebeu a intimação, descabe reapreciar o tema em recurso especial"²⁶².

261 Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicada no DJU, Seção I, de 13/10/98, p. 122.

262 Cf. outras decisões do mesmo Tribunal: "Reconhecida no acórdão recorrido a inexistência de prova de que a comunicação do protesto tenha sido feita na pessoa de prepostos ou de representante legal da devedora, descabe reapreciar a matéria no recurso especial" (Recurso Especial nº 112.931-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 18.08.97, p. 37.875). "Sendo o protesto precedido de notificação, a regularidade dessa exige seja identificada a pessoa que a recebeu. A falta leva a que não se possa, com base naquele título, pedir-se a falência" (Recurso Especial nº 109.678-SC,

Não sendo localizado o devedor, ou, ainda, se ninguém qualificado se dispuser a receber a intimação, esta deverá se fazer por edital, que será publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária e afixado no Tabelionato de Protesto (Lei nº 9.492/97, artigo 15).

O protesto, para comprovar a impontualidade, seja especial ou cambiário, pode realizar-se a qualquer momento. O seu prazo, quando fixado na respectiva lei cambial, somente serve para assegurar o direito de ação em face dos coobrigados, e pode variar segundo a natureza do título.

O artigo 22 da Lei nº 9.492/97 regula a forma do registro do protesto e seu instrumento, que deverá conter, conforme o caso: (a) data e número de protocolização; (b) nome do apresentante e endereço; (c) reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas; (d) certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas; (e) indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas; (f) a aquiescência do portador ao aceite por honra; (g) nome, número do documento de identificação do devedor e endereço; (h) data e assinatura do tabelião de protesto, de seus substitutos ou de escrevente autorizado.

Nada impede seja dispensada no instrumento do protesto a transcrição literal do título, bem como as demais declarações nele inseridas, quando o Tabelião de Protesto conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica, ou micrográfica do título (Lei nº 9.492/97, parágrafo único do artigo 22).

Qualquer vício no instrumento constitui-se matéria de defesa e impede a declaração da falência (Lei nº 11.101/2005, inciso VI, artigo 96).

3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 23.08.99, p. 120). "A falta de prova da intimação da devedora desqualifica o ato de protesto como pressuposto do pedido de falência" (Recurso Especial nº 167.137-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 08.05.2000, p. 97). "O protesto irregular justifica o não seguimento da ação de falência, que não deve ser usada como instrumento coercitivo de pronto pagamento" (Recurso Especial nº 138.396-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, unânime, publicada no DJU, Seção I, de 20.05.2002, p. 143).

139 — VALOR SUPERIOR A QUARENTA SALÁRIOS-MÍNIMOS

Inovando, ainda, na caracterização da impontualidade falimentar, o inciso I, do artigo 94, além de exigir o protesto do título ou de cada título falencial que embasa o pedido, reclama, concorrentemente, que o valor do título ou o somatório de seus valores ultrapasse o equivalente a quarenta salários-mínimos, calculados na data do respectivo ajuizamento.

Permite-se, outrossim, que credores se reúnam em litisconsórcio, com o fim de perfazer o limite monetário mínimo para o requerimento da falência (§ 1º, do artigo 94). Nesse caso, o devedor poderá arguir e comprovar razão relevante em relação ao título ou títulos de cada litisconsorte. Desqualificando a exigibilidade de qualquer deles e, com isso, sendo o limite do valor relativo a mais de quarenta salários-mínimos, vigentes à época do ingresso do pedido em juízo, inatingido, será a falência denegada (§ 2º, do artigo 96, a contrário senso).

A previsão legal apenas coíbe requerimentos de falência em valores ínfimos ou de pouca expressão, mas não serve, efetivamente, para atender o ideal de, definitivamente, acabar-se com a obtusa possibilidade do manejo de ação de cobrança travestida de pedido de falência. Com a medida desafogam-se os juízos, que não mais terão que se ocupar com o processamento de inúmeros requerimentos, mas, conceitualmente, em nada se evoluiu.

140 — RELEVANTE RAZÃO DE DIREITO

O devedor que tiver relevante razão de direito para não pagar poderá impedir a decretação de sua falência. A matéria relevante constitui defesa que fulmina o pressuposto da falência amparado na impontualidade. Para esta caracterizar-se faz-se necessário que a recusa do pagamento não esteja estribada em justo motivo, em exceções legítimas.

O artigo 96 da Lei nº 11.101/2005 enumera as matérias de defesa que devem ser provadas pelo devedor que as invoque, para obstar a decretação de quebra. Eis a listagem: (a) falsidade de título — a falsidade invocável é tanto a material, ou seja, documental, bem como a ideológica, revelada por confissões ou declarações di-

vorciadas da real vontade das partes ou da verdade dos fatos; (b) prescrição; (c) nulidade da obrigação — nulidade material — ou do título respectivo — nulidade formal; (d) pagamento da dívida — importante salientar que a doutrina sempre formou o entendimento de que a matéria relevante havia de consistir em atos ou fatos ocorridos anteriormente ao pedido de falência. Após ajuizado o requerimento somente o depósito da quantia correspondente ao crédito reclamado poderia elidir a quebra²⁶³. Inclusive, nessa linha se apresentava a redação do inciso IV, do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, que estabelecia como matéria relevante: “pagamento da dívida, embora depois do protesto do título, mas antes de requerida a falência”. Contudo, é de técnica mais consentânea com os princípios que inspiram o processo moderno, notadamente em atenção ao contraditório e à ampla defesa, que as matérias relevantes consistam em fatos ou atos verificados anteriormente à citação do devedor, porque esta constitui no chamamento para a integração da relação processual, e não do simples ajuizamento do pedido. A lei atual não mais estabelece o termo do pagamento. Mas nos parece que a exceção do pagamento será invocável quando realizado anteriormente à citação. Após o ato caberá ao devedor a elisão da falência pelo depósito (parágrafo único do artigo 98). Dificilmente o credor receberá o pagamento posteriormente à citação sem que ocorra transação, pois, do contrário, poderia ficar sujeito a essa defesa por parte do devedor e, assim, sendo ela acatada, o juiz iria denegar o pedido, condenando o requerente nas penas da sucumbência; (e) vício no protesto ou em seu instrumento; (f) apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, formulado nos termos previstos no artigo 51 — essa exceção reclama análise minuciosa, divorciada de sua estrita literalidade. Constitui relevante razão de direito, da mesma forma, o requerimento de recuperação já formulado anteriormente à fluência do prazo de defesa, bastando que dele se dê ciência na contestação. É defesa só oponível a requerimento de credores sujeitos à recuperação (parágrafo único do artigo 73). Em nossa visão, a recuperação judicial requerida anteriormente ou no prazo de defesa, constitui-se exceção também argüível nas hipóteses do artigo 94, inciso II,

263 Confira-se a respeito a lição de Miranda Valverde, ob. cit., v. I, p. 58.

desde que o requerente seja credor a ela sujeito, ainda que por aplicação subsidiária do artigo 265, inciso IV, do Código de Processo Civil. Somente não serve de defesa nas hipóteses do inciso III, do artigo 94 (parágrafo único do artigo 73)²⁶⁴; (g) cessação do exercício da atividade empresarial há mais de dois anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas Mercantis, o qual, entretanto, não prevalecerá contra a prova de exercício efetivo posterior ao ato registrado²⁶⁵ — a hipótese abrange a possibilidade de decretação da falência do ex-empresário individual e da sociedade empresária regularmente dissolvida que somente deixam de ser sujeitos passivos de falência após completado o interregno de dois anos da real cessação da atividade, regularmente implementada perante a Junta Comercial, ressalvada a situação da sociedade anônima, cuja falência não poderá ser decretada depois de liquidado e partilhado o seu ativo (§ 1º, do artigo 96); h) qualquer fato que extinga ou suspenda o cumprimento da obrigação, ou não legitime a cobrança do título.

A enumeração da lei, como se pode perceber pela amplitude consagrada na hipótese retratada na alínea ‘h’ acima é, tão-somente, exemplificativa. Qualquer motivo capaz de configurar extinção ou suspensão da obrigação ou não amparar a cobrança do título, emerge como legítima exceção a ser oposta pelo devedor ao pedido de falência formulado pelo credor. Nessa ordem, a motivação pode ser tanto de índole substancial, como formal. Portanto, é facultado ao devedor alegar: decadência; novação; compensação; exceção do contrato não cumprido; depósito judicial oportunamente feito — o depósito oportuno é aquele realizado anteriormente à citação do devedor para o pedido de falência, tal como o realizado em ação de consignação em pagamento ou o efetivado em ação preparatória, como em medida cautelar de sustação ou suspensão dos efeitos do protesto; ausência de protesto de título etc.

264 Remetemo-nos em complementação ao tema ora abordado ao que escrevemos no item 159 infra.

265 Essa matéria de defesa é, para nós, invocável não só na hipótese de requerimento fundado na impontualidade (artigo 94, I), pois se refere à falta de legitimação passiva. Estende-se, assim, como legítima exceção, aos pedidos baseados nos incisos II e III, do artigo 94.

De uma maneira geral, pode-se conceituar a “relevante razão de direito”, aduzida no texto legal (artigo 94, I), como o justo motivo que impede a decretação da falência do devedor, decorrente de verificação da inexistência, cumprimento, extinção ou de causa suspensiva da exigibilidade da obrigação.

No Direito anterior, erigia-se como matéria relevante qualquer motivo que excluísse o devedor do processo de falência (inciso VIII, do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 7.661/45). A hipótese não era propriamente enquadrável como matéria relevante, a qual traduz a não exigibilidade da obrigação e, por isso, não haveria título falencial para embasar o pedido. A falta da qualidade de empresário para submeter-se ao procedimento falimentar é matéria de defesa em qualquer tipo de requerimento. Não é exclusiva da impontualidade (artigo 94, inciso I). É uma questão de ilegitimidade passiva.²⁶⁶ Da mesma ordem são as demais defesas processuais, como a falta de documentos indispensáveis à instrução do pedido; a incompetência do juízo, a litispendência; carecer o requerente de qualidade para estar em juízo ou de direito de requerer a falência (§§ 1º e 2º do artigo 97) etc.

A defesa apresentada na forma do artigo 96, entretanto, não irá obstar a decretação da falência se, ao final, restar ou restarem obrigações líquidas materializadas em título ou títulos executivos protestados não atingidos pelo bloqueio oferecido, em montante que supere os quarenta salários-mínimos previstos no inciso I, do artigo 94 (§ 2º, do artigo 96).

141 — CRÍTICA CONCEITUAL AO SISTEMA DA IMPONTUALIDADE

Não vemos com bons olhos a impontualidade como causa da falência. O fato de ser preferível ao sistema da cessação de pagamentos não lhe confere a qualidade de um adequado sistema.

Como conceito, a simples impontualidade, por si só, não deve caracterizar a insolvência, a qual se revela por causas mais drásticas, que demonstram a incapacidade do devedor em poder cumprir

²⁶⁶ É o mesmo caso da matéria de defesa destacada no inciso VIII, do artigo 96 a qual, com rigor técnico, não se caracteriza como matéria relevante, por cuidar de sujeição passiva.

com suas obrigações e, portanto, legitimam a decretação do estado de falência.

A rigidez do procedimento desconsidera as dificuldades passagens enfrentadas pelos empresários, a episódica falta de liquidez, as restrições a concessões de créditos, motivadas não pela posição do empresário, mas por circunstâncias de conjuntura econômica, alheias à sua condição pessoal e patrimonial.

Em um país de economia frágil, em constante comoção, fortemente influenciada por fatores conjunturais, não nos parece adequada a impontualidade como causa da falência. Ela pode ser vista como um sinal exterior da insolvência, mas que, conforme já apreçoado por Nelson Abrão²⁶⁷, há de “ser corroborada por outros sintomas”.

Quando participamos da comissão revisora da Lei de Falências, integrando o Comitê constituído pelo Deputado Osvaldo Biolchi, relator do Substitutivo na Câmara dos Deputados que resultou na Lei nº 11.101/2005, sustentamos o banimento da impontualidade como causa de falência. Queríamos que as hipóteses de não pagamento da obrigação em seu vencimento ficassem restritas à previsão do agora inciso II, do artigo 94, isto é, da execução sem pagamento ou garantia.

Mas a idéia não logrou sucesso, preferindo a maioria manter a impontualidade, dado a sua presença tradicional no Direito brasileiro, limitando, porém, a legitimação do credor: só se admitiria pedido de falência, com esse fundamento, por credor titular de crédito ou conjunto de créditos igual ou superior a dez mil UFIRs. Embora a providência desafogue, como já se disse, as varas de primeira instância, impedindo os inúmeros requerimentos com base em créditos de valores diminutos, não é uma solução que enfrente a essência do problema.

Voltamos à carga no depoimento que fizemos na Comissão de Assuntos Econômicos — CAE do Senado Federal, realizada em 10/02/2004. Mas, apesar de ensejar manifestação de concordância de senadores presentes, o projeto que acabou aprovado na Casa Revisora (o Senado Federal), PLC nº 71/2003, manteve a impontualidade tal qual acabou por ficar desenhada no texto aprovado

²⁶⁷ Ob. cit., p. 23.

pela Câmara dos Deputados em seu retorno à Casa de origem para a apreciação, ou seja, com um balizamento em quarenta salários mínimos.

Ao ser preservada a impontualidade, em apreço à tradição do Direito positivo nacional, dever-se-ia, ao menos, seguir o rumo da antiga Lei portuguesa de 1993 (Decreto-Lei nº 132, de 23 de abril) que apropriava, como fato revelador da insolvência do devedor, “a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento”, revelasse “a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade de suas obrigações”, autorizando o credor a requerer a falência do devedor, quando não o considerasse economicamente viável (artigo 8º, nº 1, letra “a” e nº 2).

Contudo, o enfoque da impontualidade adotado pelo nosso Direito positivo tem revelado o manejo abusivo do pedido de falência como instrumento sucedâneo aos meios normais de cobrança de dívida. A repercussão negativa que o requerimento de uma falência provoca sobre o crédito, gerando incertezas no mercado, revela-o como forma coercitiva e indevida de se demandar o devedor pelo pagamento de uma obrigação. Sua formulação por um habilidoso advogado, acaba por, veladamente, tornar factível o intento. Se basta para ser deferida a petição inicial que o credor comprove a sua qualidade, exibindo o título falencial, e demonstre a impontualidade pelo protesto, viabilizado está pela lei, ainda que de forma não intencional, o mau uso do requerimento de quebra.

Por tais motivos é que se recomenda ao magistrado extrema cautela e severidade ao deferir a citação em um pedido de falência.

Caso o credor requeira a citação do devedor para pagar, deve a inicial ser indeferida, por inadequação do pedido e manifesto intuito de utilização da ação pré-falencial como cobrança. Não seria nem o caso de permitir a emenda da inicial, porquanto o intento real do credor já foi explicitado. O pedido deve ser de citação do devedor para apresentar defesa (artigo 98). A ele se confere a faculdade de realizar o depósito elisivo da falência e apresentar sua defesa, ou mesmo promover o depósito em pagamento do crédito reclamado, até a sentença, situações que elidiriam a presunção de insolvência, afastando a declaração da falência. Mas não se pode, porque a lei não permite, citar o devedor para “pagar ou apresentar defesa no prazo legal”.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento instrutivo, por sua Primeira Turma, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 87.405-RJ²⁶⁸, assim se manifestou: “Requerimento que empresta função de cobrança irregular ao instituto falimentar, desviando-o de sua função específica e constringendo ilicitamente o devedor. Indeferimento da petição inicial que se restabelece. Recurso Extraordinário conhecido e provido”.

O Ministro Xavier de Albuquerque, designado como relator do acórdão, ponderou em seu voto: “A petição inicial pretendeu ser, admito, requerimento de falência. O pedido que substanciou, todavia, não foi de citação da devedora, para, dentro de 24 horas, apresentar defesa, como previsto no art. 11, § 1º, da Lei de Falências, mas de citação para, no mesmo prazo, pagar o débito, sob pena de ver decretada a sua falência [...] Isso redundaria naquilo que a parte profliga e que eu também censuro: a utilização do pedido de falência, como forma drástica de cobrança, transcendendo dos meios e modos que a lei dispõe para a execução do título extrajudicial. Este é que é o desvio de finalidade a que o juiz se referiu”.

O Ministro Thompson Flores anotou em seu pronunciamento: “Desde a primeira hora convenci-me que a petição postulatória da falência, por suas contradições, era inepta, e o certo seria indeferir-lha liminarmente”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁶⁹, enfrentando caso análogo, assim também decidiu, consoante sobressai da ementa do aresto: “O pedido de falência com fundamento no art. 1º do Decreto-Lei nº 7.661/45 deve requerer a citação do devedor para que este, dentro de 24 horas, apresente a defesa prevista no art. 11, § 1º, e deve estar instruído com as provas a que se refere o caput desse mesmo dispositivo legal. Assim, não é possível o requerimento da citação do devedor para que este pague naquele prazo a importância do débito sob pena de decretação da quebra. Inepto o pedido assim formulado”.

268 No julgamento foram vencidos os Ministros Cunha Peixoto e Rafael Maya, que não conheciam do recurso. Feito julgado pela 1ª Turma em 11/03/80 — RTJ nº 93/1163.

269 1ª Câmara Civil, decisão unânime, Apelação Cível nº 130.126-1, Rel. Des. Luiz de Azevedo, julgamento em 13/12/90 — RT nº 667/90.

Mas o rigor não deve se limitar ao deferimento da petição inicial. Em qualquer fase do processo pré-falimentar, detectando o juiz o real intento de cobrança no manejo do pedido, deverá ter por descaracterizado o estado de insolvência. Não admite o processo pré-falencial a suspensão da instância para que as partes tentem o acordo. Manifestada a intenção, há de ser denegada a falência. Muito menos é plausível a efetivação de transação nos respectivos autos, a ser homologada pelo juiz, por não ser o requerimento de falência instrumento de cobrança.

Exemplar é a decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁰, em sua 4ª Turma, na qual ficou peremptoriamente estampada a incompatibilidade da ação pré-falimentar com a de cobrança: “O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão-somente a satisfação de seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação”.

142 — SISTEMA DE ENUMERAÇÃO LEGAL

Esse sistema passou a figurar na legislação brasileira com o advento do Decreto nº 917, de 1890, servindo, ao lado da impontualidade do devedor, para caracterizar os denominados “atos falimentares presumidos”.

Consoante já explicitamos no item 106 supra desta obra, consiste na indicação legal de fatos ou atos que exteriorizam a insolvabilidade. A lei deles se apropria como sendo revelações externas da insolvência. Afora a hipótese do inciso II, do artigo 94, a presunção da insolvência se perfaz por fatores que independem do fato “pagamento”. O enquadramento do devedor em uma das situações definidas no inciso III, do artigo 94 reflete um estado ruinoso, uma

decadência patrimonial, e, por conseguinte, a iminente impossibilidade de pagar; daí porque diversos desses atos falimentares serão, decretada a falência, considerados ineficazes em relação à massa falida (artigo 129). A constatação de uma dessas hipóteses faz emergir a aparência da insolvabilidade, porquanto são atos que, na definição legal, apresentam-se, como regra de princípio, incompatíveis com o estado de solvência. Daí a lei considerar, para presumi-la, não só o ato praticado, mas, em diversos episódios, também o ato tentado. No entanto, mesmo na predita situação do inciso II, apesar de se verificar como causa remota a mora no pagamento, na verdade o que se concretiza não é o simples fato de não se cumprir no prazo uma obrigação. Sua efetiva inspiração reside na existência regular de um processo de execução, no qual o devedor, citado, não paga, nem garante o juízo. A lei exige do devedor solvente um dos seguintes comportamentos: pagar se devido for ou, desejando discutir a legitimidade ou valor do crédito, oferecer a sua resistência por meio dos embargos à execução, os quais pressupõem a garantia do juízo pela indicação de bens à penhora no prazo legal. Essa é a conduta reclamada do devedor solvente. A sua inércia diante de um processo executivo judicial de cobrança de dívida é que se reputa como causa capaz de fazer presumir a insolvência, por refletir insuficiência patrimonial para atender ao passivo.

Dentre os sistemas reveladores da insolvência, este nos parece o mais adequado, embora se lhe possam atribuir imperfeições. Mas, por evidente, nenhum sistema conseguirá formulação perfeita. O próprio Carvalho de Mendonça trazia a lume crítica desferida por Vidari²⁷¹, para quem não se deve aprovar modelos que desçam a exemplificações, pois à lei não é dado, prossegue o jurista italiano, reunir um formulário de casos e indícios, mas fixar, com precisão, alguns critérios diretores gerais, à cuja luz o magistrado possa conhecer a verdade. Mas o próprio jurista brasileiro rebate a crítica, sob o argumento de que a melhor lei é aquela que não deixa margem ao arbítrio do juiz (*optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*), evitando-se incertezas e surpresas. A outra crítica que se pode tecer, consistente na eventual insuficiência legal nas enumerações de hipóteses, igualmente, nos parece superável. O le-

270 Recurso Especial nº 136.565-RS, decisão unânime, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicada no DJU, Seção I, de 14/06/99, p. 198.

271 Corso de Diritto Commerciale, 5. ed., v. 8º, nº 7.406, *apud* Carvalho de Mendonça, ob. cit., v. VII, p. 199.

gislador, partindo de uma segura experiência dos fatos conhecidos, pode, com proficiência, alinhá-los, sempre de forma taxativa, como reveladores de uma situação de insolvabilidade. Eventual defasagem corrige-se por meio de uma revisão legislativa, *opportuno tempore*. A segurança jurídica justifica a opção, ainda que os fatos possam se revelar mais ágeis do que a sua disciplina legal. Mas essa, inclusive, deve ser a conduta do processo legislativo, não se justificando o legislador se antecipe aos fatos sociais.

Como o sistema em apreço não se baseia na impontualidade, não é necessário para se requerer a falência, com amparo em um dos atos falimentares indicados nos incisos II e III, do artigo 94, a realização de protesto. Este só é exigido nas hipóteses do inciso I, do mesmo artigo, conforme se confere pela sua clara leitura e pela do seu § 3º. O processamento da ação pré-falencial, fundamentada na enumeração legal, vem regrado em outros preceitos, os §§ 4º e 5º, os quais demandam faça o requerente a especificação, na petição inicial, dos fatos que caracterizam o estado, juntando, na hipótese do inciso II, certidão expedida pelo juízo da execução e, no inciso III, as provas que tiver e indicando as que pretende produzir. Não se exigirá que o requerente demonstre a liquidez de seu título e que sequer esteja com o seu crédito vencido.²⁷² Também não se reclama título ou títulos cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta salários-mínimos. As provas da existência da obrigação líquida ancorada em título executivo (título falencial), a de seu valor e a da impontualidade em seu pagamento pelo protesto só se tem como imprescindível no cenário do inciso I. Para os incisos II e III, as comprovações serão as da condição de credor e da verificação de um dos atos falimentares nele capitulados. Mas, em quaisquer das hipóteses, a insolvência é presumida, sendo permitido ao devedor elidi-la no curso do processo pré-falimentar.

143 — EXECUÇÃO SEM PAGAMENTO OU GARANTIA

No inciso II, do artigo 94, prevê a Lei nº 11.101/2005 caracterizar-se a falência se o empresário “executado por qualquer quantia

272 Quando o requerente da falência, na hipótese do inciso II, do artigo 94, for o próprio credor que promove a execução o seu título estará, necessariamente, vencido. É uma decorrência lógica da situação em que se encontra.

líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”.

O preceito utiliza a expressão “quantia líquida”, o que, em princípio, se mostra com imprecisão. O correto seria o termo “executado por quantia certa”. No conceito do Código de Processo Civil toda execução deverá, sob pena de nulidade, basear-se em título de dívida líquida e, por conseguinte, certo e exigível (artigos 586 e 618, inciso I). A regra quer se referir, na realidade, à execução por quantia certa, afastando de sua incidência as outras espécies de execução, como por exemplo, a de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta.

Miranda Valverde²⁷³, em comentário ao seu antecedente histórico, o inciso I, do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45²⁷⁴, anotava não dever o termo “importância”, empregado no dispositivo, “ser tomado em sentido restrito, como a significar somente quantia ou soma de dinheiro”, a prestação reclamada, prosseguia o renomado comentador da Lei de Falências, “pode ter por objeto coisa certa, ou em espécie, como nos bilhetes à ordem, pagáveis em mercadorias, nos conhecimentos de frete ou de transporte e nos conhecimentos de depósito”²⁷⁵.

Talvez para afastar de vez esse tipo de entendimento é que o legislador, embora com pouca técnica, tenha se referido a “quantia líquida”.

A figura legal, portanto, é a da execução que se realiza no interesse particular do credor e tem por objeto a expropriação de bens

273 Ob. cit., v. I, p. 39.

274 Art. 2º: “Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: I — executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora dentro do prazo legal.”.

275 Entretanto, não nos parecia que assim o fosse. O dispositivo dizia respeito, tão-somente, à execução por quantia certa contra devedor solvente. Apenas nessa execução é que se realizava a citação do devedor para pagar ou nomear bens à penhora, no prazo de vinte e quatro horas (Código de Processo Civil, artigo 652, em sua redação anterior à Lei nº 11.382/2006). Vislumbrava ser proposital o emprego do vocábulo “importância” no antigo texto legal, mormente se fôssemos analisar as opções conferidas pela lei ao executado para impedir o fato jurídico habilitado a fazer presumir sua insolvabilidade: não pagar, não depositar a importância, ou não indicar outros bens para serem penhorados. Tais fatos só se podiam verificar na execução singular por quantia certa.

do devedor, a fim de satisfazer o direito daquele. Essa execução pode ser baseada em um título executivo judicial (Código de Processo Civil, artigo 475-N) ou um título executivo extrajudicial (Código de Processo Civil, artigo 585); pode ser definitiva ou provisória (Código de Processo Civil, parágrafo 1º, do artigo 475-I e artigo 587).

Quando da edição da Lei nº 11.101/2005 não estava em vigor a Lei nº 11.232/2005 que estabeleceu, no campo processual, uma nova dinâmica para o cumprimento da sentença no processo de conhecimento e revogou diversos dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Também não era vigente a Lei nº 11.382/2006, que alterou inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução, tendo como objetivo aprimorar a execução do título extrajudicial.

A primeira lei reformadora do processo civil codificado, acima indicada, apresentou como ponto culminante a eliminação da sistemática de total separação entre o processo de conhecimento e o processo de execução, quando este se basear em decisão judicial. Fez desaparecer a execução de sentença como processo autônomo, sendo seu lugar ocupado por um simples incidente do processo em que a condenação foi pronunciada²⁷⁶. Mas o cumprimento da sentença, cujo objeto traduzir obrigação por quantia certa, far-se-á sempre sob a modalidade de execução, com rito próprio, consoante se infere dos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil. É, pois, forma especial de execução forçada²⁷⁷.

A Lei nº 11.382/2006, com inspiração nas mesmas garantias de efetividade e economia processual que orientaram a Lei nº 11.232/2005, prosseguiu na reforma, para cuidar da execução dos títulos extrajudiciais, os únicos que, realmente, justificam a existência de um processo autônomo de execução frente à atividade cognitiva de jurisdição²⁷⁸.

Desse modo, a regra do inciso II, do artigo 94, da Lei de Recuperação e Falência, antes explicitada, demanda exegese consentânea com o novo sistema processual introduzido, de modo a confe-

rir-lhe a exata extensão em relação à verificação da hipótese autorizadora da presunção da insolvência do devedor, a partir de seu comportamento na execução por quantia certa, tenha ela por base título judicial (cumprimento de sentença) ou extrajudicial (processo de execução).

Na execução fundada em título extrajudicial, o fato jurídico qualificador da presunção de insolvabilidade exige a citação do devedor em uma regular ação de execução e a sua inércia em promover o pagamento, restando, por outro lado, frustrada a efetivação da penhora de bens suficientes a garantir o juízo da execução, após esgotadas as medidas legais para a sua realização. Não se pode perder de vista que a hipótese do inciso II, do artigo 94, da Lei nº 11.101/2005, demanda, como nota essencial à sua configuração, que a execução permaneça sem pagamento ou garantia.

É verdade que o devedor não mais tem o ônus de indicar, quando citado, bens à penhora, em um certo prazo legal, como ainda consta da literalidade do texto normativo sob comento. A penhora, ante o não pagamento voluntário do devedor no prazo fixado em lei, vai se realizar independentemente de iniciativa do executado. A constrição, entretanto, continua a ser um dos cerne do processo de execução para, levada a efeito, promover a expropriação de bens do devedor, visando à satisfação do crédito exequendo. Não efetivada, fica prejudicado o escopo da execução forçada, sendo, pois, nessa perspectiva, que se deve promover a leitura do preceito falimentar, para aferir a situação de presunção de insolvência nele descrita. Esta revela-se, assim, pela impossibilidade patrimonial do devedor, ao menos aparente, traduzida por atos verificados em regular processo de execução, para satisfazer o seu passivo.

Com efeito, o ônus direto que passa a recair sobre o executado é o de, uma vez citado, promover o pagamento da dívida, no prazo de três dias (Código de Processo Civil, artigo 652, *caput*). Passado o interregno legal, reservado ao pagamento voluntário, sem que a quitação integral do débito tenha ocorrido, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado de citação, penhora e avaliação, procederá de imediato à penhora, lavrando-se o respectivo auto, com a subsequente intimação do devedor (Código de Processo Civil, § 1º, do artigo 652). Caso o credor tenha exercido a faculdade de indicar na petição inicial da execução bens a serem penhorados

276 Humberto Theodoro Júnior, *Reforma da execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 2.

277 Humberto Theodoro Júnior, *ob. cit.*, p. 17.

278 Humberto Theodoro Júnior, *ob. cit.*, p. 3.

(Código de Processo Civil, § 2º, do artigo 652)²⁷⁹, o oficial de justiça fará com que a constrição sobre tais bens recaia. Não havendo, entretanto, a indicação, penhorará os que encontrar, em montante suficiente para garantir a satisfação do crédito e seus acessórios, postos em execução.

Ocorrendo dificuldade na localização de bens penhoráveis do executado, o juiz, de ofício ou a requerimento do credor exequente, poderá determinar que o devedor seja intimado para indicar bens passíveis de execução (Código de Processo Civil, §§ 3º e 4º, do artigo 652). A não indicação, sem justificativa, será considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sujeito o executado às cominações pertinentes (Código de Processo Civil, artigos 600, inciso IV e 601).

Portanto, para que se verifique a hipótese do inciso II, do artigo 94, da Lei nº 11.101/2005, todo o ciclo inicial do processo de execução, com vistas a lograr o pagamento ou a garantia do juízo, deve estar completo, sem descuidar para a possibilidade de o devedor, no prazo para embargos, reconhecendo o crédito e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, obter o parcelamento da dívida em até seis parcelas mensais (Código de Processo Civil, artigo 745-A).

Em conclusão, a execução frustrada (sem pagamento ou garantia) estará efetivamente caracterizada quando: a) o devedor não promover o pagamento voluntário ou não fizer uso da moratória legal — com a obtenção do parcelamento do crédito e seu integral cumprimento —, nos respectivos prazos de lei; e b) restarem ultimadas, porém desprovidas de sucesso, todas as providências à efetivação da penhora, passando pela derradeira e necessária intimação do devedor, malogradas as diligências do oficial de justiça e do próprio exequente, para que ele executado indique os bens passíveis de constrição. Esta nos parece ser a norma que se deve extrair do texto normativo do inciso II, do artigo 94 em apreço, à luz do hodierno sistema introduzido para o processo de execução dos títulos extrajudiciais, conferindo-lhe racionalidade e conseqüente

279 A denominada penhora “*on line*” já pode, desde logo, ser requerida pelo credor na petição inicial, e será processada nos termos do artigo 655-A, do Código de Processo Civil.

aplicabilidade à situação jurídica de fundo por ele contemplada, segundo os regramentos procedimentais dispostos à época de sua edição.

Baseando-se, por sua vez, a execução em título judicial, sua nova disciplina vem traçada pelo artigo 475-J do Código de Processo Civil, segundo o qual o devedor, condenado em quantia certa ou já fixada em liquidação, deverá efetuar o seu pagamento no prazo de quinze dias, sob pena de ficar o seu débito acrescido de multa, no percentual de dez por cento, e, a requerimento do credor, ser expedido mandado de penhora e avaliação, facultando-se ao exequente, nesse seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. O preceito cria um novo dever processual ao devedor: o de pagamento espontâneo do valor da condenação ou do débito liquidado²⁸⁰ no prazo de quinze dias²⁸¹. Não o fazendo, caberá ao credor requerer a execução²⁸², com a expedição do mandado de penhora e avaliação, não mais sendo prevista a citação do devedor para pagar ou nomear bens à penhora. Abandona-se, também na espécie, a tradicional regra de prelação, instituída em favor do devedor, na indicação de bens, permitindo que a penhora recaia de imediato sobre bens nomeados pelo credor²⁸³. Não os indicando, pois a isto não está por lei obrigado, observar-se-á a mesma

280 A liquidação de sentença far-se-á nos moldes dos artigos 475-A a 475-H, do Código de Processo Civil.

281 Nutrimos o entendimento de que o prazo de quinze dias se conta da intimação da decisão que condenou o devedor em quantia certa ou da intimação da decisão de liquidação. Interposto o recurso sem efeito suspensivo, faculta-se ao devedor promover a execução provisória, nos termos do artigo 475-O. Interposto, porém, recurso com efeito suspensivo, o termo inicial dos quinze dias previsto no artigo 475-I deve ser o trânsito em julgado da mencionada decisão.

282 É assegurado ao credor, nesse momento, em preferência à instauração da execução, com a expedição do mandado de penhora e avaliação, promover o requerimento de falência calcado na impontualidade (artigo 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005), levando a respectiva sentença em que se assenta o seu crédito líquido a protesto para fim falimentar (parágrafo 3º, do artigo 94, da Lei nº 11.101/2005), desde que o valor a ele devido ultrapasse a quarenta salários-mínimos na data do pedido de quebra.

283 Este poderá fazer uso da chamada penhora “*on line*”, cujo procedimento deverá obedecer ao estatuído no artigo 655-A, do Código de Processo Civil, aplicável ao cumprimento de sentença, por fora do disposto no artigo 475-R do mesmo diploma processual.

ritualística apropriada para a execução de títulos extrajudicial, cujas disposições que regem o respectivo processo são aplicáveis, quando compatíveis, subsidiariamente ao cumprimento de sentença (Código de Processo Civil, artigo 475-R). Assim é que o oficial de justiça promoverá a penhora dos bens que encontrar e, havendo dificuldade na localização de bens penhoráveis do devedor, o juiz, agindo de ofício ou a requerimento do credor, poderá determinar a intimação do devedor para indicar os bens passíveis de constrição. Frustrada, entretanto, a realização da penhora, por não serem encontrados bens, após a última e indispensável tentativa realizada com a intimação do devedor, ou, caso encontrados, se revelarem insuficientes a garantir a execução, estará caracterizada a situação legal da execução sem pagamento ou garantia, ensejadora do pedido de quebra. É a conclusão, neste particular alcançada, para dar efetividade à figura jurídica, diante da nova ordem processual instituída.

O pedido de falência, com esse fundamento do inciso II, do artigo 94, pode ser formulado não apenas pelo credor promovente da execução, mas também por qualquer outro, ainda que o seu título não esteja vencido²⁸⁴. Neste caso, deverá exibi-lo, mesmo que ainda inexigível, para provar a sua qualidade, e comprovar, por certidão, a ocorrência da causa ensejadora do seu pedido (§ 4º, do artigo 94). Mas, na prática, não será comum a verificação do procedimento. Em geral, quem vai fazer uso do pedido é o próprio credor-autor da ação de execução. Ao terceiro credor abre-se sempre o risco, porque a execução não se suspende e nem pode ele sobre ela intervir, de ver malgrado o seu intento, quando o devedor, citado no processo pré-falimentar, no prazo de defesa, demonstrar o prosseguimento da execução, com a realização de penhora ulterior. Não se pode olvidar, por outro lado, que a defesa venha a ser arriada na ocorrência de uma transação celebrada nos autos da execução com o exequente, ou, ainda, uma vez citado no pedido de falência, nada impede se dirija ao processo de execução e pague o

284 A presunção de insolvência, do fato decorrente, não só se perfaz em relação ao credor exequente. É fato geral que enseja o pedido de falência por qualquer credor. O seu conceito e extensão são diversos dos da impontualidade, na sua novel versão legal do inciso I, do artigo 94 — item 134 supra.

que lhe é demandado, fazendo essa prova na apresentação da defesa. Nos exemplos concebidos, a presunção da insolvência se encontra elidida, seja porque o juízo da execução está garantido, seja porque a execução restou extinta, desaparecendo, assim, o fato jurídico que a motivou, ficando o devedor excluído do processo de falência. Não nos parece razoável sustentar, no âmbito da execução por título extrajudicial, entendimento pelo qual, após o transcurso do prazo de três dias da citação do devedor no feito, e sem que este tenha oportunamente obtido a moratória legal, o pagamento espontâneo realizado ao exequente ou a transação implementada não seriam oponíveis ao requerente da falência; nem mesmo que só o seriam se realizados tais atos anteriormente ao requerimento da falência ou da citação do requerido. A lei não apóia tal conclusão, nem a lógica o faz. Não mais existindo a causa geradora da presunção de insolvência, não há como declarar a falência; não pode o juiz reconhecer a insolvência, transformando-a, por sentença em falência, quando este estado de fato não estiver caracterizado, diante da elisão tempestiva de sua presunção. Somos até mais liberais: a elisão da presunção deve se ter por admitida quando realizado o pagamento, celebrada a transação, ou tenha a execução, independentemente da natureza judicial ou extrajudicial do título que a embasa, seguido seu curso regular, com o juízo garantido por penhora eficaz, fazendo-se a demonstração do fato anteriormente à declaração da falência, mesmo que após o prazo de defesa. O raciocínio vem inspirado pela mesma lógica que admite, na situação da impontualidade, o pagamento pelo devedor até a sentença de falência. Não se perca de vista que os sistemas são baseados em presunções elidíveis. A decretação somente se justifica quando não houver a elisão. A falência não pode ser instaurada por apegos a formalismos de natureza procedimental. Mas por equidade, nas situações sob comento, o requerido deve arcar com o ônus do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, quando da denegação da falência, por ter promovido a elisão após a sua citação ou depois do prazo de sua defesa.

Hipótese distinta já se vislumbra quando o requerente da falência for o credor promovente da execução. A ele não é permitido com ela prosseguir paulatinamente ao pedido de quebra. Verificado o fato jurídico ensejador da presunção da insolvência, deve o credor fazer uso de uma das duas opções: continuar com a execu-

ção ou requerer a falência do devedor. Mas não se lhe impõe a desistência da execução. A renúncia à ação executiva anteriormente ajuizada ou à execução de sentença, em favor do procedimento falencial, não quer, inexoravelmente, traduzir a necessidade de sua desistência, até porque desapareceria o processo no qual a causa do pedido de falência se fundamentará. O que se obsta é o prosseguimento simultâneo dos feitos, face à notória incompatibilidade²⁸⁵. Sustentamos ser a suspensão da execução a providência adequada, vez que o elenco de suas causas, situado no artigo 791 do Código de Processo Civil, não é visto como exaustivo²⁸⁶. Consistindo a suspensão numa situação jurídica provisória, durante a qual o processo não perde a sua existência, mas sofre uma paralisação em seu curso, não se permitindo a prática de qualquer novo ato enquanto dure a referida crise²⁸⁷, o seu conceito se apresenta conformado com a inadmissão de que prossigam os dois processos. Por outro lado, em sendo denegada a falência, como, por exemplo, em virtude do reconhecimento de uma nulidade de citação do executado no processo de execução por título extrajudicial, nada impede que o credor com ele prossiga, repetindo o ato e, dependendo das circunstâncias, leve a execução a seu termo. Ademais, reforça o argumento o fato de a falência ser causa de suspensão das ações de execução individuais dos credores (Lei nº 11.101/2005, artigo 99, inciso V) e que, encerrado o respectivo processo falimentar, sem o pagamento integral dos credores, a estes se garante o direito de, obtendo as certidões dos saldos de seus créditos, passadas pelo juízo da falência, promover suas execuções individuais em face do devedor que venha a titularizar novos bens, ou, nessas mesmas condições, dar prosseguimento àquelas que ficaram suspensas durante o processo, até que se extingam as obrigações do falido²⁸⁸. Ora, nessa ordem de

285 Na execução baseada em título extrajudicial, bem como na fundada em sentença, não é dado ao credor promover a ação de falência e, sobrevivendo bens ao devedor, postular, em curso àquele requerimento, a realização de penhora sobre eles.

286 Cf. conclusões do "Simpósio de Curitiba", in RT nº 482/272.

287 Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., v. II, p. 345.

288 Note-se que, transitada em julgado a sentença de encerramento do processo falimentar, retorna o curso da prescrição das obrigações do falido (artigo 157) e as suas obrigações só serão extintas com a verificação de uma das causas legais (artigos 157 e 158).

idéias, não teria suporte lógico, nem razoável, exigir do credor, o qual requereu a falência, tivesse que, para cobrar o saldo de seu crédito, promover uma segunda ação de execução. Diante destas razões, estamos convencidos não estar o credor obrigado a desistir da execução. Basta requerer a sua suspensão e, diante de certidão passada pelo juízo (única exigência legal consubstanciada no § 4º do artigo 94), dando conta de sua condição e explicitando a configuração da hipótese legal de execução sem pagamento ou garantia, estará formalmente apto a formular o pleito falimentar. Na situação de execução fundada em título extrajudicial, a prefalada certidão deverá confirmar a regular citação do devedor e que este não efetuou o pagamento espontâneo ou requereu e obteve a moratória legal²⁸⁹, além de não ter havido a penhora de bens suficiente para garantir a execução legitimamente aforada²⁹⁰, após o implemento das medidas legais dispostas para esse fim, retratando, sempre, a inércia do devedor em indicar bens passíveis de penhora, em seguida à sua regular intimação, por constituir o derradeiro esforço na procura por tais bens. No caso do cumprimento de sentença, a referida certidão atestará a falta do pagamento e a frustração da penhora, depois de ultimadas todas aquelas providências previstas em lei para sua realização, nos mesmos moldes da execução por título extrajudicial, que lhe serve de fonte supletiva.

Admite expressamente a lei (parágrafo único do artigo 98) nesse procedimento possa o devedor fazer uso do depósito elisivo da falência. O legislador corretamente acabou por agasalhar o entendimento que vinha sendo abonado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹¹ no direito anterior, que já afirmou: "Falência. Requerida com base no art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 7.661/45. Depósito elisivo. É lícito ao devedor, também em caso desta espécie, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, e elidir a falência".

289 Que deverá ser devidamente cumprida, quando deferida, sob pena de se caracterizar, também, a execução frustrada.

290 Servirá sempre como defesa a elidir a presunção de insolvência a nulidade da execução oposta e demonstrada pelo requerido. Nessas condições, não se teria configurada a espécie legal a autorizar o pedido de falência, que sempre há de pressupor execução validamente ajuizada.

291 Recurso Especial nº 51.855-5-SP, 3ª Turma, decisão unânime, Rel. Min. Nilson Naves, publicada no DJU, Seção I, de 13/02/95, p. 2.239 e na RSTJ nº 81/235.

Mas a hipótese somente se realiza quando o requerente da falência for o próprio promovente da execução, pois o valor do depósito diz respeito ao seu crédito que, sendo rejeitada a defesa apresentada, será por ele levantado em pagamento.

No mesmo sentido, nada obsta, até o advento da sentença de falência, que o devedor promova o depósito em pagamento do crédito, elidindo, dessa forma, a presunção da insolvência, suportando, por evidente, os ônus da sucumbência.

Por fim, não é demais ressaltar que a figura legal aqui tratada não se encontra atrelada ao limite dos quarenta salários-mínimos, o qual só se aplica nas hipóteses da impontualidade, capituladas no inciso I, do artigo 94. Consoante curial norma de exegese, aonde o legislador não limita, não é dado ao intérprete limitar. Consistindo em regra restritiva, deve-se interpretá-la estritamente, não sendo razoável estendê-la para outras situações legais.

144 — ATOS RUINOSOS

Os atos taxativamente capitulados no inciso III, do artigo 94 denotam a tendência clara, que se repete em nosso direito positivo, de não abandonar o foco da insolvência para a caracterização da falência. Os atos enumerados constituem um sinal exterior da insolvabilidade. Por isso é que mesmo encontrando-se o devedor em estado de recuperação judicial, caso venha a praticar um desses atos ruinosos, permite a lei que qualquer credor, ainda que sujeito aos efeitos recuperatórios, requeira a sua falência (parágrafo único do artigo 73).

O preceito legal somente exonera da presunção da insolvência a prática de ato que faça “parte do plano de recuperação judicial”. A regra não é suficientemente clara e precisa. Avaliando-se as situações que arrola, não se consegue enxergar, à exceção daquelas correspondentes às alíneas ‘c’ e ‘e’, como possam tais situações integrar um plano de recuperação, eis que sempre estarão recheadas dos elementos fraude, liquidação desordenada de bens, simulação, ocultação etc. Essas condutas são incompatíveis, por evidente, com qualquer plano de recuperação.

As únicas ações, como se disse, que podem se amoldar à disposição seriam as de transferência de estabelecimento (alínea ‘c’) e a de reforço ou concessão de garantia (alínea ‘e’). Mas, mesmo assim,

os enfoques não seriam os que as hipóteses efetivamente visam a coibir e incriminar.

145 — LIQUIDAÇÃO PRECIPITADA E USO DE MEIOS RUINOSOS OU FRAUDULENTOS PARA PAGAR

A situação legal, como classicamente vem disposta no Direito positivo nacional, revela condutas do empresário, pessoa natural ou jurídica, que transparecem a sua ruínosa situação econômico-financeira. Vale-se ele, a fim de conseguir recursos para pagamento de seus credores, pressionado e com receio de ter sua falência requecida, de meios anormais ou anômalos de geração de caixa.

A liquidação precipitada de ativos resulta da apressada venda dos bens que compõem o seu estabelecimento, sem atentar para a garantia que representam para seus credores. São vendas realizadas com enormes abatimentos, muitas vezes por preços inferiores ao próprio custo, sem que se possa, negocialmente, justificar a medida. A lei, como observava Miranda Valverde²⁹², vislumbra, nessa conduta, malícia do empresário.

Por tal razão é que não se enquadram como dessa natureza as liquidações, as “queimas de estoque” que as lojas comerciais costumam promover, com o intuito de renovar o estoque, de liquidar os artigos que se encontram fora de moda, incompatíveis com uma estação ou que não agradaram ao consumidor. Nessas ações não se vê maliciosa a liquidação de mercadorias ou produtos, mas como parte integrante de uma estratégia de venda e renovação.

Os meios ruinosos ou fraudulentos empregados para a obtenção de recursos evidenciam uma desordem administrativa no patrimônio do devedor, geradora de um progressivo empobrecimento. A lei não os enumera, ficando a cargo da experiência colhida no mundo empresarial a sua qualificação. Tradicional é a classificação de Miranda Valverde, repetida pela doutrina: “Os meios ruinosos consistem, geralmente, na realização de negócios arriscados ou de puro azar, no abuso de responsabilidades de mero favor, nos empréstimos a juros excessivos, na alienação de máquinas ou instrumentos indispensáveis ao exercício do comércio. Os meios fraudu-

292 Ob. cit., v. I, p. 40.

lentos revelam-se nos artifícios ou expedientes empregados pelo comerciante para conseguir dinheiro ou mercadorias, na apropriação indébita de valores confiados à sua guarda”. A este rol de definições poderíamos acrescentar, como meio fraudulento, o saque de “duplicatas frias”, isto é, que não correspondem a uma efetiva venda de mercadoria ou a uma concreta prestação de serviços, lastimável ardil que se faz tão freqüente no mercado.

146 — REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO SIMULADO OU ALIENAÇÃO DE ATIVO

A lei pune não só o ato consumado, mas também o ato tentado. Portanto, realizando o devedor ou, por atos inequívocos, tentando realizar negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, a sua insolvência estará presumida, sendo lícito a qualquer credor requerer-lhe a falência.

Mas os negócios simulados hão de ter por finalidade a distração de bens, a sua sonegação ou ocultação do alcance dos credores. É exemplo típico da conduta a criação artificial de dívidas para realizar pagamentos falsos a pessoas, agindo estas em conluio com o devedor.

Diferentemente são os negócios fiduciários, como elucidava Valverde²⁹³, apoiado nas lições de Carvalho de Mendonça e Ferrara, pois nestes não há o ânimo de prejudicar a terceiros ou violar a lei, mas seu fim é o “de conseguir determinado objetivo, que de outro modo não poderia ser facilmente alcançado”.

A alienação de parte ou de todo o ativo, no enquadramento legal aqui estudado, é aquela que tem por escopo retardar pagamentos ou fraudar credores. Nestes atos se procura conferir aparência de realidade, mas o seu objetivo maior é o de subtrair a garantia dos credores refletida no ativo do devedor. O termo “alienação” empregado no texto legal reclama interpretação ampla, a compreender toda e qualquer transmissão de bens, a título oneroso ou gratuito. A venda, a cessão e a doação seriam atos dessa natureza²⁹⁴.

293 Ob. cit., v. I, p. 42.

294 Miranda Valverde, ob. cit., v. I, p. 41 e Nelson Abrão, ob. cit., p. 31.

Provado que o devedor realizou ou tentou realizar o negócio simulado ou a alienação de parte ou da totalidade de seu ativo, atuando com o desiderato de retardar pagamentos ou fraudar credores, não só a sua falência será decretada, mas também consumada a transferência simulada de bens, o ato poderá ser atacado pela ação revocatória, fazendo-os retornar à massa falida.

147 — TRASPASSE DO ESTABELECIMENTO

Configura ato ruinoso a transferência do estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar o devedor com bens suficientes para solver o seu passivo.

Por estabelecimento se entende o complexo de bens organizado para o exercício da empresa (Código Civil/2002, artigo 1.142). É um conjunto de elementos, materiais ou imateriais, dispostos segundo a vontade de seu titular — o empresário —, que lhe serve de instrumento de realização de sua empresa.

O empresário individual ou a sociedade empresária, na condição de proprietários do fundo de empresa, podem aliená-lo ou transferi-lo. Entretanto, por funcionar como garantia a seus credores, o ato de transmissão deverá obedecer a certas condições estabelecidas em lei. Será eficaz o seu traspasse se o transmitente ficar com bens suficientes ao pagamento de seus credores à época existentes. Se-lo-á, também, se houver o pagamento de todos estes credores ou o consentimento dos mesmos. O consentimento poderá ser expresso ou tácito. Tácito será aquele que resultar do silêncio dos mencionados credores após o vencimento do prazo de trinta dias, contado de suas respectivas interpelações, que podem se fazer por via judicial ou por intermédio do oficial do registro de títulos e documentos (Lei nº 11.101/2005, artigo 94, inciso III, alínea ‘c’ c/c artigo 129, inciso VI, e Código Civil, artigo 1.145).

Decretada a falência por este motivo, a declaração da ineficácia do ato poderá, igualmente, ser obtida por meio da ação revocatória.

148 — TRANSFERÊNCIA SIMULADA DO ESTABELECIMENTO PRINCIPAL

É também presumida a insolvabilidade do devedor quando “simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou fiscalização ou para prejudicar credores”.

O principal estabelecimento, como se estudou no item 23 supra, perfaz o domicílio real do empresário individual ou da sociedade empresária. Reflete o seu ponto central de negócios, onde são realizadas as operações comerciais e financeiras de maior vulto, traduzindo o centro vital de suas atividades, a sua sede administrativa, portanto.

Desse modo, introduzindo profícua novidade, a Lei nº 11.101/2005 passou a alinhar a hipótese de simulação de sua transferência com o fim de fraudar credores, transgredir a lei ou frustrar a fiscalização como ato de falência.

A “transferência” utilizada na verba legal não significa traspasse do estabelecimento, mas a alteração de local daquele que reluz o seu domicílio real.

149 — OUTORGA OU REFORÇO DE GARANTIA

Contempla a lei como ato ruinoso, notadamente por romper o princípio da igualdade dos credores, que têm no patrimônio devedor uma garantia comum, o fato de outorgar ou reforçar garantia a credor, por dívida anterior, sem ficar com bens livres e desembaraçados em montante suficiente para solver o passivo.

A ação punível não é a concessão de uma garantia a uma dívida contemporânea à sua instituição, fruto de uma operação comercial nova, mas sim a outorga ou o reforço a uma dívida contraída anteriormente. Atinge, assim, aquelas obrigações antigas, difíceis de se liquidar e que, com a recomposição, busca o devedor fugir da pressão estabelecida por seus credores nessa situação. Confere-se a garantia a um ou mais credores preexistentes, a quem se busca favorecer ou privilegiar, rompendo, portanto, a *par conditio creditorum*.

Mas, para que a hipótese se qualifique, mister se faz a constatação de que o devedor ficou sem bens livres e desembaraçados para o pagamento dos demais credores.

150 — OCULTAÇÃO, FUGA OU ABANDONO DO ESTABELECIMENTO

A ausência, a fuga, a ocultação, o abandono do estabelecimento são atos falimentares clássicos, que fazem transparecer o efetivo estado de insolvência do devedor empresário.

Na Idade Média era o seu principal presságio, conforme registrava Umberto Santarelli²⁹⁵: “o mais importante dos sintomas da falência é seguramente a fuga do arruinado do lugar de sua habitual residência ou de seu exercício comercial: fato este do qual, mais do que qualquer outro, os nossos legisladores da época intermédia extraíram argumento para presumirem a falência de um indivíduo”.

A hipótese da alínea ‘f’, do inciso III, do artigo 94, vem assim enunciada: “ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento”.

A ausência deverá estar atrelada ao fato de não ter o devedor deixado representante habilitado a administrar o negócio, com recursos suficientes ao pagamento de suas dívidas. Equivalerá, assim, como anotava Valverde²⁹⁶, ao abandono do estabelecimento, caracterizado comumente quando o empresário “fecha as portas”, sem qualquer programação administrativa ou publicidade.

A ocultação traduz a alteração furtiva de seu domicílio real ou estatutário, realizada com o intento de fraudar credores. É um ato de clandestinidade, pressupondo que o empresário esteja esquivando-se de seus credores, fugindo, assim, de suas obrigações.

A decretação da quebra arrimada nessa hipótese exige a perfeita configuração do abandono do estabelecimento, da ocultação do devedor. Em interessante julgamento, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁹⁷ entendeu necessária, como prova geradora de fé-pública do evento, a “apresentação da certidão do oficial de justiça encarregado da diligência de citação”, dando conta de que “se verificam as circunstâncias ali versadas como caracterizadoras da falência”.

151 — DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Na alínea ‘g’, do inciso III, do artigo 94, tem-se indicado como

295 *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età Intermédia*, Pádua, 1964, p. 47, *apud* Nelson Abrão, *ob. cit.*, p. 32.

296 *Ob. cit.*, v. I, p. 47.

297 Agravo de Instrumento nº 8.930, decisão unânime, resultado em 02/07/85, *apud* Sérgio Campinho & Amaury Campinho, *ob. cit.*, p. 194.

ato falimentar aquele caracterizado pelo não cumprimento, no prazo estabelecido, de obrigação assumida pelo devedor no plano de recuperação judicial.

A circunstância reclama adequada verificação. Se o fato ocorrer durante o processo de recuperação judicial, o não cumprimento da obrigação prometida implica a convolação da recuperação judicial em falência (artigo 73, inciso IV). Dessa forma, não seria a hipótese pelo dispositivo contemplada aquela tradutora do descumprimento de obrigação vencida durante o estado de recuperação, ou seja, no período de dois anos após a decisão da sua concessão. A regra quer se referir ao não cumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial com vencimento projetado para além daquele interregno (artigo 62). Esse é o sentido, para nós, do dispositivo, pois na circunstância não mais haverá a possibilidade de convolação, mas o requerimento será diretamente feito pelo credor, com a observância de rito próprio.

Capítulo 18

DECRETAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA

152 — NATUREZA DO PROCESSO PRÉ-FALIMENTAR

No sistema falimentar verifica-se a existência de dois processos distintos: o pré-falimentar ou pré-falencial e o processo de falência propriamente dito.

Sendo a insolvência, ou na dicção moderna da lei a crise econômico-financeira aguda que não se supera pela vontade dos credores, um estado de fato, sua apresentação ao Estado-juiz para que dele tome conhecimento e o transforme em um estado de direito — a falência — reclama via própria que se realiza por meio de procedimentos que constituem esse processo prévio, preliminar, o pré-falimentar. Sua iniciativa compete ao próprio devedor, ao credor ou qualquer outro por lei legitimado, cujo escopo central é dar conta ao magistrado dos atos ou fatos reveladores da crise da insolvibilidade. Assegurada a ampla defesa e o contraditório regular, superada a fase instrutória, o juiz irá decretar ou denegar a falência. Neste último caso estará encerrado o processo pré-falencial, não se instaurando a falência; na primeira situação, ao decretar a falência, o julgador estará pondo termo ao processo preliminar e iniciando o processo falimentar que se inaugura, assim, com a sentença e não com a petição inicial.

A natureza, dessarte, desse processo pré-falimentar é cognitiva. É verdadeiro processo de conhecimento, sendo a lide nele veiculada composta por uma sentença.