

Caracterizaçãodo estado de falãncia de empresãrio devedor

O estado falimentar do devedor Ã© um pressuposto objetivo para a verificaçãodo da falãncia da sociedade empresãria e do empresãrio individual, ou seja, para que haja a decretaçãodo da quebra do devedor se faz necessãria a apuraçãodo de certos fatos e atos que dão ensejo e condicionam a qualidade falimentar do empresãrio.

A caracterizaçãodo deste estado falimentar Ã© objetiva, pois Ã© a Lei 11.101/2005 que traz as configuraçãoes jã predispostas. E Ã© em razãodo desta presunçãodo legal de quebra que o credor poderã pleitear a sentenã de declaraçãodo da falãncia do devedor.

1. Insolvãncia

Desta forma, a insolvãncia do empresãrio Ã© auferida juridicamente, ou seja, Ã© uma presunçãodo legal na qual em razãodo da impontualidade injustificada ou mesmo pela prãtica de atos considerados falimentares, que o devedor passa assinalar seu estado prã-falimentar.

Exatamente por isso, apenas interessa a insolvãncia jurãdica do devedor empresãrio, sendo desta forma insignificante a apuraçãodo da insolvabilidade civil (fato), pois o legislador optou pelo pressuposto fãtico jurãdico da quebra.

Para uma melhor visualizaçãodo, cabe aqui traãsar as diferenãas da insolvãncia jurãdica da insolvãncia civil (fato).

1.1 Insolvãncia Civil

A insolvãncia civil ainda conhecida como econãmica, de fato e patrimonial Ã© a condiçãodo *sine qua non* para que haja aãdo de insolvãncia civil disposta no Cãdigo de Processo Civil em seu artigo 748: "Dã-se a insolvãncia toda vez que as dãvidas excederem Ã importãncia dos bens do devedor". Nesse passo, a insolvãncia civil assenta-se na insuficiãncia patrimonial do devedor em saldar todas as suas dãvidas, ainda que liquidado todo seu patrimãnio. Em suma Ã© a inferioridade do ativo em relaãodo ao passivo do devedor.

1.2 Insolvãncia Jurãdica

Jã a insolvãncia jurãdica não Ã© demonstrada economicamente, visto que são as ocasiões e as condutas mencionadas no artigo 94 e seus incisos I, II e III da Lei 11.101/2005 que ensejam Ã condiçãodo de insolvabilidade do devedor empresãrio, dado a presunçãodo de que a ocorrãncia destas situaçãoes geralmente Ã© praticada por quem se encontra em insolvãncia.

2. Sistema de presunçãoes legais

E Ã© em funçãodo dã insolvãncia jurãdica se apoiar num sistema de presunçãoes legais, nota-se que em razãodo desta opãdo legislativa, mesmo que o devedor demonstre contabilmente que não

esteja num estado de ruína econômica ter; sua falência declarada. Por isso que é relativamente comum que ao final do processo falimentar tenha a existência de sobra de ativos, ou seja, as chamadas falências superavitárias. Porque a insolvência não é econômica, mas sim jurídica. Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma:

*“Para que o devedor empresário seja submetido à execução por falência, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Nem se faz necessário demonstrar o estado patrimonial de insolvibilidade do devedor, para que se instaure a execução concursal falimentar; nem, por outro lado, se livra da execução concursal o devedor empresário que lograr demonstrar eventual superioridade de seu ativo em relação ao seu passivo, ao contrário do que ocorre com o devedor civil (CPC, artigo 756, II).”*¹

A presunção da insolvência jurídica é autorizadora da falência do devedor empresário, e esta por sua vez apóia-se num sistema misto falimentar brasileiro. Visto que, há duas maneiras de se externar da intimidade da vida do empresário a presunção de insolvência jurídica autorizadora da quebra: pela impontualidade injustificada (sem relevante razão de direito) e através dos atos ruinosos igualmente conhecidos como atos da falência.

A impontualidade injustificada é caracterizada nos termos dos incisos I e II do artigo 94 da Lei 11.101/2005. Já os atos ruinosos encontram respaldo legal nas alíneas do inciso III do artigo 94.

3. Impontualidade Injustificada

3.1 Impontualidade Injustificada do artigo 94, I

A impontualidade sem relevante razão de direito se mostra no momento em que o devedor empresário, não paga no vencimento, obriga liquida materializada em título ou títulos executivos protestados cambialmente, cujo valor supere a quantia de 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência do empresário. Essa impontualidade, por sua vez, exterioriza-se não pela mera cessação do pagamento, mas pelo protesto², ou seja, mesmo que haja uma sentença judicial, essa deve ser levada ao protesto cambial, para que assim atenda o requisito condicionante da lei de falências. Através da certidão do protesto que o credor fundamenta o pedido de falência do devedor. Não é admitido nenhum outro meio de prova a não ser o protesto cambial (Lei 9.492/97). Pois, no sistema jurídico brasileiro presume-se que as obrigações são líquidas, ou seja, o credor deve levar o título a protesto para que se configure a mora do devedor, assim assinalando a impontualidade. Cabe ainda lembrar que a lei alvitra a possibilidade da reunião de vários credores para alcançar o valor legal, permitindo assim o litisconsórcio ativo (artigo 94, parágrafo 1º).

3.2 Impontualidade Injustificada do artigo 94, II

Já a segunda hipótese de impontualidade (artigo 94, II) é vislumbrada quando o devedor empresário é executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal. Nessa situação independe de valor e protesto cambial, uma vez que é pela citação válida do executado ou mesmo da sua intimação para o

cumprimento, que se pauta a caracterização da impontualidade injustificada do devedor. Desta forma, o credor deve requerer ao juízo da execução individual uma certidão que ateste a frustração da execução, e assim podendo pleitear a uma nova execução coletiva (falência) do devedor. Com muita pertinência, Spinelli (in Machado, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei...*) destaca:

“O Pedido de falência não se processa nos autos da execução, devendo o exequente providenciar perante o juízo da execução a extração de certidão atestando os fatos ocorridos no processo, bem como requerer a extinção do feito, o que habilitar a ingressar, no juízo competente, com o pedido de falência de seu devedor, tudo como previsto no parágrafo 4º, do artigo 94 da nova Lei, in verbis: “Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.””

4. Atos da falência

Quanto aos atos da falência (artigo 94, III) tem-se que são configurados quando certos comportamentos são praticados pelo devedor, salvo se esses fizerem parte de plano de recuperação judicial. Para Ricardo Negrão os meios ruinosos são os que consistem na prática de negócios arriscados ou sujeitos exclusivamente à sorte, bem como atos de liberalidade ou gastos excessivos e prodigalidade⁴. A lei taxativamente dispõe várias condutas que se praticadas são presumidamente entendidas como atos de falência, conforme pode se ver:

Art. 94. Ser 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, obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

5. Depósito Elisivo

Em relação ao depósito elisivo ou depósito impeditivo da falência, há de se mencionar que deve ser feito no prazo de contestação (10 dias). Assim, o devedor poderá depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios. Desta forma, não há a decretação da falência, entretanto é importante lembrar que tal depósito é apenas cabível nos termos dos incisos I e II do artigo 94 da Lei 11.101/2005. Uma vez que, somente nessas hipóteses em que há uma presunção relativa no que refere-se a presunção da insolvência jurídica do devedor.

Corroborando nessa linha, Fábio Ulhoa Coelho⁵ aponta que a elisão pode acompanhar a defesa ou ser feita independentemente de resposta. No primeiro caso, tem caráter de cautela (...), no segundo, equivale o depósito ao reconhecimento do pedido, em seu molde específico do direito falimentar. Fato é que, uma vez efetuado o depósito, a decretação da falência está toda afastada.

No caso do inciso III (atos da falência) do artigo em comento, não há possibilidade do depósito elisivo, haja vista que a presunção de insolvência é absoluta. Não obstante, o devedor deverá pleitear sua defesa de forma a provar que não houve a condição autorizadora ou implementadora do pedido de falência alegada pelo credor.

Notas:

1. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 313-314.
2. ALMEIDA, Amador Paes. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26.
3. MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.190.
4. NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.
5. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 269.