



## Henrique Ricci: Falência por impontualidade exige protesto específico

É próprio da linguagem que as palavras sejam potencialmente vagas e ambíguas[1]. Não é diferente com o termo falência, que, em apertadíssima síntese, está a designar tanto o meio de extinção de sociedades empresárias como o processo de execução em concurso, o qual, para ser instaurado, exige uma sentença que reconheça a existência de um devedor empresário, submetido à incidência da Lei 11.101/2005 e em estado de insolvência. Em suma, são pressupostos da falência: devedor empresário; estado de insolvência; e sentença “declaratória”[2] da falência.

O estado de insolvência não é propriamente de insolvência econômica, ou seja, situação de o passivo superar o ativo. No Direito Falimentar brasileiro é insolvente aquele que é impontual injustificadamente, frustra execução ou pratica ato de falência, conforme previsto nos incisos I, II e III, do artigo 94, da Lei 11.101/2005.

Impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e ato de falência, constituem-se em hipóteses que criam a presunção relativa de insolvência econômica, cuja alternativa é a falência, eis que se presumem inviáveis os empresários em tal situação. Relativa, pois, o depósito elisivo, previsto no artigo 98, da Lei de Recuperação e Falências e a possibilidade de, no prazo da contestação, ser requerida a recuperação judicial (conforme previsto no artigo 95), são situações que afastam a referida presunção.

É impontual injustificadamente[3] o devedor empresário que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência” (inciso I, do artigo 94, da LRF).

Mais a frente, no próprio artigo 94, a Lei Falimentar ainda prevê a necessidade de protesto específico para fins falimentares: “§ 3º Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica”.

A redação dos dispositivos (inciso I e § 3º, ambos do *caput*, do artigo 94) é absolutamente clara quanto à exigência de protesto e incisiva no sentido de que este seja realizado de forma específica para fins falimentares, na medida em que dispõe “acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar”.

Em qualquer caso, ou seja, tratando-se de sentença, escritura pública, documento particular firmado por duas testemunhas, títulos de crédito, etc., pois, repita-se, “em qualquer caso” deverá haver o protesto específico para fim falimentar.

Apesar da aparente clareza do dispositivo, alguns tribunais[4], entre eles o próprio Superior Tribunal de Justiça[5], e parte importante da doutrina do direito falimentar, têm entendido que basta o protesto cambial, caso o título que basear o pedido falimentar já estiver protestado, dispensando, portanto, o protesto específico que, em princípio, deveria ser feito “em qualquer caso”.



Poder-se-ia sustentar que, tendo sido tirado o protesto cambial, seria uma exigência meramente formal o protesto específico — que, segundo a Lei deveria ser realizado “em qualquer caso”<sup>[6]</sup>. A mim tal assertiva não procede.

Primeiro, porque não se pode conceber a “flexibilização” de requisitos para penalizar alguém. Aliás, vale lembrar que para a sociedade empresária a falência é a mais severa das sanções, pois equivale à pena de morte desta. A propósito, por que não aplicar aqui, ainda que subsidiariamente, o princípio da preservação da empresa? Por que se admitir, por vezes, uma aplicação tão condescendente deste princípio na [recuperação judicial](#) e seu esquecimento no processo falimentar?

Ademais, é direito do devedor ser apontado em protesto para fim falimentar. Neste caso, querendo, poderá evitar o protesto com o pagamento ou com a sustação judicial do mesmo. É evidente que ele, devedor empresário, igualmente poderia fazer isso frente ao protesto por falta de pagamento, contudo, é também evidente a gravidade do protesto falimentar, o que, por si só, já pode justificar uma ou outra conduta acima (pagamento ou ajuizamento de demanda visando sustar o protesto). Fora isso, o protesto falimentar dispõe de requisitos próprios, os quais, igualmente, poderiam ser questionados judicialmente — em uma demanda anulatória de protesto com requerimento liminar de sustação, por exemplo.

Apesar do argumento acima, no sentido de que protesto falimentar seria “mera formalidade”, penso que o entendimento que dispensa o protesto específico para fim falimentar, na existência de protesto cambial, derive da aplicação equivocada da jurisprudência consolidada à luz da antiga legislação falimentar (Decreto-Lei 7.661/45).

Digo isso porque, na Antiga Lei de Falência, previa-se que os títulos cujo protesto (cambial) não era obrigatório, deveriam ser protestados para fins falimentares, segundo o artigo 10, do Decreto-Lei 7.661/45: “Os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados, para o fim da presente lei, nos cartórios de protesto de letras e títulos, onde haverá um livro especial para o seu registro”. Ou seja, havendo protesto cambial, na vigência da lei revogada, não se exigia o protesto falimentar, por isso a jurisprudência ter firmado tal entendimento.

Já o artigo 11, do Decreto-Lei 7.661/45 previa que “para requerer a falência do devedor com fundamento no artigo 1º, as pessoas mencionadas no artigo 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor”. Diferentemente da redação da lei em vigor, insistente e propositalmente reproduzida ao longo do presente texto, que prevê que o protesto será específico para fim falimentar “em qualquer caso”.

À bem da verdade, tais argumentos sequer foram e estão sendo enfrentados pelos precedentes que foram surgindo após a edição da Lei 11.101/2005, limitando-se eles, em sua maioria, a reproduzir a jurisprudência consolidada quando o texto normativo era diverso do atual.

Por isso, creio que o protesto específico para fim falimentar deve existir “em qualquer caso”, como expressamente previsto na Lei 11.101/2005, na hipótese de falência decretada com base na impontualidade injustificada.



[1] Daí a importância do contexto para a interpretação – não só do Direito, mas também do Direito, conforme em [texto](#) anteriormente publicado em co-autoria com [José Miguel Garcia Medina](#).

[2] Declaratória entre aspas, pois tal sentença tem natureza jurídica de sentença constitutiva, eis que daquelas que cria, extingue e modifica relações jurídicas, v.g., cria a massa falida, extingue a personalidade jurídica da sociedade empresária e faz vencer antecipadamente as obrigações.

[3] A meu ver, só há impontualidade injustificada, eis que, se for “justificada”, não se estará diante de impontualidade, já que inexigível a obrigação. Assim, as hipóteses previstas no artigo 96, da Lei 11.101/2005, não designam propriamente hipóteses de impontualidade justificada, mas, sim, de situações onde é afastada a impontualidade ou onde não é cabível o pedido falimentar (como na hipótese de a atividade ter sido cessada há mais de dois anos – artigo 96, VIII, da Lei 11.101/2005).

[4] “FALÊNCIA – IMPONTUALIDADE – ARTIGO 94, I DA LEI 1.101/05 – MONTANTE DA DÍVIDA – HIPÓTESE EM QUE O VALOR DO INADIMPLEMENTO SUPERA 40 SALÁRIOS MÍNIMOS – INTERESSE PROCESSUAL RECONHECIDO – DESNECESSIDADE DE PROTESTO ESPECIAL – DUPLICATAS PROTESTADAS – IMPRESCINDIBILIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA QUE RECEBEU A NOTIFICAÇÃO DO PROTESTO, SOB PENA DE INVIABILIZAR O PEDIDO DE FALÊNCIA – SÚMULA 361 DO STJ – EXTINÇÃO DO PROCESSO MANTIDA, MAS POR FUNDAMENTO DIVERSO – RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Apelação 0003093-56.2010.8.26.0604, Relator Desembargador Elliot Akel, julgada em 17/05/2010)

[5] AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO VINCULAÇÃO DO STJ. FALÊNCIA. PROTESTO ESPECIAL. DESNECESSIDADE. RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO. SÚMULA N. 361-STJ. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. O juízo prévio de admissibilidade do recurso especial não vincula o Superior Tribunal de Justiça. 2. “É prescindível o protesto especial para a formulação do pedido de falência.” (REsp 1052495/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 18/11/2009) 3. “A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu.” Súmula n. 361 do STJ. Concluído pelo Tribunal local que houve a devida identificação, o reexame da questão esbarra no enunciado n. 7, da Súmula do STJ. Não se exige, ademais, que a pessoa identificada tenha poderes formais para o recebimento da referida notificação. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, 4.º T., AgRg no REsp 1016893/SP, relatora ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 01/09/2011, DJe 08/09/2011)

[6] Sinto pela repetição, mas faço isso porque, para mim, a clareza do dispositivo já seria suficiente para justificar o que sustento no presente texto.

**Date Created**

26/11/2012