

A EXECUÇÃO FRUSTRADA COMO HIPÓTESE DE ATO DE FALÊNCIA

Antônio Augusto Gonçalves Tavares

Resumo

A Lei 11.101/05 que introduziu novas regras para disciplina do direito falencial brasileiro, trouxe importantes alterações. Dentre elas destaque-se o deslocamento da hipótese de frustração de execução singular contra o devedor empresário do elenco dos atos de falência. Segundo o art. 94 da referida lei, são atos de falência, aptos a permitir a presunção de insolvabilidade do empresário, aqueles listados no inciso III. Ao contrário do que dispunha o Decreto-Lei 7.661/45, em seu art. 2º, o ato de o empresário não atender à determinação judicial quando da citação para a execução singular, frustrando com isso o esforço do credor em ver restituído o crédito perseguido, se traduzia em ato de falência assim como os demais atos elencados debaixo do mesmo artigo. Como compreender tal mudança? Uma nova forma de revelar a falência do empresário além da impontualidade (art. 94, I) ou dos atos de falência (art. 94, III)? Ou permanece o ato de frustrar a execução como uma conduta (omissiva) reprovável como as demais descritas no rol dos atos de falência?

Palavras chave: Atos de falência. Execução frustrada. Depósito elisivo.

EJECUCIÓN FRUSTRADO COMO HIPÓTESIS DE ACTO DE QUIEBRA

Resumen

La Ley 11.101/05, que introdujo nuevas reglas para la disciplina de la bancarrota en Brasil, trajo consigo cambios importantes. Entre ellos se destacan lo desplazamiento de la hipótesis de ejecución frustrado contra del deudor de los actos de la quiebra. Según lo artículo 94 de la ley, son actos de quiebra, capaces de permitir la presunción de insolvencia del deudor, los que figuran en la sección III. A diferencia de lo que tenía Decreto Ley 7.661/45, en su art. 2, el acto del empresário no cumple con la orden judicial cuando la citación para la implementación, frustrando así los esfuerzos de lo acreedor ver restaurado el crédito perseguido, traducido al acto de quiebra, así como los otros actos enumerados en el mismo artículo. ¿Cómo entender este cambio? Una nueva forma de revelar la quiebra de la empresa más allá de lo avanzado (art. 94, I) o actos de quiebra (art. 94, III)? o permanece el acto de frustrar la ejecución reprobable como los actos que se describen en la lista de actos de

quiebra?

Palabras clave: Actos de la bancarrota. Ejecución frustrado.

1 O CRÉDITO COMO ELEMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

1.1 Conceituação

Inegável ser o crédito elemento indissociável do desenvolvimento econômico na medida em que permite a antecipação das relações comerciais possibilitando a troca de um valor atual por uma contraprestação futura, acelerando e fomentando a circulação da riqueza.

Crédito não cria riqueza ou mesmo capitais. Ele apenas possibilita sua imediata circulação não se traduzindo, pois, em agente de produção. Nas lições de Stuart Mill citado por Requião (2003, p. 358), “o crédito não é mais do que a permissão para usar do capital alheio. O crédito não cria capitais como a troca não cria mercadorias”.

É por meio do crédito que alguém que não possua dinheiro de momento consiga suprir determinada necessidade presente, comprometendo-se à restituição futura. Em síntese, para que se revele o crédito, dois elementos devem estar presentes no momento da sua concretização: a confiança e o tempo.¹

Num esforço de conceituar o crédito distanciado dos calorosos debates da literatura², poderíamos dizer que crédito é o complexo de relações de confiabilidade, antecipação e principalmente solvabilidade de uma pessoa em relação a outra e que envolve, no âmbito das relações mercantis, elemento financeiro. Sem embargo do já denunciado debate conceitual é aceitável emprestar-se à palavra “crédito” ideia de crença ou confiança.

¹ Para Luiz Emydio F. da Rosa Junior (1984, p. 9): “[...] os elementos do crédito são a confiança e o tempo. A confiança tem de ser entendida sob seus aspectos subjetivo e objetivo, consistindo o subjetivo na fé que o credor deposita no devedor de que este preenche os requisitos morais básicos necessários à efetivação do negócio de crédito, ou seja, que o devedor aplicará a sua capacidade econômica no cumprimento de sua obrigação, correspondente ao pagamento do empréstimo no prazo fixado; encarada sob o ponto de vista objetivo, a confiança compreende a certeza que o credor tem de que o devedor possuir capacidade econômico-financeira para lhe restituir a importância mutuada, resultando tal confiança do conhecimento da renda e do patrimônio do devedor. [...] O elemento tempo corresponde ao período que decorre entre o cumprimento da prestação atual por parte de quem concede o crédito e o da prestação futura por parte do beneficiário do mesmo, pelo que o prazo decorre da própria noção do crédito.”. Para Rubens Requião (2003, p. 359), “o crédito importa um ato de fé, de confiança, do credor. Daí a origem etimológica das palavras – *creditum, credere*”.

² Da literatura jurídica extraímos os seguintes conceitos: “crédito é a possibilidade de dispor imediatamente de bens presente, para poder realizar nos produtos naturais, as transformações que os tornarão, de futuro, aptos a satisfazer as mais variadas necessidades;” (ASCARELLI, 1943, p. 11-12). Maria Helena Diniz citada por Fran Martins (1999, p. 5) vê no crédito a antecipação de recursos (mercadorias, dinheiro, uso de imóveis, serviços, títulos, etc.) que obrigará no futuro uma pessoa a outra. Isso em face da confiança depositada naquele a quem se entrega a coisa. Pode ser definido como “*a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida*”. Do ponto de vista econômico Luiz Emydio F. da Rosa Junior (1984, p. 9) apresenta os seguintes conceitos: “a) crédito é a troca no tempo e não no espaço (Charles Gide); b) crédito é a permissão de usar capital alheio (Stuart Mill); c) crédito é o saque contra o futuro; d) crédito confere poder de compra a quem não dispõe de recursos para realizá-lo (Werner Sombart); e) crédito é a troca de uma prestação atual por uma prestação futura.”.

1.2 A importância do crédito na rotina do empresário

Exatamente por permitir a antecipação de suprimento de determinada necessidade é que o crédito se mostra como um importante elemento de desenvolvimento social, proporcionando benefícios à sociedade não apenas como mecanismo de fomento do consumo, mas e principalmente ao promover a inovação e a renovação da força de investimento do produtor, favorecendo diretamente o bem estar da população. E isso se traduz em melhoria da qualidade de vida.

Raphael de Barros Monteiro Filho (2006, p. 2) ao realçar que “a construção da sociedade, portanto, e, até mesmo, a sua transformação passa pela concepção de um sistema financeiro efetivamente saudável, ético e eficiente”, estabelece de modo inequívoco vínculos relativos do crédito com o desenvolvimento da ordem financeira e social.

O mestre Miranda Valverde é também preciso quando leciona que:

O mecanismo da circulação das riquezas tem no crédito um dos elementos principais de propulsão. As organizações comerciais modernas, quaisquer que sejam, sem ele não podem desenvolver com amplitude seus negócios, atuar com eficácia no campo largo e aberto da concorrência. (VALVERDE, 1999, p. 1).

Para Vivante, citado por Requião (2003, p. 358), o crédito chegou a ser tratado como próprio objeto do comércio.

Na esfera de interesse jurídico, o crédito quase sempre decorre de uma relação negocial bilateral e consensual. Tome-se o contrato, por exemplo, meio do qual se valem as partes para atingir determinados interesses patrimoniais convergindo vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer) e, bem assim deveres jurídicos dele derivados pautados na boa fé objetiva e do superior princípio da função social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 15). O crédito se revela de modo ainda mais claro na compra e venda de determinado produto com entrega imediata e pagamento futuro do preço.³

1.3 O abalo do crédito

Por força do *pacta sunt servanda*, devem as partes, pautadas nos deveres subjetivos, cumprir suas obrigações de modo e no tempo ajustados. Caso contrário, o descumprimento da

³ Reconhece-se a inegável importância dos títulos de crédito nesse cenário. Todavia, por não ser o objeto do trabalho não haverá incursão no tema para que se evite nesse palco, envolvimento com saudáveis polêmicas conceituais.

obrigação gerará para a parte credora além do direito à reparação ou restituição, a desconfiança, a insegurança em negócios futuros seja com o próprio devedor inadimplente (que haverá de suportar os ônus da sua omissão) seja com terceiros.

Nas palavras de Valverde

são inúmeros os fatores que provocam o abalo no crédito. Uns, de ordem geral, econômicos, financeiros, políticos, com influência em todos ou alguns dos ramos da atividade humana; outros, de ordem particular, dizem respeito ao devedor, ao modo porque administrou seus negócios. As consequências são sempre desastrosas. Desaparece, imediatamente, a confiança, base do crédito, que o devedor inspirava às pessoas com quem transacionava, e não só os credores, mas ainda terceiros conhecedores do fato, passam a considerá-lo indivíduo suspeito, traçam-lhe um círculo de isolamento, que mais e mais se estreita, e do qual raros são os que saem com dignidade. (VALVERDE, 1999, p. 1).

No primitivo direito romano o direito ao crédito, como resultante de uma relação obrigacional, tinha seu cumprimento indissociável da pessoa obrigada, que por ele respondia pessoalmente. Desta forma, diante do inadimplemento da obrigação o próprio corpo do devedor era utilizado para a solução da dívida, restando ao credor insatisfeito, vender o devedor como escravo ou até mesmo sacrificar-lhe, conforme previsão da Lei das XII Tábuas. Certo é que com a evolução dos sistemas jurídicos, passou o patrimônio do devedor a responder pelas obrigações que assumia.

Notória a importância que a literatura emprestou ao crédito.

São também evidentes os esforços para que o voto de confiança, quando quebrado, fosse firmemente repudiado para, com isso, desestimular a inadimplência, principalmente entre os comerciantes. E foi sob essa severa inspiração que o direito tratou o comerciante que caminhasse para a falência. A nosso ver, com maior rigor até.

2 A INADIMPLÊNCIA

Das lições de Orosimbo Nonato (1960) extrai-se que toda obrigação nasce para se extinguir. E a extinção da obrigação se dá com o seu cumprimento.

Toda relação obrigacional carrega em sua essência (ainda que de modo não explícito), a promessa de cumprimento das respectivas prestações por parte das pessoas nelas envolvidas. A obrigação creditícia se extingue, pois, com o pagamento, pelo devedor ao credor, do valor respectivo. O seu não cumprimento, além do abalo na confiança, acarreta responsabilidade para o inadimplente. E, consequência do inadimplemento da obrigação será o dever de reparar o prejuízo ao credor, recompondo seu patrimônio na mesma proporção.

Inadimplemento é, pois, o descumprimento da obrigação assumida (ou mesmo cumprimento de forma incompleta). É a quebra do compromisso jurídico estabelecido entre aqueles que se comprometeram a dar, fazer ou se omitir de fazer algo ou alguma coisa. Por estar o devedor obrigado a efetuar a prestação devida de modo completo, e no tempo e lugar determinados, o inadimplemento se verificará quando assim não se a cumpre voluntária ou involuntariamente.

João de Matos Antunes Varela (1992, p. 9) realça ser o não cumprimento a situação objetiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da sua falta.

Orlando Gomes, é preciso quando leciona que

o inadimplemento da obrigação principal constitui a vicissitude mais comum da relação obrigacional, devendo-se entender como tal a não realização da prestação liberatória, sem que o direito do credor se tenha satisfeito por outra via ou cumprido o dever de prestar a cargo do obrigado. (GOMES, 2002, p. 171).

Diante do inadimplemento surge para o credor do direito a exigir o cumprimento compulsório à realização da prestação, ou a reparação do prejuízo dele derivado. A essa altura emerge, inevitavelmente, o conflito de interesses entre o devedor e o credor e entre esse e outros credores, uma vez que cada um procuraria se adiantar na busca do direito à prestação não cumprida. Abertas várias vias judiciárias tal conflito não se resolveria senão com graves prejuízos para a comunidade de credores ao exercerem seu direito sobre o patrimônio do devedor comum. É daí que surge, no desenvolvimento dos institutos jurídicos, o processo de execução coletiva onde o patrimônio do devedor se constitui na garantia comum dos credores.

Encontramos no direito romano as primeiras linhas destinadas a regular o funcionamento e disciplina do instituto na forma processual da *missio in bona* e derivada *venditio bonorum* do devedor insolvente. A evolução nos remete finalmente ao propósito colimado, qual seja o pagamento aos credores com a venda do patrimônio do devedor comum.

Como relata Valverde,

essa concepção, apesar das modificações profundas introduzidas no direito romano no evolver dos séculos, persiste ainda no direito comunal italiano, ao qual se deve a formação do instituto da falência, delineado como processo de execução coletiva contra o devedor foragido ou insolvente. (VALVERDE, 1999, p. 2).

3 A FALÊNCIA E O EMPRESÁRIO

Dos estudos contidos na literatura clássica⁴ pode-se extrair com alguma segurança que o instituto da falência teve seu embrião na execução concursal nas cidades do norte da Itália quando os pretores reuniram poderes para amoldar os institutos jurídicos disponíveis às peculiaridades do caso que lhes eram submetidos. Era até então

aplicado indistintamente ao comerciante e ao não comerciante. Mas curioso é que a qualidade do comerciante e a insolvência constituíam pressupostos da falência. Outra curiosidade é que a falência era considerada um delito, e por essa razão o falido era submetido a uma série de vexames e humilhações. (RAMALHO, 1993, p. 8).

Segundo Sérgio Mourão Corrêa Lima (2009, p. 1), o fracionamento do Império Romano conferiu destaque a diversas cidades italianas, nas quais ocorriam feiras, que reuniam comerciantes de diferentes regiões. Note-se que a palavra falência deriva do italiano “fallere”. Um dos seus sinônimos, bancarrota, provém da expressão também italiana “banco rotto” (banco quebrado). Nas feiras medievais, os comerciantes costumavam expor suas mercadorias num banco de praça; quando se tornavam insolventes, quebrava-se esse banco, como símbolo de protesto. Posteriormente, diversos Estados nacionais foram formados: Portugal e Espanha (sec. XV e XVI); Holanda, Inglaterra e França (sec. XVII e XVIII). Neste contexto, foi editado, em 1807, o Código de Comércio (de Napoleão), contendo quatro livros: Comércio em Geral; Comércio Marítimo; Falências e Bancarrotas; e Jurisdição Comercial. Na mesma linha, o Brasil, após a declaração da independência (7 de setembro de 1822), fez promulgar o Código Comercial de 1850, dividido em três partes: Comércio Geral; Comércio Marítimo; e Quebras. Desde então, o instituto da falência ganha indisfarçável conotação comercial, aplicável apenas aos comerciantes.

Não é difícil compreender o fundamento deste gradual direcionamento do instituto da falência aos então comerciantes. A execução em concurso de credores, inspiração da falência, era aplicada às relações comerciais de modo mais intenso, tendo em vista que eram os comerciantes quem mais se valiam do crédito para o incremento de suas atividades, por isso, o risco da inadimplência era maior entre eles.

Isso fica mais evidente a partir da evolução legislativa do instituto da falência que em sua maioria veio em codificações da atividade comercial. O forte desenvolvimento da

⁴ Em obras citadas neste trabalho: Rubem Requião (2003, p. 8); Miranda Valverde (1999, p. 2); Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 242); Ruben Ramalho (1993, p. 7); Luiz Tzirulnik (1997, p. 41); Sérgio Mourão Correia Lima (2009, p. 4).

atividade comercial na Itália, França e Portugal pavimentou o caminho para a normatização nesse sentido. Nada obstante, países como Inglaterra, Áustria, Dinamarca, Hungria e Noruega mantiveram as normas falimentares para qualquer devedor.

O viés comercial do instituto da falência já se revelava, aliás, em momento pretérito em Portugal quando da edição do Alvará do Marques de Pombal, de 13 de novembro de 1756 que teve por propósito reerguer economicamente a capital após o terremoto do ano anterior. Rubens Requião demonstra com propriedade essa característica em excerto de seu Curso:

Tais foram os desajustes que o cataclismo causou na economia da metrópole, que El-rei: considerando as grandes ruínas de cabedais, e créditos, que a calamidade do memorável dia primeiro de novembro do anno próximo passado trouxe ao commercio de meus vassallos; e que o cuidado de consolidar os mesmos créditos, e cabedais, em benefício dos Homens de Negócio, que comerceão nestes Reynos; constituirão dous objectos dos mais instantes, e urgentes, entre os muitos, que depois daquelle funesto dia excitarão o meu Régio e Paternal desejo de avaliar, e restabelecer os Póvos que Deos me confiou, de sorte, que diante da Divina assistência, os possa restituir ao estado de viverem à sombra do Throno em paz, e abundância, contribuindo todos reciprocamente para o bem-comum, que resulta de cessarem no commercio as fraudes, e de se animarem, e sustentarem os que nele se empregão a boa-fé, em geral benecífio 'foi servido de alterar a disposição da Ordenação do Livro V, Título sessenta e seis, para que daqui em diante se observe literal, exacta, e inviolavelmente'. (REQUIÃO, 1991, p. 14-15).

Relata José Francelino de Araújo que

o Alvará do Marquês de Pombal editado ao tempo das Ordenações Filipinas foi extremamente rigoroso contra a falência fraudulenta, sofrendo os insolventes castigos que já não se admitiam no processo falimentar. [...] A violência estabelecida nas ordenações modificadas, impunha ao falido considerado criminoso, a pena de morte, ou degredo para o Brasil ou para outra colônia, conforme decidisse a Relação (antigo nome dos tribunais portugueses e brasileiros). (ARAÚJO, 1996, p. 230).

Remata que a despeito disso,

o comerciante idôneo que caísse em insolvência sem ter concorrido para o evento, v.g.: se sofresse perdas avultadas no mar ou em terra, não fosse feliz em seus negócios, ou vítima de fatos alheios à sua vontade, estaria isento de punibilidade, mas devia seguir um processo especial para tal fim, apresentando-se à Junta, confessando a falência e apresentando os livros obrigatórios, pelo menos o Diário, sob pena de tornar-se fraudulenta sua falência. (ARAÚJO, 1996, p. 230).

Observa-se que a evolução histórica do instituto da falência não deixou em momento algum de tratar com severidade o comerciante negligente na condução de seus negócios. O próprio Valverde no anteprojeto da lei de falência (que viria a ser promulgada em 1945), adotou posição vanguardista no sentido de prestigiar a recuperação da empresa enfraquecida em suas forças financeiras, “*ao mesmo tempo que reprimia, com severidade, a especulação e*

a fraude falimentar” (RAMALHO, 1993, p. 9).

Citados pelo mestre Requião (2003, p. 348), Rocco vê na insolvência um fato econômico *patológico* e Vivante um fenômeno econômico *mórbido*.

4 A CARACTERIZAÇÃO DA FALÊNCIA

O decurso do tempo e a própria evolução doutrinária foram responsáveis por emprestar ao vocábulo *falência*, sentido mais amplo do que a situação daquele que não cumpre obrigação assumida, passando a abarcar a ideia de um estado fático do comerciante. É verdade que falência é um estado jurídico reconhecido que é por uma decisão judicial. Todavia, não é menos correto afirmar que para se chegar à decisão, haverá de se identificar a conjugação de uma situação fática de sentido econômico, no caso o estado de insolvência do devedor.

A conceituação de falência é tema tormentoso, pois, envolve aspectos de natureza material e formal⁵. Conceito oferecido por Amary Campinho em seu *Manual* conjuga os dois aspectos e satisfaz o propósito pretendido com esse trabalho. Para ele a “Falência é a insolvência do devedor comerciante que tem seu patrimônio submetido a um processo de execução coletiva” (CAMPINHO, 1984, p. 13).

Não restam dúvidas de que o instituto da falência visa a tutela do interesse dos credores ao organizá-los segundo a natureza dos créditos e ratear o fruto da realização do patrimônio do devedor entre aqueles. Todavia, impossível, também deixar de enxergar na falência um mecanismo que visa a eliminação do mercado dos comerciantes (empresários) ruinosos.

Sérgio Mourão Corrêa Lima realça que:

Em tese, a falência é o remédio para a insolvência do empresário. Configurado o patrimônio líquido negativo (ativo menor (<) que passivo), a legislação impõe a quebra. Entende-se que nesta hipótese, a protelação da falência contribuiria apenas para: (a) elevar o déficit: diferença entre o passivo e o ativo; e (b) propiciar o desvio de bens do empresário, diante da iminência de sua quebra. Assim, a melhor opção é a pronta decretação da quebra para que o dinheiro apurado com a liquidação de todo o ativo seja utilizado para pagamento do passivo, observada a ordem de preferência dos credores. (LIMA, 2009, p. 8).

Assim, externando o empresário sinais ostensivos de dificuldade no empreendimento

⁵ Para Miranda Valverde (1999, p. 45) “o instituto de falência é o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência.”; José da Silva Pacheco (1998, p. 25) conceitua falência como “o processo através do qual se apreende o patrimônio do executado, para extrair-lhe valor com que atender à execução coletiva universal, à qual concorrem todos os credores.”; Waldemar Ferreira (1965, p. 61, 66), em suas *Instituições*, reproduz conceito oferecido por Sacerdotti (*in Del fallimento*): “A falência é o processo destinado a realizar o ativo, liquidar o passivo e repartir o produto entre os credores, tendo em vista os seus direito de prioridade, anterior e legitimamente adquiridos.”.

da atividade, seja pela cessação de pagamentos ou pela prática de atos descritos como ruinosos, a decretação da falência é medida que se impõe. Questão que surge a essa altura é a identificação destes sinais, eis que a insolvência do devedor (suporte do reconhecimento da falência) demandaria análise da escrituração (ou balanço). Trata-se, pois, de um fato econômico-financeiro, resultado de sua insuficiência patrimonial somente aferível pelos documentos contábeis.

No sistema falencial brasileiro, tanto no modelo normatizado pela Lei 11.101/05 quanto naquele delineado no Decreto-Lei 7.661/45, foram elencadas hipóteses em que a insolvência do devedor empresário será presumida, dispensando-se, com isso as diligências contábeis antes referidas, a saber: (a) a cessação de pagamentos traduzida na falta de adimplemento de obrigação representada por título líquido, certo e exigível, independentemente do ajuizamento da respectiva execução – impontualidade: e (b) a prática de atos tidos por ruinosos e incompatíveis com a regular rotina da atividade empresarial – atos de falência.

Não são semelhantes, pois, os conceitos jurídico e econômico de insolvência, eis que economicamente ela revela um desequilíbrio patrimonial em relação às obrigações de responsabilidade do devedor e sob enfoque jurídico a insolvência reclama a ocorrência de outros fatores (de relevância jurídica) para sua caracterização.

Certo é que nas palavras do saudoso Ruben Ramalho (1993, p. 23), referindo-se ao texto do Decreto-Lei 7.661/45, “no nosso sistema jurídico, a impontualidade e a prática dos atos enunciados no art. 2º da Lei de Falências, caracterizam a insolvência, e esta é, indubitavelmente, um pressuposto da falência”.

4.1 A impontualidade

A impontualidade, como um dos pressupostos da falência, encontra conceituação no próprio texto legal (art. 1º do DL 7.661/45 e art. 94, I da Lei 11.101/05) e será identificada sempre que o empresário, sem motivo justificado, não paga, no vencimento obrigação líquida.⁶

⁶ Para Nelson Abrão (1978, p. 22): “É tradicionalmente, a impontualidade o traço marcante da falência no direito brasileiro. Remonta ao Decreto 917, de 24 de outubro de 1890, calcado em projeto de Carlos de Carvalho, derogatório de toda a parte 3ª do Código Comercial, e respectivo regulamento expedido pelo Decreto 738, de 25 de novembro de 1850, que adotada a cessação de pagamentos do direito francês.” Para Waldemar Ferreira (1965, p. 216-217): “A impontualidade é o característico predominante da falência. Está dito isso no art. 1º do Decreto-Lei 7661, em termos preclaros. Reputa o texto falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida constante de título que legitime ação executiva [...]”.

Segundo lição de Fábio Ulhoa Coelho (2005, v. III, p. 252): “A impontualidade injustificada característica da falência deve referir-se a obrigação líquida, entendendo-se assim a representada por título executivo, judicial ou extrajudicial protestado”.

Como se colhe das lições de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, inadimplemento ou impontualidade não se confundem com insolvabilidade. Muito embora a insolvência se revele de fundamental importância para o instituto da falência a inadimplência será apenas uma das formas de se caracterizar a ruína do empresário. Para o mestre a “impontualidade” é fato suficiente para se decretar a abertura da falência se há título de dívida certa e líquida contra alguém. Se tal aconteceu, esse credor, protestando, pode pedir a decretação da abertura da falência.⁷

4.2 Os atos de falência

Não apenas pela impontualidade se caracterizará o estado de insolvência do empresário, apto a presumir sua falência. Também seu comportamento à frente negócio poderá revelar, segundo a lei, o mesmo estado de penúria econômico-financeira, não raro derivados de desequilíbrio patrimonial. Ainda que o credor não consiga reunir os pressupostos para pedir a decretação da falência do devedor por impontualidade, poderá fazê-lo denunciando a conhecimento do juiz a prática de atos cuja prática precipite a falência e agrave o prejuízo dos credores.

São esses os chamados atos de falência (Art. 2º do Decreto-Lei 7661/45 e inciso III do art. 94 da Lei 11.101/05) que uma vez identificados e comprovados são aptos a autorizar o decreto de falência pelo mesmo fundamento da insolvência por presunção, pois,

⁷ A sequência do texto revela importante conclusão, embora superada com o advento da Lei 11.101/05 – “Se ocorre algum dos casos do art. 29, 1, do Decreto-lei n. 7.661, outro credor, ainda sem título de dívida vencida (art. 99, III: “pelo credor, exibindo título do seu crédito, ainda que não vencido), pode pedir a decretação da abertura da falência. O *quod plerumque* é ter-se dado a impontualidade em relação ao próprio credor que pede a decretação da abertura da falência; porém isso não é necessário, se ocorre o plus do art. 29, 1. Daí a frase do art. 99, III, do Decreto-lei n. 7.661 e a do art. 2.0, 1, do mesmo decreto-lei (“[...] se o comerciante: 1, executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal”). O inadimplemento alhures é razão bastante para que qualquer credor peça a decretação da abertura da falência. Há probabilidade de estar insolvente o devedor.”. Pode-se perceber que a doutrina clássica do Direito Comercial não se preocupou, assim como a própria norma, em estabelecer distinção conceitual entre impontualidade e inadimplência que, não raro, são tratados como sinônimos não se confundindo, todavia, com insolvência. Nada obstante, de modo geral não há grande discrepância de que a impontualidade é o não-pagamento, na data do vencimento, de um compromisso financeiro com outrem; ou o descumprimento de uma obrigação contratual, ou de qualquer uma de suas condições a tempo e modo, conceitos também aceitos para conceituar o inadimplemento obrigacional. A mesma doutrina clássica não revela desarmonia quando traça diferença entre os conceitos de impontualidade e insolvência. A propósito confira-se: Carvalho de Mendonça (2000, p. 163 e 203) e Sampaio de Lacerda (1985, p. 17-18, 39 e 42).

assim como o devedor empresário impontual não está necessariamente insolvente, mas a lei determina a decretação de sua falência por considerar a impontualidade uma forma de insolvência jurídica, de igual modo, o que incorre em qualquer das condutas do art. 94, III, da LF pode eventualmente encontrar-se em situação patrimonial desequilibrada, mas expõe-se ao decreto de quebra porque a lei as define como outra forma de insolvência jurídica. (COELHO, 2005, v. III, p. 252).

De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei 7.661/45 são os seguintes os atos de falência:

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;

II - procede a liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruinsos ou fraudulentos para realizar pagamentos;

III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens;

IV - realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócios simulado, ou alienação de parte ou da totalidade do seu ativo a terceiro, credor ou não;

V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;

VI - dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos;

VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio.

Já o art. 94 da Lei 11.101/05 elenca como sendo atos de falência:

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

Vê-se, claramente que

Nesses casos não ocorre, evidentemente, a impontualidade do devedor, mas o seu estado de insolvência se exterioriza pela prática destes atos. É a aparência de insolvabilidade. A presunção deste estado, todavia, pode ser elidida pelo devedor, ao se defender quando citado. Ao credor, para pedir a declaração judicial da falência do devedor, basta provar sua qualidade de credor, não sendo necessário que seu crédito esteja vencido, pois, nesse caso, o pedido seria fundamentado na impontualidade. (REQUIÃO, 2003, p. 83).

A prática dos atos de falência revela a probabilidade de estar insolável o devedor. Nesse caso, não haverá que se falar em apresentação, pelo credor, do título de dívida líquida protestado para pretender a decretação da falência do devedor. Basta a denúncia do fato que, uma vez comprovado em juízo permitirá a presunção do estado de insolvabilidade do empresário e com isso o decreto da falência. Isso porque, na precisa lição de Fábio Ulhoa Coelho,

os atos de falência tipificam condutas que, em geral, são os de empresários em insolvência econômica. Não se exige, contudo, para a decretação da falência, a demonstração do estado patrimonial de insolvência. É suficiente a prova de que o devedor incorreu na conduta tipificada. (COELHO, 2005, v. III, p. 256).

5 A EXECUÇÃO FRUSTRADA E O ATO DE FALÊNCIA

5.1 A execução frustrada

Tem-se por frustrada a execução em que o devedor regularmente citado em execução por quantia certa contra devedor solvente na forma fixada pelo Art. 652 do Código de Processo Civil (CPC)⁸ não efetua o pagamento da dívida. Uma vez não quitada a obrigação, o devedor terá penhorados tantos bens que compõe seu acervo quantos bastem para a solução da dívida em execução. (Art. 652, §1º, CPC). Não localizados bens dignos da constrição judicial, a execução, que tem natureza patrimonial, terá seu objetivo frustrado.

Importante realçar ser *dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).* (Art. 656, §1º, CPC) A desobediência a esse comando se traduz em ato atentatório à dignidade da Justiça na forma do Art. 600, inc. V, do CPC.

⁸ “Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida”.

5.2 Execução frustrada contra empresário revela ato de falência

Em seus Comentários, o mestre Valverde, referindo-se ao art. 2º do Decreto-Lei 7.661/45, realça que o dispositivo

Enumera [...] certos atos ou fatos que, independentemente da impontualidade no pagamento de obrigação líquida, caracterizam a falência do comerciante. No primeiro caso, todavia, pressupõe a lei a impossibilidade de pagar (nº 5), já que o comerciante executado, que não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, no prazo legal, está provavelmente, falido.

Nos demais casos, a lei considera o ato ou o fato em relação com o prejuízo que possivelmente poderá causar aos credores, não exigindo, em regra, prova da intenção fraudulenta, mesmo porque, na maioria dos casos, ela se positiva no próprio ato ou fato. Praticado o ato, ou tentando praticá-lo, concorre o devedor para piorar a situação dos credores, diminuindo, onerando ou desvalorizando o seu patrimônio, garantia comum dos credores. (VALVERDE, 1999, p. 65).

Curiosa situação se nota na disposição oferecida pelo legislador de 2005 quando do delineamento das hipóteses reveladoras dos atos de falência. Alterando o sistema proposto pelo Decreto-Lei 7.661/45 que abarcava o ato de frustrar a execução como ato de falência (art. 2º, inc. I), houve o deslocamento desta para uma terceira hipótese fática, fora do rol descritivo do inc. III do Art. 94 da Lei 11.101/05 (que agora elenca os atos de falência).

Conclusão que se chega à primeira avaliação é que a execução frustrada não mais se insere no rol dos atos de falência, optando o legislador de 2005 em tratá-la como hipótese diversa, que pela dinâmica da própria norma mais se amolda a um caso de impontualidade (Art. 94, I). Tanto que admite a neutralização da presunção de insolvência pelo depósito elisivo (Art. 98, Parágrafo único) hipótese não admitida no Decreto-Lei 7.661/45. (Art. 11, § 2º e Art. 12).⁹

Todavia, não há fundamento em tal distinção.

Não há dúvidas de que a execução frustrada permanece como hipótese de ato de falência não sendo suficiente a singela alteração legal perpetrada para altera-lhe a natureza. O quadro delineado no Decreto-Lei 7.661/45 melhor traduz o esforço evolutivo do sistema falencial e antes disso, forma de manter o mínimo de credibilidade e segurança relações jurídico-mercantis.

Não é necessário grande esforço de inteligência para perceber que as hipóteses

⁹ A despeito da clareza da norma em referência, a jurisprudência, sem grande esforço de argumentação não se cansou de admitir o depósito elisivo em medidas fundadas na hipótese do art. 2º, I do DL 7661/45. A propósito, confira-se: REsp. 272.968/SP, Rel. Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, julgado em 15/06/2004, **DJ**, Brasília, 04 out. 2004, p. 302; REsp. 193.768/SP, Rel. Exmo. Ministro Barros Monteiro julgado em 07/10/2003, **DJ**, Brasília, 19 dez. 2003, p. 467.

elencadas no art. 2º do Decreto-Lei 7.661/45 foram reproduzidas no inciso III do art. 94 da Lei 11.101/05, excetuado o inciso primeiro que trata da conduta do empresário que frustra execução contra si direcionada.¹⁰

Não se sustenta, repita-se, o deslocamento do ato de frustrar execução contra o empresário do rol dos demais atos de falência propostos nos dois dispositivos legais. Todas as hipóteses fáticas ali elencadas traduzem conduta apta a prejudicar credores do empresário, seja inviabilizando a medida executiva de recuperação do crédito inadimplido, ou diminuindo seu patrimônio. Em ambos os casos, concorre o devedor para piorar a situação dos credores, praticando ou tentando praticar tais atos.

No caso da execução frustrada, o ato censurável se positiva na omissão ao chamado judicial para realizar, em execução singular forçada, a prestação pecuniária.¹¹ O rigor com que se trata o esforço do credor na satisfação do crédito abalado pela inadimplência pode, ainda, ser identificado na regra cravada no Art. 656 – CPC que no Parágrafo Primeiro fixou como *dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)*. A violação desse dever se traduz em ato atentatório à dignidade da Justiça conforme prescreve o Art. 600 do CPC.

De se notar que a regra é aplicável a qualquer destinatário da medida executiva. Se para os não empresários o legislador demonstrou tamanha severidade, em se tratando do empresário, maior seria o rigor na observância do comando pelos motivos já externados quanto à importância do crédito nas relações comerciais.

Muito embora encontre na doutrina vozes que sustentem que o fundamento no caso da execução frustrada se assenta na inequívoca insuficiência patrimonial do devedor¹² (que não paga, deposita ou oferta bens à penhora) tem-se que, ao contrário disso, a presunção de insolvência decorre do ato de desobediência do empresário submetido a processo de execução com a determinação legal do multi-citado art. 652 do CPC.

Não foi outra a inspiração que levou à construção de um conjunto de regras severas que tem como destinatário o empresário, que encontra no crédito importante elemento

¹⁰ Incluiu-se no rol de que trata o inciso III do Art. 94 da Lei 11.101/05 a letra “g” que contempla ato praticado em cenário de Recuperação Judicial de empresa, instituto jurídico introduzido pela própria lei em seu Capítulo III (art. 47 e seguintes).

¹¹ Código de Processo Civil: “Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida”.

¹² Ver a respeito: Rubens Requião (1991, p. 84); Darcy Bessone (1995, p. 36); Vera Helena de Mello Franco (2006, p. 394).

propiciador de fomento de sua atividade capaz de permitir a inovação e a renovação da força de investimento do produtor, favorecendo diretamente o bem estar da população.

Segundo José de Silva Pacheco:

O comerciante executado que não paga, ao ser interpelado judicialmente, não nomeia bens à penhora, nem deposita a importância cobrada, pode ter requerida a sua falência. O fato que enseja o pedido de falência é o não-pagamento ou a não-nomeação de bens ao ser comerciante executado. (PACHECO, 1998, p. 128).

E não é só, Pontes de Miranda em seu *Tratado* foi incisivo ao comentar a inspiração do legislador de 1945 quando tratou da frustração de execução pelo devedor empresário:

No art. 2º, I, do Decreto-lei n. 7.661, o que se leva em conta não é o inadimplemento de dívida certa e líquida, com o protesto, mas sim o fato de, tendo ocorrido propositura de ação executiva, qualquer que seja, ou eficácia executiva imediata de alguma sentença, não haver o executado pago, depositado a quantia, ou nomeado bens à penhora. Com essa omissão tripla de solver, de depositar e de nomear bens a penhora o devedor revela que está insolvente, ou, pelo menos, que procedeu como se estivesse. (MIRANDA, 2000, p. 97).

É a omissão do devedor, ou melhor, a tripla omissão, nas palavras do mestre que revelam seu estado de insolvência. Mesmo porque, não se poderia admitir a ruína financeira do devedor apenas pela inexistência de bens livres para oferta em penhora, pois, mesmo os possuindo, por mero capricho em face do credor com quem possa ter divergência comercial, frustrar-lhe a recuperação do crédito impondo-lhe o prejuízo financeiro e a desconfiança negocial.

Não menos precisa é a lição de Nelson Abrão. Referindo-se ao texto do Decreto-Lei 7.661/45, é preciso quando demonstra que

não cogita o dispositivo (art. 2º, § 1º) das razões do comportamento do devedor, abstrai-se da causa do não pagamento, não repetindo a expressão ‘sem relevante razão de direito’ do art. 1º. Com efeito, nessa fase não há lugar para a indagação de eventuais justificativas do devedor, porquanto teve ele ensanchas para arguí-las na ação de conhecimento que precedeu à demanda falencial e tornou a dívida líquida. (ABRÃO, 1978, p. 300).

Na mesma linha é o pensamento de Leonardo Netto Parentoni e Rafael Couto Guimarães em comentários ao art. 94 da Lei 11.101/05. Para os autores, “*o inciso II descreve ato de falência consistente na conduta do devedor que, executado por qualquer quantia, não paga, não deposita em juízo nem nomeia bens à penhora suficientes à satisfação do crédito, dentro do prazo legal*” (PARENTONI; GUIMARÃES, 2009, p. 666). Inegável o reconhecimento da conduta omissiva do empresário executado como ato de falência e não

hipótese excepcional de impontualidade.

O não mesmos insigne Sálvio de Figueiredo Teixeira em voto condutor do REsp. 6.782/RS (Superior Tribunal de Justiça, j. 02/02/1993, **DJ**, Brasília, 22 mar. 1993) foi também taxativo:

Nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 2º Não se cogita de impontualidade do devedor no cumprimento de suas obrigações. Alinha referido artigo condutas desse mesmo devedor que fazem pressupor a sua insolvência (inciso I) ou que denotam a intenção de não adimplir com a integralidade dos compromissos assumidos (demais incisos). Especialmente no caso do inciso I, cumpre ponderar, o requerente da falência há de anteriormente haver promovido execução contra o devedor, sem que esse tenha diligenciado o pagamento, efetuado o depósito da quantia reclamada, tampouco nomeado bens à penhora.

De resto, anote-se que próprio legislador se encarregou de diferenciar a hipótese de impontualidade do art. 94, I da Lei 11.101/05 (ao fixar o crédito no limite de quarenta salários mínimos como pressuposto objetivo do pedido de falência) daquela descrita no inciso II do mesmo artigo. Aqui não se impõe qualquer limite. Aliás, não se fala em valores, apenas na conduta omissiva do devedor empresário em processo de execução. A certidão a ser extraída dos autos da execução para servir de prova da ocorrência da hipótese fática, dispensaria referência ao *quantum* em execução, bastando, para tanto, noticiar a existência da execução e a *tríplice omissão* do devedor.¹³ Nesse quadro a possibilidade de elidir a falência se revelaria curiosa à míngua da indicação do valor em execução.

5.3 A ausência/impossibilidade de pretensão de recebimento do crédito em execução no processo de falência

Não são poucas as vezes em que são frustradas as tentativas de constrição judicial de bens do devedor, que oculta patrimônio dificultando a efetividade do processo de execução. Nesse cenário, o pedido de falência se revela como alternativa de inegável eficiência, pois, sua decretação produzirá efeitos deletérios ao empresário. Isso sem se falar na possibilidade da investigação em torno da prática de atos que possam configurar crimes falimentares. Essa

¹³ A propósito, a Súmula 39 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP - Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, **DJE**, São Paulo, 14 abr. 2011, p. 1-2): No pedido de falência fundado em execução frustrada é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita.

conduta do credor foi sempre repulsada pela jurisprudência¹⁴ e por motivos evidentes.

Com efeito, não há como se confundir o esforço do credor que pretende receber determinado crédito pela via da execução individual com aquele que comparece a juízo para denunciar estado fático legalmente descrito como capaz de revelar a insolvência do devedor empresário e, com isso, pretender-lhe o decreto de falência. A falência se assenta, como visto, na presunção (ou confissão) de insolvência do devedor diante de determinadas hipóteses. E o insolvente é incapaz de realizar a prestação pretendida eis que carente de forças patrimoniais.

Caso seja do conhecimento do credor o estado de insolvência do devedor, deve, ao invés de pretender a solução do crédito pela via da execução singular, postular a abertura do concurso de credores e sendo empresário o devedor, a falência. Nesse caso, como meio extraordinário de execução concursal a falência distingue-se da execução singular uma vez que essa se realiza em proveito particular de um ou mais credores determinados com a constrição judicial de bens individualizados no patrimônio do devedor e naquela haverá apreensão de todo o acervo patrimonial do devedor passível de execução, para ao final, ratear o valor de sua realização para atendimento dos os credores do devedor comum. Resta, desta forma, prestigiado o princípio da *par conditio creditorum*.

A conclusão a que se chega é que o credor que busca pela via da execução individual a satisfação de crédito inadimplido não pretende ver a quebra do seu devedor uma vez que se presume solvente, em princípio. Seu propósito é receber o valor. Se por outro lado o credor denunciar a inércia do devedor empresário em processo de execução frustrada, o faz não por presumir insuficiência patrimonial do omissor, mas por ter identificado conduta típica do insolvente à luz da lei. Admitir-se a elisão da falência em processo derivado de execução frustrada é diminuir o conteúdo da evolução da doutrina e esforço da jurisprudência além de subverter a natureza dos institutos da execução e da falência.

¹⁴ “FALÊNCIA. COBRANÇA. INCOMPATIBILIDADE. 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, ou o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do 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 do pedido de desistência da ação. Recurso conhecido e provido”. (REsp. 136.565/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., julgado em 23/12/1999, **DJ**, Brasília, 14 jun. 1999, p. 198).

“FALÊNCIA. INSTRUMENTO DE COAÇÃO PARA COBRANÇA DE DÍVIDAS. INCOMPATIBILIDADE. Não havendo real fundamento para o requerimento da falência, que, de procedimento indispensável à liquidação de patrimônio de empresa insolvente, transmuda-se em instrumento de coação para a cobrança de dívidas, a quitação do débito, descaracterizando o estado de insolvência, mormente quando comunicado ao juízo o desinteresse do credor único no prosseguimento do processo falimentar, impõe a extinção do processo. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp. 399.644/SP, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 30/04/2002, **DJ**, Brasília, 17 jun. 2002, p. 259).

5.4 A possibilidade de esvaziamento do esforço do legislador em evitar uso da falência como meio de cobrança

Sem prejuízo do perigo de se retornar ao estágio onde o credor se valia do pedido de falência como meio de cobrança (agora com o amparo legal), não se pode negar que admitir-se a hipótese de execução frustrada de devedor empresário com caso análogo à de simples impontualidade seria prestigiá-lo com a possibilidade de, no momento futuro, realizar a obrigação que se buscou executar com o depósito elisivo. Também o credor se valeria do expediente de utilizar-se da falência como meio de cobrança, escapando, inclusive dos limites impostos no inciso I do art. 94 da Lei 11.101/05.

Tendo o devedor a oportunidade (ou dever) de solver a dívida quando citado para a ação executiva, deveria tê-lo feito naquele momento, não em falência. Isso porque, no palco da falência não se trata da obrigação inadimplida. A essa altura, o credor que denuncia a falência não pode pretender recuperar o crédito, pois, tal esforço já se mostrou frustrado no processo de execução.

Leonardo Netto Parentoni e Rafael Couto Guimarães em comentários ao inciso II do art. 94 da Lei 11.101/05 externam a mesma crítica: “Contudo, o dispositivo é censurável no ponto em que autoriza o pedido de falência com base em qualquer quantia. Isso facilita a utilização do processo de execução concursal como meio coercitivo de cobrança [...]” (PARENTONI; GUIMARÃES, 2009, p. 667).

E não é só. A inovação legislativa de permitir o depósito elisivo se revela tão contraditória quanto absurda. Isso porque, como dito, a prática do ato ruinoso se materializa na própria conduta omissiva sem que se exija prova da intenção fraudulenta. Comprovada a tríplice omissão do empresário através da certidão extraída dos autos da execução frustrada, a presunção de falência é absoluta não se admitindo neutralização pelo depósito elisivo, assim com as demais descritas no rol do art. 94, III da Lei 11.101/05 e art. 2º do Decreto-Lei 7.661/45.

Em homenagem ao princípio da preservação da empresa que norteia o sistema de recuperação de empresas também tratado na Lei 11.101/05, o legislador simplesmente ignorou tais fundamentos ao admitir que no palco do processo de falência o devedor, que operou em evidente atentado à Justiça na execução singular (art. 600 c/c art. 656, CPC) praticando ato incompatível com a saudável rotina empresarial, oferte o crédito inadimplido. E o faz onde e quando melhor lhe convém impondo ao credor o odioso sentimento de descrença na relação comercial.

Nesse cenário, para o empresário, as normas relativas ao dever de lealdade que norteiam o processo de execução não passariam de meras recomendações, pois, diante da inércia nesse palco, trataria o credor de direcionar-lhe o feito falencial (com fundamento no inciso II do art. 94 da Lei 11.101/05) e ali franquear-lhe o adimplemento da obrigação creditícia (pagamento em juízo para elidir falência, na não menos absurda dicção da Súmula 29 do e. Superior Tribunal de Justiça) sem maiores cominações.

6 CONCLUSÃO

A Lei 11.101/05 trouxe a inovação do instituto da recuperação de empresas e alterações no instituto da falência. A modificação tratada como objeto deste trabalho, no caso, o deslocamento da hipótese da execução frustrada para um campo excepcional, fora dos atos de falência anteriormente elencados no art. 2º do Decreto-Lei 7.661/45, teve inspiração não apenas em parte da doutrina (que tratou a execução frustrada como exteriorização de insuficiência patrimonial), mas na própria jurisprudência que já vinha admitindo o depósito elisivo nesses casos em indisfarçável entendimento de que a hipótese fática em análise mais se assemelhava a um caso de impontualidade, capaz de permitir a presunção de insolvência do empresário.

A despeito do direcionamento legislativo, é certo que não existe fundamento jurídico para a separação da conduta omissiva do empresário executado com as demais listadas no inciso III do art. 94 da Lei 11.101/05.

A evolução dos mecanismos de proteção ao crédito tiveram no comerciante/ empresário seu foco a ponto de Vivante nele enxergar o próprio objeto da atividade comercial. Também Valverde realçou que os mecanismos de crédito são indispensáveis para o desenvolvimento dos negócios, vendo neles elementos de propulsão da atividade comercial. Por isso, a intolerância do legislador para com o empresário que viola a confiança do credor; seja por impontualidade ou pela imposição de dificuldades na restituição do objeto do crédito.

Já na época de vigência exclusiva do Decreto-Lei 7661/45, a admissão do depósito elisivo em feitos de falência que tinham por fundamento a frustração de execução pelo devedor empresário, se revelava como incompreensível eis que desconsiderava que a regra procedimental a ser observada neste caso estava delineada no art. 12 do referido Decreto-Lei que em momento algum se referia a tal faculdade para o demandado. O depósito para elidir falência somente encontrava amparo na hipótese de impontualidade do devedor (art. 1º, Decreto-Lei 7.661/45) conforme previsão contida no art. 11 do multi citado diploma.

Ainda que se tente compreender a inspiração do legislador de 2005, pautada no princípio da preservação da empresa, a alteração implementada acabou por resuscitar possibilidade de se utilizar o mecanismo da falência como meio eficiente de cobrança de créditos inadimplidos, por qualquer valor e sem protesto, em manifesto dribble ao limite imposto pelo inciso I do art. 94 da Lei 11.101/05.

Sem embargo, as disposições impositivas da lealdade processual em processo de execução singular contidas no Código de Processo Civil foram relegadas ao *status* de meras recomendações, pois não as observando o devedor e optando o credor em direcionar-lhe o pedido de falência diante da omissão, outro palco se abrirá (no caso o da falência) ficando suspensa a execução por iniciativa do credor.

Toda evolução dos princípios de proteção e respeito ao crédito restou mitigada, pois no atual cenário tolera-se do devedor empresário, ainda que por mero capricho em razão de desavença comercial, o inadimplemento de obrigação comercial e mesmo quando chamado a juízo em esforço de execução forçada, a desobediência ao mandamento judicial de solução voluntária da obrigação inadimplida seria ato sem importância.

7 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAÚJO, José Francelino de. **Curso de falências e concordatas**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996.

ASCARELLI, Túlio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1943.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Falências e concordatas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CAMPINHO, Amaury. **Manual de falência e concordata**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1984.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime de insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

_____. **Manual de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2: Teoria geral das obrigações.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. XIV.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das falências, concordatas e recuperações**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. IV: Contratos.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000. t. XXVIII.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. A importância do crédito como fator de desenvolvimento econômico e social. Comandatuba-BA, 07 set. 2006. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8270/4/A_Import%C3%A2ncia_do_Cr%C3%A9dito_como_Fator.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**: 2ª parte. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito empresarial brasileiro**. Campinas: LZN, 2004.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Processo de falência e concordata**: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II.

_____. **Curso de direito falimentar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydio F. da. **Direito cambiário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. I: Letra de câmbio e nota promissória.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentário à lei de falências**: (Decreto-Lei 7.661, de 21 e junho de 1945). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. v. I.