

# AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM MATÉRIA DE EXECUÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

MARIA CELESTE MORAIS GUIMARÃES

*I – Considerações iniciais. II – A configuração do estado de falência. III – Sistemas de caracterização de falência. IV – O sistema de caracterização de falência adotado pela Lei n. 11.101, de 2005. V – As reformas do CPC em matéria de execução por títulos judiciais e extrajudiciais. VI – Conclusão.*

### ***I – Considerações iniciais***

O escopo do processo de falência, como se sabe, reside no interesse coletivo. O instituto é marcadamente de ordem pública, muito embora vise resolver em conjunto questões de interesses essencialmente privados. Para Jaeger *apud* Requião (1986: 23): “Mais do que a realização da *par conditio creditorum* ou o saneamento do meio empresarial, o que dita a especialidade do processo concursal falimentar são os supremos interesses da economia nacional”.<sup>1</sup>

A esses princípios, acresça-se um outro de igual importância, que constitui um dos objetivos do instituto falimentar: a garantia geral do crédito, que deve ser promovida e assegurada pelo Estado, através da lei. A segurança do crédito é, assim, elemento essencial para a estabilidade econômica e, nos países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, instrumento básico para o seu progresso.

Em boa hora, portanto, o país intentou ampla reforma na sua legislação fali-

mentar de modo a dotar o nosso ordenamento jurídico de uma lei moderna e consentânea com a permanente aspiração de crescimento econômico e redução das desigualdades sociais. Não se obtém tal crescimento sem que haja o fortalecimento das empresas, o estímulo ao empreendedorismo e a liberdade de iniciativa.

Seguindo a tradição das leis falimentares no Brasil, a Lei n. 11.101/2005 permeia regras de direito material ao lado de normas de direito processual.

Por isso, as recentes alterações introduzidas no CPC, por meio das Leis n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e 11.382, de 6 de dezembro de 2006, repercutiram no processo de falência, notadamente no tocante a causa de pedir com fundamento no art. 94, inciso II, da Lei n. 11.101/2005, que trata da presunção de insolvência do empresário.

A primeira alteração – Lei n. 11.232/2006, transformou a execução por título judicial em simples cumprimento da sentença, e a segunda – Lei n. 11.382/2006, alterou a execução por títulos extrajudiciais. Porque tais alterações refletem no processo falimentar? Exatamente porque o credor

1. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 23.

pode requerer a falência do devedor, quando este, executado, por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.

O requerimento de falência, nesta hipótese, deve ser instruído com a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução, conforme prevê o art. 94, § 4<sup>o</sup>, da Lei n. 11.101/2005.

As recentes reformas do CPC alteraram profundamente a sistemática dos procedimentos judiciais relativos à execução por títulos judiciais e extrajudiciais, exigindo uma nova interpretação da lei de falência quanto ao pedido do art. 94, II, o que será objeto de nosso exame neste artigo.

## II – A configuração do estado de falência

Para se ter uma noção exata do instituto da falência, é indispensável encará-lo à luz dos dois aspectos sob os quais ele se nos apresenta, isto é, como liquidação geral do acervo do devedor para a partilha entre os credores, quer dizer, como forma de execução coletiva, e como remédio conservatório de direitos, para evitar a dissipação do patrimônio do falido, em prejuízo dos seus credores.

Embora, pelo nosso sistema legal atual, a Lei n. 11.101/2005, a falência se caracterize pela impontualidade, como também pelos atos de insolvência praticados pelo devedor, tem aqui inteiro cabimento as palavras de Cesare Vivante (1937: 415):<sup>2</sup> “Enquanto o ativo de um patrimônio excede o passivo, pode o legislador deixar que qualquer credor exerça separadamente o seu direito. Desde, porém, que o patrimônio não basta para todos, a liberdade de execução individual constitui um prêmio aos credores mais diligentes, mais próximos, ou mesmo menos escrupulosos, em detrimento dos mais benévolos, ou mais afastados”.

Nessa conjuntura, um dever de justiça social impõe ao legislador a obrigação de constituir um acervo de todos os bens do devedor, para que sejam repartidos proporcionalmente entre todos os seus credores, de modo que estes sejam companheiros nos prejuízos como o foram na confiança depositada no devedor comum. E isso se consegue pelo processo da falência.

“A falência é, pois, uma forma de execução coletiva que tem cabida quando o empresário, pela impontualidade, ou por outro meio previsto em lei, manifesta a impossibilidade em que se encontra de satisfazer a todos os seus credores” (Prates, 1954: 19).<sup>3</sup>

Nesse caso, faz-se, pela falência, a liquidação de todo o patrimônio realizável do devedor, para distribuí-lo em pagamento aos seus credores.

O credor que a requer pretende, pela liquidação de todo o patrimônio do devedor, obter, se não o pagamento integral do que lhe é devido, pelo menos o maior pagamento que lhe for possível conseguir.

Na falência, há a arrecadação de todo o patrimônio disponível do devedor e a convocação de todos os seus credores, para a defesa dos respectivos direitos. Feita a verificação e a classificação dos créditos, são os bens vendidos em hasta pública e distribuído o produto proporcionalmente aos credores, respeitadas as preferências legítimas.

Se não há bens a serem arrecadados, cessa a falência por falta de objeto; se os bens do falido e dos sócios solidários não forem suficientes para o integral pagamento dos credores, encerrada a falência, estes terão o direito de executar o devedor pelo saldo de seus créditos.

Convém, por fim, observar que há diferença entre o concurso resultante da falência e o que é regulado pelo Código de

2. Cesare Vivante, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Milão, Ulrico Hoepli Editore Della Real Casa, 1937, Livro VI – *Il Fallimento*, p. 415.

3. Lincoln Prates, *Manual de Direito Comercial*, t. 1, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, 1954, p. 19.

Processo Civil, aplicável ao devedor insolvente e que se instaura nos casos previstos pelo art. 750 do CPC.

Salvatore Satta (1932: 5),<sup>4</sup> salienta a respeito que: “A diferença entre o procedimento concursal e o singular é que este se desenvolve a partir de um único credor para satisfação de seu crédito mediante a execução de um ou mais bens determinados do devedor. Mas este procedimento pode dar lugar a um certo ponto a um concurso de credores. Assim, não é a pluralidade de credores que caracteriza o procedimento concursal, mas a possibilidade de todos participarem na divisão do patrimônio do devedor”.

Até o Código de Processo Civil de 1973, os institutos eram, de fato, completamente diversos, pois ao devedor insolvente só cabia o concurso de credores como um simples incidente da execução singular, sem que se pudesse formar a massa de seus bens sob gestão judicial, nem tampouco se lograva a extinção das dívidas após a execução de todo o patrimônio do insolvente.

O atual Código, todavia, dando satisfação a velhos reclamos da consciência jurídica nacional, a quem repugnava o tratamento discriminatório dispensado ao devedor insolvente, em tema de insucesso na atividade econômica, deu novo tratamento à matéria, criando o instituto da insolvência civil, que se assemelha ao instituto falimentar, como registra a Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil.<sup>5</sup>

4. Salvatore Satta, *Instituzione di Diritto Falimentare*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1932, p. 5.

5. “O projeto distingue execução contra o devedor solvente e execução contra o devedor insolvente. Enquanto o devedor possui bens livres e desembaraçados, o credor obtém a satisfação do seu direito em execução singular. Pela penhora adquire o credor um direito real sobre os bens penhorados, a exemplo do que dispõe o § 804 do Código de Processo alemão. Quando, porém, as dívidas excedem à importância dos bens do devedor, dá-se a insolvência civil. Nesse sistema, o devedor civil se equipara ao comerciante” (Exposição de Motivos do CPC n. 22).

Contudo, a falência não é simplesmente uma forma de execução coletiva, em que os interesses dos credores se rodeiam das melhores garantias, mas constitui, também, meio preventivo de prejuízos, do qual podem lançar mão os credores, em luta contra a fraude e a insolvência do devedor comum.

Esse caráter se acha acentuado no art. 94, incisos II e III, da Lei n. 11.101/2005, que imprime nitidamente ao instituto o feitiço de remédio conservatório de direitos, provendo aos credores o meio de evitarem que o devedor em dia com os seus pagamentos, mas em graves dificuldades financeiras ou alimentando propósitos fraudulentos, venha a causar-lhes prejuízos.

Além da impropriedade prevista no art. 94, inciso I, a atual Lei repete a redação do então inciso I, do art. 2<sup>o</sup>, do Decreto-lei n. 7.661/1945, indicando, como, causa de pedir da falência, a hipótese do art. 94, inciso II.

Em face das alterações introduzidas pelas Leis n. 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 6.12.2006, no Código de Processo Civil, o processo de execução foi inteiramente modificado, seja quanto aos títulos judiciais, como aos extrajudiciais, influido, enormemente, no processo de falência com fundamento na hipótese, que denominaremos de “execução frustrada”.

### III – Sistemas de caracterização de falência

Como o instituto da falência pode ser focalizado por um duplo aspecto jurídico – o de direito substancial ou material e o de direito processual –, é natural que os autores, ao definirem-no, sigam uma ou outra orientação sob o aspecto peculiar a que aderem.<sup>6</sup>

6. Da primeira corrente, temos como exemplo Rubens Requião, que define a falência como “a solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida” (*Curso de Direito Falimentar*, v. 1, São

Como não nos deteremos nessa controvérsia, iremos analisar o instituto focalizando os pressupostos que o caracterizam.

Octavio Mendes (1930: 18)<sup>7</sup> definia falência, ainda ao tempo do Decreto-lei n. 7.661/1945, como a “liquidação judicial da situação jurídica do devedor comerciante impontual”.

Tal definição, acrescenta o citado autor, parece compreender todos os característicos da falência: é uma liquidação judicial, que só cabe contra o devedor comerciante, que a ela fica sujeito pela sua impontualidade, isto é, pela falta de pagamento, no vencimento, de uma dívida líquida e certa.

Parece-nos, porém, insuficiente a definição do saudoso professor, porque só abrange a falência como execução coletiva, e não como meio conservatório de direitos, que ela também é, nos termos dos incisos II e III do art. 94, da Lei n. 11.101/2005, que correspondem ao art. 2º do Decreto-lei n. 7.661/1945, ora revogado.

Não é só da impontualidade que decorre a falência. Outros fatos a caracterizam, independentemente daquela condição. Parece-nos, pois, que no sistema legal brasileiro pode-se defini-la como a liquidação judicial coletiva da situação jurídica do empresário impontual, ou que tenha praticado os atos enumerados pela lei no art. 94, incisos II e III da Lei n. 11.101/2005.

Como se caracteriza o estado de falência?

Segundo Percerou *apud* Prates (1954: 28),<sup>8</sup> em razão do sujeito passivo, as leis

Paulo, Saraiva, 1986, p. 5). Da segunda, temos a definição de José da Silva Pacheco, que assim a apresenta: “A falência é o processo através do qual se apreende o patrimônio do executado, para extrair-lhe valor com que atender à execução coletiva universal, a que concorrem todos os credores” (*Processo de Falência e Concordata*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 79).

7. Octavio Mendes, *Falências e Concordatas*, São Paulo, Saraiva, 1930, p. 18.

8. Lincoln Prates, *Manual de Direito Comercial*, t. 1, cit., p. 28.

modernas sobre falência podem ser classificadas em três grupos: o grupo latino, o grupo germânico e o grupo anglo-saxão.

No grupo latino, as legislações caracterizam-se pelos seguintes traços principais:

a) excluem da falência os que não são empresários;

b) as restrições de direitos e a incapacidade, porventura resultantes da falência, só desaparecem, em regra, com a reabilitação.

No grupo germânico, algumas leis sujeitam aos mesmos preceitos a falência dos devedores civis e a dos comerciais; outras as submetem a regras diferentes. Em geral, os efeitos da falência extinguem-se com o seu encerramento.

No grupo anglo-saxão, constituído pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, a falência é extensiva a empresários e não-empresários, com uniformidade do regime legal, isto é, com os mesmos preceitos para uns e para outros.

A regra, segundo a lei brasileira em vigor, é que em falência incidem apenas os empresários, pessoas naturais ou jurídicas, desde que se verifique alguma das hipóteses mencionadas nos incisos I, II e III do art. 94, da Lei n. 11.101/2005.

É este o primeiro *pressuposto subjetivo* de falência, o seu primeiro característico.

Mas, à regra de que somente os empresários estão sujeitos à falência, abre-se uma exceção na legislação atual: a falência da sociedade, agora, acarreta também a dos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, nos termos do polêmico art. 81 da nova lei.<sup>9</sup> Ficam eles sujeitos aos efeitos jurídicos que a senten-

9. “Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.”

ça declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos sócios são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor falido.

A extensão da falência aos sócios solidários e ilimitadamente responsáveis explica-se com a consideração de que, tendo ingressado na sociedade a esse título, obrigam-se em relação àqueles que com ela trataram e passam a responder pelas dívidas sociais não pagas pela sociedade.

Deixando que a sociedade seja levada à falência, descumprem o prometido, colocando-se, destarte, perante os credores sociais em situação idêntica à da sociedade. E se ela foi levada à quebra pela falta de pagamento de seus débitos, o mesmo deve suceder aos sócios de responsabilidade ilimitada, porque onde há a mesma razão deve-se aplicar o mesmo dispositivo legal.

Acresce que a sujeição dos sócios solidários à falência contribui, no nosso modo de ver, inegavelmente, para aumentar e fortalecer o crédito das sociedades empresárias e facilitar o pagamento dos credores. Contudo, tal disposição implica a quebra da unidade do sistema brasileiro, estendendo a falência aos não-empresários, quer porque por essa forma ficam garantidos os interesses dos credores, quer porque se reforça o crédito das sociedades empresárias.

A atual lei, com a redação do art. 81, deu a mão à palmatória, reconhecendo a crítica do Prof. Waldemar Ferreira (1965: 49).<sup>10</sup> ao revogado art. 5º do Decreto-lei n. 7.661/1945. O citado dispositivo legal previa que os sócios solidários não eram declarados falidos, mas ficavam sujeitos aos mesmos efeitos que a sentença declaratória de falência produzia na sociedade falida. Ironizava o saudoso mestre, com razão, que se os sócios de responsabilidade ilimitada ficavam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos que a sentença declaratória produzia

em relação à sociedade falida; e se lhes eram impostos, sob as mesmas penas, todos os deveres do falido e lhes eram reconhecidos todos os direitos deste, parece que tudo se reduzia apenas a uma questão de nomes: simplesmente não eram chamados falidos, e é só. Com a nova lei, agora, são!

Quanto aos *pressupostos objetivos* para a caracterização da falência, foram adotados vários sistemas pelas diferentes legislações dos países. Os principais sistemas, segundo Navarrini (1943: 36-37),<sup>11</sup> podem ser assim classificados:

1º. O estado de falência se deduz do *desequilíbrio do balanço* em que o passivo supera o ativo. Esse sistema é inseguro e de difícil aplicação, porque seria necessária para sua apuração uma profunda inspeção e investigação na empresa do empresário, que não se legitimaria de modo algum, se ele continuasse pontual com seus compromissos. Seria ainda preciso ter a possibilidade de apreciar convenientemente este elemento impalpável, mas decisivo, que é o crédito. As investigações a ele relativas seriam na maior parte das vezes pouco concludentes e, por outro lado, prejudiciais ao empresário.

2º. O grupo das que tomam como critério a *cessação de pagamentos*, ao qual se filiou o nosso Código Comercial de 1850, cujo art. 797 rezava: "Todo comerciante que cessa os seus pagamentos entende-se quebrado ou falido".<sup>12</sup>

3º. A lei que toma o trabalho de *enumerar por si mesma os atos* que, demonstrados pelo credor, podem conduzir à declaração da falência do devedor. Assim ocorre, no caso de inadimplemento, cessão

11. Humberto Navarrini, *La Quiebra*, trad. e notas sobre o direito espanhol por Francisco Hernandez Borondo, Madri, Instituto Editorial Reus, 1943, pp. 36-37.

12. No mesmo sentido é o Código francês de 1807: "Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite"; e o revogado Código espanhol de 1885 (art. 874): "Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones".

10. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, v. 14, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 49.

de bens a credores, gestões fraudulentas por doações ou por outros meios de transferência de todos os bens ou de parte deles, em paradeiro não conhecido do devedor, dentre outros. Se por um lado esse sistema elimina toda possibilidade de arbitrariedade judicial, por outro, ele é também temerário, porque a enumeração, forçosamente limitada, pode não ser completa, tornando-se, por conseguinte, defeituosa.

Tais atos ou fatos determinados enumerados pela lei denunciam a precária situação econômico-financeira do devedor ou a dissipação culposa ou fraudulenta do seu patrimônio, em prejuízo dos credores. A este grupo aderiu a nossa legislação, desde o Decreto n. 917, de 1890, o Decreto-lei n. 7.661/1945 (art. 2º) e a atual lei em seus incisos II e III do art. 94.

4º. Segundo outro sistema, o da lei italiana, o que determina a declaração da falência é a *incapacidade ou a impotência para pagar*. A incapacidade ou impotência naturalmente tem de se manifestar externamente, por inadimplementos ou por outras circunstâncias ou elementos (p.ex. abandono do negócio, fuga, suicídio), independentemente de evidentes descumprimentos.

O sistema da lei italiana, que é de 16 de março de 1942, substituiu o critério da cessação de pagamentos, adotado pelo art. 683 do revogado Código de 1882, pelo da *insolvência*, definida como “a impossibilidade patrimonial do devedor satisfazer regularmente as suas obrigações, manifestada pelo inadimplemento, ou por outros fatos exteriores”.<sup>13</sup>

Carlo D’Avack (1940: 37)<sup>14</sup> assim distinguia insolvência de inadimplência: “A

insolvência é aquele estado de desordem geral do patrimônio do devedor que deixa prever uma segura impossibilidade para fazer frente aos seus compromissos que estão a vencer; ao contrário, a inadimplência é um fato que consiste na falta de pagamento de um débito de um credor que ainda não o requereu”.

No sistema adotado pela legislação italiana de 1942, o *pressuposto objetivo* para a abertura do concurso é a *insolvência*, entendida como a incapacidade de pagar que deriva de dois elementos: a atividade do devedor e seu crédito –, a qual se presume quando se dá pelo inadimplemento das obrigações vencidas e pela ocorrência de outros fatos exteriores.

Segundo Provinciali (1973: 41),<sup>15</sup> “A insolvência se traduz pelo desequilíbrio entre os elementos ativo e passivo do patrimônio, considerados em sua complexidade, de sorte a compreender a capacidade produtiva e creditória do empresário. Não se reduz, pois, a uma avaliação puramente contábil, ou a uma conceituação jurídica do patrimônio, porque abrange também a atitude funcional da empresa e a produtividade de que é capaz”.

Para Salvatore Satta (1974: 38),<sup>16</sup> “a insolvência é a impotência do empresário, manifestada, exteriormente, em cumprir com suas obrigações”.

O estado de insolvência, pois, nos termos da legislação italiana, contempla todas as formas de manifestação externa de insolvência, diversas, portanto, da cessação de pagamentos, e reveladoras de um estado econômico em que o devedor, devendo manter seus pagamentos em dia, não o faz, pela ausência de condições de cumpri-los regularmente, entendendo-se não só os débitos vencidos, mas também, com meios normais, os demais relativos ao ordinário exercício da empresa.

13. Renzo Provinciali, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, 4ª ed., Pádua, CEDAM, 1973, p. 41.

14. Salvatore Satta, *Diritto Fallimentare*, Pádua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM, 1974, p. 38.

13. O art. 5º da lei falimentar italiana dispõe que: “L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni” (apud Umberto Azzolina, *Il Fallimento e le altre Procedure Concorsuali*, Turim, UTET, 1953, p. 231).

14. Carlo D’Avack, *La Natura Giuridica del Fallimento*, Pádua, CEDAM, 1940, p. 37.

Tal modelo foi adotado pelo CPC, quando trata da execução por quantia certa do devedor insolvente nos arts. 748<sup>17</sup> e ss.

#### **IV – O sistema de caracterização de falência adotado pela Lei n. 11.101, de 2005**

A lei de falências não adota um sistema puro, para a caracterização do estado falimentar do devedor. Além da *impontualidade* prevista no art. 94, inciso I, outros atos do devedor servem para fundamentar a declaração judicial de falência, como nos casos dos incisos II e III, do art. 94 da Lei n. 11.101/2005.

A falência também se caracteriza se o empresário, na hipótese do inciso II do art. 94, executado, por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.

A redação do art. 94, II da Lei n. 11.101/2005 tinha por fundamento o art. 652 do Código de Processo Civil, sem a alteração nele introduzida pela Lei n. 11.382, de 6.12.2006, que assim previa: “O devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar, depositar ou nomear bens à penhora”.

Nos termos do art. 94, § 4<sup>o</sup>, da nova lei, basta ao credor requerer uma certidão do cartório no qual a execução está sendo processada atestando que o devedor, citado, não pagou, não depositou, nem nomeou bens à penhora no prazo legal, para configurar o pedido de falência com fulcro no inciso II do art. 94.

Tal hipótese de falência não é novidade no direito brasileiro, porque o art. 2<sup>o</sup>, inciso I, do revogado Decreto-lei n. 7.661/1945 também a previa. Como salientamos nas considerações iniciais deste artigo, a Lei n. 11.101/2005 manteve no art. 94, inciso

II, a mesma redação da legislação anterior apenas acrescentando que o pedido pode ser fundado em execução, *por qualquer quantia líquida*, não se exigindo, para esta hipótese, o mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos, estabelecido no caso do inciso I do art. 94.

Para essa hipótese de falência calcada na *insolvência legal*, o protesto do título em que se baseia a execução não é necessário. Até porque o título de crédito pode ser cobrado por execução judicial dos devedores principais em qualquer hipótese e também dos co-devedores, mesmo não estando o título protestado. A execução, neste caso, deve ser suspensa até o julgamento do pedido de falência, não sendo necessário, a nosso ver, que o credor promova a sua extinção como condição para o processamento do pedido falimentar.

A lei prevê, ainda, no inciso III do art. 94, como causa de pedir para a caracterização do estado falimentar, os *atos ensejadores de falência*. Se o devedor passa a usar de meios ruinosos, como a liquidação precipitada de seus bens ou outros meios semelhantes, ou usa de meios fraudulentos para promover pagamentos de dívidas, revela com isso que está em situação financeira difícil, dissipando seus bens em desfavor dos interesses dos credores. Qualquer credor, pois, comprovando o fato revelador de falência, pode requerê-la, se o devedor for empresário.

#### **V – As reformas do CPC em matéria de execução por títulos judiciais e extrajudiciais**

As recentes alterações no Código de Processo Civil por meio das Leis n. 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 6.12.2006, que mudaram inteiramente o panorama do processo de execução no país, impõem uma nova interpretação do inciso II do art. 94, que trata da presunção de insolvência como fato ensejador de falência. O então art. 2<sup>o</sup>, inciso I, do Decreto-lei n. 7.661/1945 revogado, e do mesmo modo, o inciso II do

17. “Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.”

art. 94, da atual lei, caracteriza uma hipótese de falência não pelo inadimplemento do devedor, mas por força de sua revelada incapacidade patrimonial. O fato de o executado não pagar, não depositar e nem nomear bens à penhora significa que o devedor não dispõe de bens livres e desembaraçados para solver a dívida, o que configura a presunção de sua insolvência. A situação do devedor, portanto, é mais grave do que a do mero inadimplemento. Por essa razão, não se justifica, como bem o fez a atual lei, exigir-se um *valor mínimo*, como na hipótese do art. 94, I.

No que se refere à execução por *título judicial*, ela se dá, agora, por simples procedimento complementar do processo de conhecimento, onde se proferiu sentença que reconheça a existência de obrigação de fazer ou não fazer, entregar coisa, ou pagar quantia certa (art. 475-N, com a redação da Lei n. 11.232/2005).

Dispõe o art. 475-J que, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Por seu turno, a Lei n. 11.382/2006 alterou a sistemática da execução por *título extrajudicial* estabelecendo no art. 652 que: “O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida”.

Como se sabe, a via judicial comum de que se vale o credor, sobretudo, quando os indícios de insolvência do devedor não são evidentes, é o processo de execução, segundo disciplina o CPC. Realiza-se a execução no interesse particular e singular do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. Assim, adquirindo o credor, pela penhora de bens do devedor solvente, um direito sobre os bens penhorados, é evidente que, tendo o devedor bens livres e desembaraçados, preferível será ao credor agir

*individualmente*, promovendo a execução. Mas, se o devedor executado, não paga, não deposita a importância respectiva ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal, caracteriza-se *legalmente* a sua insolvência. Neste caso, o que caracteriza o estado de insolvência não é propriamente a sua inadimplência, mas a insuficiência patrimonial para pagar o crédito.

Não tendo sido garantida a execução, portanto, com o depósito da importância da dívida ou a nomeação de bens à penhora, o credor poderá requerer a falência do devedor empresário, com fundamento na execução frustrada. É o caso do art. 94, inciso II, objeto de nosso exame no presente estudo, por meio do qual a presunção de insolvência dá-se pela execução frustrada levada a efeito pelo credor.

Ernane Fidélis dos Santos (2007: 14),<sup>18</sup> comentando a nova sistemática da execução por títulos extrajudiciais introduzida pela Lei n. 11.382/2006, salienta que: “Se o devedor se obriga a pagar quantia determinada e não o faz, o credor adquire o direito de receber forçosamente. Como, porém, o objeto da dívida é dinheiro, na execução o credor não pode pretender, de imediato, o recebimento de bem determinado do patrimônio do devedor, cujo valor tenha equivalência com a dívida. Mister se faz que ele agride o patrimônio de quem lhe deve e o transforme em dinheiro, totalmente ou apenas parte dele, para receber o que lhe é devido, ou, se preferir, requeira adjudicação do bem penhorado pelo justo valor”.

Muito embora o executado, independentemente, da segurança do juízo, possa embargar, a penhora deve ser feita após três dias da citação, desde que não se faça o pagamento (art. 652, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006). A princípio, pela nova redação do Código, seria de

18. Ernane Fidélis dos Santos, *As Reformas de 2006 no Código de Processo Civil: Execução dos Títulos Extrajudiciais*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 14.

se concluir que a fase de nomeação de bens pelo devedor foi suprimida, tanto no cumprimento da sentença, como na execução por título extrajudicial. O ilustre Desembargador Ernane Fidélis (2007: 19),<sup>19</sup> contudo, sustenta que: “Também de ofício, ou a requerimento do exequente, o juiz poderá intimar o executado, através de seu advogado, ou pessoalmente, se não o tiver, para indicar bens passíveis de penhora (art. 652, §§ 3º e 4º, acrescentados pela Lei n. 11.382/2006)”.

No caso da execução por quantia certa fundada em sentença, o eminente processualista Humberto Theodoro Júnior (2006: 142)<sup>20</sup> comenta que: “O credor, à falta de título executivo extrajudicial, terá de obter, em processo de conhecimento, a sentença condenatória, para em seguida atingir o patrimônio do devedor. Não terá, porém, de passar pelo ajuizamento de ação executiva separada para chegar aos atos expropriatórios. Por força da própria sentença condenatória dar-se-á a expedição, após o transcurso do prazo de pagamento voluntário, do mandado de penhora e avaliação dos bens necessários à satisfação do direito do credor (art. 475- J)”.

E conclui: “Caberá ao credor requerer a medida, em simples petição formulada no processo em que a condenação foi proferida, a qual será instruída com o demonstrativo do débito atualizado (art. 614, II) e, se for o caso, com o comprovante de que já ocorreu a condição ou o termo, se tais elementos foram previstos na sentença”.

Diante da nova sistemática do CPC, queremos crer que o prazo legal é para pagamento. Se o devedor não paga a dívida, tal fato revela apenas a sua incapacidade de pagamento, mas não a sua insuficiência patrimonial.

Em face disso, a certidão mencionada no art. 94, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, que

deve ser instruída pelo credor na inicial do pedido de falência, com fundamento no art. 94, II, *só pode ser extraída* após o cumprimento do mandado de penhora, atestando que não houve bens livres e desembaraçados para satisfação do crédito.

Do que se conclui, diante das pertinentes e judiciosas ponderações dos processualistas acima mencionados, que a hipótese de falência com fundamento no art. 94, inciso II, a nosso ver, somente se configurará se a penhora, no caso do cumprimento da sentença, a requerimento do credor, e na execução por título extrajudicial, após o cumprimento do mandado pelo oficial de justiça, restar frustrada.

Se o devedor, portanto, não efetuar o pagamento da dívida no prazo de quinze dias, no caso do cumprimento da sentença (art. 475-J do CPC), e de três dias na execução por título extrajudicial (art. 652 do CPC), não poderá o credor, munido da certidão de que não houve o pagamento no prazo legal, querer a falência do devedor, se este for empresário, por evidente, com fundamento no art. 94, II. Admitir em sentido contrário, é descaracterizar o pedido de falência, nessa hipótese, como de presunção de insolvência, o que tradicionalmente sempre foi o objetivo do legislador falimentar.

Como salienta Rubens Requião (1986: 57):<sup>21</sup> “A insolvência é um fato econômico patológico, para se usar da significativa expressão de Rocco, ou um fenômeno econômico mórbido, na palavra realista de Vivante. Este estado pode ser *confessado* pelo empresário, como pode ser *presumido* por atos que exteriorizem a ruína da empresa”.

Assim fez o legislador brasileiro: desde o revogado Decreto-lei n. 7.661/1945, em seu art. 2º, como na atual Lei, ao adotar o sistema da enumeração legal para configurar o estado de insolvência do devedor.

19. Ernane Fidélis dos Santos, ob. cit., p. 19.

20. Humberto Theodoro Júnior, *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 142.

21. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, v. 1, 11ª ed., cit., p. 57.

A insolvência é, pois, *presumida* pela prática dos atos enumerados pela lei. O que não impede o devedor de elidi-la, ao se defender quando citado no processo de falência.

## VI – Conclusão

As recentes reformas do CPC foram motivadas pela necessidade de se dar maior efetividade e celeridade ao processo de execução. Não resta dúvida de que, no tocante ao cumprimento da sentença, como à execução de título extrajudicial, as alterações pretenderam dar maior eficácia e segurança na satisfação do crédito. Contudo, o instituto da falência não tem o mesmo condão, a saber, o de satisfazer o crédito como meio ordinário de cobrança.

Como vimos, nas considerações iniciais deste artigo, o escopo da falência é a defesa do crédito e da economia em geral. Como salienta José da Silva Pacheco (2000: 24):<sup>22</sup> “O direito é uno e, sempre, qualquer que seja o ramo, visa ao bem comum, ao bem-estar social, à paz, ao equilíbrio e à segurança. O processo civil, como o da falência, não tem outra finalidade. É apenas um meio de que dispõe o Estado, e não só o Estado, mas também os particulares, para realizar a justiça social”.

O princípio da preservação da empresa, de ideário da Constituição Federal de 1988, no Capítulo relativo a Ordem Econômica e Financeira do país, converteu-se no enunciado finalístico fundamental da nova Lei n. 11.101/2005, ao instituir, inclusive, um procedimento de soerguimento judicial destinado a permitir a salvaguarda

da empresa, a manutenção do emprego dos trabalhadores e da atividade econômica (ação de recuperação judicial de empresas).

Nesse contexto, a preocupação principal da lei não é a de apenas satisfazer os credores, como ocorria com os procedimentos concursais de cunho liquidatário e solutório, mas, sobretudo, a de preservar a empresa viável economicamente. Deve-se, portanto, buscar sempre uma interpretação da lei que não banalize o pedido de falência como meio coercitivo de recebimento do crédito. Se o credor tentou a via ordinária e não obteve êxito, viu-se frustrado na satisfação do seu crédito, aí, sim, deve-se abrir a via extraordinária da falência.

Apesar das reformas introduzidas no CPC, entendemos que não há necessidade de se alterar a Lei n. 11.101/2005, no tocante ao que dispõe o art. 94, II. Há um custo na reforma de uma lei, neste caso, ainda tão recente, como a lei de falências, com um ano apenas de vigência. Se há lacunas, omissões ou imperfeições na norma, a sua interpretação deve estar voltada para a persecução dos seus objetivos, privilegiando-se os valores maiores que devem ser tutelados.

Este ajuste dos processos de hermenêutica evita a necessidade, sempre recorrente, de ser alterada a lei, quando se encontra obstáculos a sua melhor aplicação. Esta tarefa deve ser entregue aos magistrados e demais operadores do direito que receberam a missão primordial de aplicar a lei sempre visando ao bem comum, ao bem-estar social, à paz, ao equilíbrio e à segurança.

22. José da Silva Pacheco, *Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falên-*

*cias: Doutrina, Prática e Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 24.