

EXEGESE DO ART. 94, INC. II, DA LEI FALIMENTAR: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO FRUSTRADA ÀS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.105/15 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)
EXEGESIS OF THE ART. 94, INC. II, BANKRUPTCY LAW: NEED FOR ADEQUACY OF IMPLEMENTATION FRUSTRATED EXECUTION THE CHANGES BROUGHT BY LAW Nº 13.105/15 (NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE)

Sérgio Mendes Botrel Coutinho*
Bruno Alves Apolinário**

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a necessidade de adequação da exegese do art. 94, inciso II, da Lei de Recuperação de empresas e Falência - Lei nº 11.101/2005 ao processo de execução regulado pelo Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015, conciliando a definição do termo execução frustrada utilizadas por ambos os diplomas normativos, no intuito de possibilitar a correta aplicação do citado dispositivo legal. A metodologia do trabalho consistiu em análise da lei e textos da literatura correlato, que permitiram a construção hermenêutico-argumentativa utilizada neste. Percebeu-se, ao final, que é possível a adequação interpretativa buscada.

Palavras-chave: Falência; novo Código de Processo Civil; execução frustrada.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the need for the exegesis of the art. 94, item II, of the law of business recovery and Bankruptcy-Law nº 11,101/2005 the execution process regulated by the new Code of Civil Procedure, established by law No. 13,105/2015, combining the term frustrated execution used by both regulatory qualifications, in order to permit the correct application of the said legal device. The methodology of the work consisted of the analysis of law and literature texts or similar, which enabled the construction-hermeneutical argumentative used in this. It was, in the end, it's possible the interpretive adequacy sought.

Key-words: Bankruptcy; new Code of Civil Procedure; frustrated execution.

* Mestre e doutor em Direito. Professor de Direito empresarial na Universidade FUMEC. Advogado.

** Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Saúde e Ecologia Humana - FASEH. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Possui experiência nas áreas administrativa e judicial. Estudioso do Direito, com enfoque primordial no Direito Empresarial (Comercial), especificamente no Direito Concursal (Falência e Recuperação de Empresa). Autor de artigos jurídicos.

1 AS FUNÇÕES DOS SISTEMAS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

A especialidade do Direito Empresarial em face do Direito Civil (identificado pelos empresarialistas como “Direito comum”) costuma ser identificada como uma das razões para se impor à insolvência dos empresários um regime diferente daquele previsto para os particulares que não se enquadram nessa *fattispecie* (empresário).

Realmente, enquanto o Direito Civil trata dos *atos* praticados pelos particulares de uma maneira geral o Direito Empresarial se ocupa de uma *atividade* determinada, qual seja a *empresa*, caracterizada pela soma de atos e relações jurídicas concatenados, desenvolvidos com o propósito de produzir ou distribuir bens ou serviços para o mercado.

Importa revelar, no entanto, que a imposição de um sistema de insolvência diferenciado para os empresários decorre de inúmeros outros fatores, destacando-se, dentre eles, o risco sistêmico¹ decorrente do efeito de contágio de inadimplência². Afinal, o exercício da empresa se baseia na utilização cíclica do crédito, no sentido de que o empresário contrai dívidas na expectativa de que receberá aquilo que lhe fora prometido por seus devedores.

E a dinamicidade exigida na operacionalização de utilização cíclica do crédito impede, frequentemente, a utilização de garantias reais nos negócios diários do empresário, de modo que a proteção do crédito quirografário encontra na falência um instrumento de se implementar, entre os credores quirografários, um tratamento igualitário, conforme observa Georges Ripert (1964, p. 286.), para quem “o direito falimentar permite questionar os atos por meio dos quais um dentre vários outros teriam sido privilegiados ou mesmo se feito pagar antes dos demais”.

¹ O risco sistêmico se intensifica em determinadas atividades em virtude de sua especialidade e da repercussão de crises verificadas em alguns ramos de empresa, o que justifica uma intervenção estatal mais árdua, como ocorre, por exemplo, com a empresa bancária. Sobre os efeitos sistêmicos das crises bancárias, ver BOTREL, Sérgio. *Insolvência bancária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 31-35.

² Georges Ripert já atentara para esta particularidade da vida empresarial, *verbis*: “L'échéance a une importance qu'elle n'a pas dans la vie civile. Chaque commerçant doit pouvoir compter sur le paiement de ses créances, car il est tenu lui-même de payer ses propres dettes. On voit parfois une faillite, notamment celle d'un banquier, entraîner beaucoup d'autres.” (RIPERT, 1964, p. 286)

Nesse sentido, é de se concordar com Michele Sandulli quando afirma que uma função essencial da falência é fazer cessar uma situação de anomalia, que cria um distúrbio no sistema econômico³.

Some-se a isso o fato de que os efeitos do insucesso de uma atividade empresarial são sentidos não só pelo titular da empresa, mas por uma plêiade (empregados, fornecedores, fisco, a comunidade local, os consumidores etc.), o que reforça e confirma a função social desempenhada pela empresa. Daí a importância de o legislador instituir um sistema que incentive o empresário a cumprir suas obrigações e respeitar os direitos que giram em torno da atividade por ele explorada.

A rigor, a relevância do papel desempenhado pelo Direito Concursal se faz sentir não apenas nas derrocadas empresariais, como forma de compor os direitos e interesses que giram em torno da atividade explorada pelo devedor, mas também na prevenção de situações em que não resta outra alternativa senão a liquidação judicial.

De se registrar, ainda, que sistemas de insolvência empresarial mais rígidos tendem a incentivar que os empresários que conduzem empresas deficitárias venham a encontrar alguma solução de mercado como prevenção à decretação da falência, seja mediante contratações de parcerias empresariais (personificadas ou não), reorganizações societárias ou mesmo alienação dos ativos enquanto encontram no mercado interessados que se disponham a pagar um preço justo.

Na hipótese de o empresário não encontrar soluções de mercado para a empresa em crise, os sistemas de insolvência empresarial instituem procedimentos que objetivam conferir ao titular da empresa *meios* para implementar a preservação da atividade empresarial. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da recuperação de empresas, prevista na legislação brasileira.

Mas é de se compreender que também a falência possui o condão de preservar a atividade empresarial⁴, sendo certo que para que isto ocorra é preciso que a lei⁵

³ Nas palavras da autora italiana, “funzione essenziale delle procedure concursuali è quella di far cessare la situazione anomala (di crisi), in cui si è venuta a trovare l’impresa che, in quanto investe rapporti con i terzi, crea una turbativa al sistema economico; cioè, esse mirano a farsi carico dell’esigenza di tutela dei terzi, anche attraverso la realizzazione e l’attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore”. (SANDULLI in: BUONOCORE, 2006, p. 669)

⁴ O legislador pátrio acolhe expressamente esta premissa ao preceituar que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens,

estabeleça hipóteses de decretação de falência que impeçam que o devedor que se encontre em situação deficitária irreversível amplie os efeitos de sua insolvência, seja majorando o passivo, seja dilapidando o ativo, ou mesmo impossibilitando que os ativos sejam realocados eficientemente⁶.

Consoante observação de Rubens Requião (1988, p. 58-62), os sistemas de determinação de insolvência empresarial adotados pela doutrina e pelas legislações resumem-se, basicamente, ao (a) do *estado patrimonial deficitário*, (b) da *cessação de pagamentos*, (c) da *impontualidade*, e ao (d) de *atos enumerados em lei*.

Enquanto no (a) *sistema do estado patrimonial deficitário* o empresário será declarado falido quando constatado que seu ativo não é suficiente para satisfazer seu passivo, o (b) *sistema de cessação de pagamentos* exige, para que seja declarado aberto o processo concursal, que o empresário interrompa os pagamentos de suas obrigações, sendo certo que a caracterização da cessação de pagamentos não é de fácil constatação, face à fluidez do conceito, tendo sido atribuído aos tribunais dos países onde vige este sistema de insolvência a árdua tarefa de estabelecer os parâmetros para a decretação da falência.

O (c) *sistema da impontualidade*, por sua vez, considera causa de decretação de falência o não pagamento de dívida líquida no vencimento, sendo irrelevante que o devedor seja titular de ativo que supera o passivo.

O que caracteriza, por fim, o (d) *sistema de atos enumerados em lei* é a prática de determinados atos que indicam, na concepção do direito positivo de determinada comunidade jurídica, o estado de falência do devedor empresário, tais como a dilapidação patrimonial, o abandono do estabelecimento etc. Este sistema, como destaca o professor paranaense, demonstra que os sistemas de insolvência nem sempre se apresentam puros e exclusivos, tendo em vista que muitas legislações “reforçam o

ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75, da Lei n. 11.101/05 – Lei Falimentar).

⁵ Com efeito, uma análise realista do papel desempenhado pelo legislador nas insolvências empresariais é consignada por Yves Guyon, para quem não se pode crer que o Direito consiga transformar um fracasso empresarial em situação de resultado positivo. Para o jurista francês deve-se contentar com a idéia de que as leis “menos ruins” são aquelas que não agravam a situação de dificuldade da empresa e não comprometem o pagamento dos credores. (GUYON, 2003, p. 1)

⁶ Esta ordem de idéias possibilita afirmar, com Frank H. Easterbrook, que uma das funções do Direito Concursal é “to reduce the social costs of failure”. (EASTERBROOK in: BHANDARI, 1996, p. 408)

critério caracterizador da insolvência, por outros atos exteriores que revelam também a insolvência”. (REQUIÃO, 1988, p. 52)

Na atualidade, algo que chama a atenção e merece críticas é a ausência de uniformidade de regras que versam sobre a insolvência empresarial nos países desenvolvidos e em desenvolvimento⁷.

Na Alemanha, por exemplo, as causas de decretação de falência se resumem a: (i) *ameaça de inadimplência*; (ii) *inadimplência*; e (iii) *insolvência*.

A decretação de falência em virtude de (i) *ameaça de inadimplência* decorre de iniciativa do próprio devedor, o qual supõe que não terá condições de cumprir suas obrigações nos termos ajustados, sendo certo que “o devedor tem o direito, e não o dever legal de ajuizar a ação de insolvência sob tal fundamentação legal”. (BERGER, 2001, p. 52)

A (ii) *inadimplência*, por outro lado, resta caracterizada quando o devedor não efetua o pagamento de obrigação vencida na data convencionada, merecendo destaque o fato de que no sistema alemão, diferente do que ocorre com o brasileiro, a impontualidade isolada não implica a presunção do estado falimentar, sendo necessária a suspensão de pagamentos de obrigações. (BERGER, 2001, p. 54)

Na verdade, como adverte Dora Berger, no sistema alemão a definição do momento de início da inadimplência não é de fácil constatação, muito embora a forma prévia de se inferir a ocorrência deste pressuposto falimentar se dá mediante a constatação do momento em que o devedor deixa de efetuar pagamentos de obrigações nas datas contratadas. Deveras, “a simples prorrogação de pagamentos de obrigações não caracteriza a inadimplência, porque significa apenas não pagamento temporário. A inadimplência tem como pressuposto um período mais longo de não pagamento de obrigações vencidas sob razão de que, por exemplo: um crédito não prometido e imprescindível ao pagamento das obrigações não será mais liberado”. (BERGER, 2001, p. 55)

⁷ Esta constatação é preocupante em virtude de as atividades exploradas pelas sociedades empresárias estarem, cada vez mais amiúde, extrapolando as fronteiras dos países onde se encontram suas sedes.

Já a (iii) *insolvência* fica caracterizada quando o passivo do devedor supera seu ativo, sendo que este estado falimentar pode ser confessado pelo devedor ou alegado pelos credores. (BERGER, 2001, p. 58)

O pressuposto objetivo da falência na Itália, outrossim, é o *estado de insolvência* do devedor, o qual se manifesta pela inadimplência ou outro fato exterior que indique que o devedor não se encontra em situação de cumprir regularmente suas obrigações. A doutrina italiana chama a atenção, no entanto, para o fato de que a caracterização da falência pressupõe a constatação de um desequilíbrio financeiro (cuja causa é irrelevante), sendo dispensável a comprovação de eventual desequilíbrio patrimonial. (SANDULLI in: BUONOCORE, 2006, p. 677)

No sistema francês, por outro lado, a *cessação de pagamentos* delimita a passagem das técnicas amigáveis de prevenção e recuperação da empresa para a esfera judicial, na qual a abertura do procedimento concursal pode conduzir à recuperação ou à liquidação. A *cessação de pagamentos*, referida pela doutrina e pelos tribunais franceses, (GUYON, 2003, p. 134) consubstancia-se quando “o devedor encontra-se na impossibilidade de fazer face ao passivo exigível com o ativo disponível” (art. L. 621-1, do *Code de Commerce*).

Uma vez constatada a cessação de pagamentos a abertura do processo dá margem para que seja deferida a recuperação ou determinada a liquidação judicial, o que ocorre após um período de observação de 6 a 20 meses, o qual tem início com a abertura do processo concursal. (GUYON, 2003, p. 104)

O sistema falimentar pátrio, quando da vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, não seguia um sistema puro, pois tanto a impontualidade como atos exteriores legalmente enumerados faziam presumir a insolvência. (REQUIÃO, 1988, p. 62) E em que pese a ordem falimentar brasileira ter sofrido relevantes alterações com edição da atual Lei Falimentar (Lei n. 11.101/05), importa registrar que no Brasil o sistema de insolvência continua sendo um sistema misto.

2 O SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO: VINCULAÇÃO DE PRESSUPOSTO FALIMENTAR AO SISTEMA DE EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

A Lei n. 11.101/05 (Lei Falimentar – LF), que revogou o Decreto-Lei n. 7.661/45, introduziu alterações de relevo ao Direito Concursal brasileiro, dentre as quais se destacam a instituição de regras que otimizam a realização do ativo, incentivam a participação dos credores do processo falimentar, e possibilitam a preservação da atividade econômica explorada mediante a utilização dos bens de produção arrecadados pelo administrador judicial. Isto sem falar no abandono da concordata, a qual somente gerava efeitos junto aos credores quirografários⁸, e pouco prestava para preservar a empresa, adotando-se, no modelo vigente, o instituto da *recuperação*, o qual, apesar de apresentar algumas celeumas, se afigura como mais adequado para possibilitar o reerguimento de atividades viáveis que se encontram em situação problemática.

No que se refere às causas determinantes para a abertura do concurso de credores (decretação da falência), a LF manteve-se fiel, em linhas gerais, ao regime anterior, conservando o sistema de *insolvência empresarial presumida*.

Ex vi do art. 94, da LF, será decretada a falência do devedor nos casos de *impontualidade injustificada* (inc. I), *execução frustrada* (inc. II), e quando verificada a prática dos *atos ruinosos* elencados no inc. III.

A rigor, o texto legal do art. 94, inc. II, da LF⁹ foi editado em consonância com o sistema de execução vigente à época (Lei nº5.869/1973 – Código de Processo Civil anterior à Lei nº13.105/15). Basta constatar que a *execução frustrada* autorizadora da falência se caracteriza pela “tríplice omissão” do devedor empresário após a formalização de sua citação válida. Mas é de se insistir que esta “tríplice omissão” encontrava correspondência no sistema de execução anterior à reforma introduzida pela Lei nº. 11.382/06 e pela Lei nº13.105/15 (“Novo CPC”), haja vista que o art. 652 do Código de Processo Civil anterior (“CPC Revogado”), prescrevia que “o devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

⁸ “Art. 147. A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civís, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora d’ele, ausentes ou embargantes”. Dec. Lei n. 7.661/45.

⁹ “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – *omissis*; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; (...)”.

A compatibilização do art. 94, inc. II, da LF, com o art. 652, do CPC, era inegável. Caso o devedor, citado na execução, não pagasse, não nomeasse bens à penhora ou não depositasse a quantia devida, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, presumir-se-ia falido, haja vista não ter satisfeito os ônus impostos pela lei processual aos devedores nos processos de execução por quantia certa. Nesta hipótese, compete ao credor instruir o pedido de falência com a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

Com as alterações introduzida pela Lei nº 13.105/15, contudo, o modelo de execução restou alterado, sendo certo que no sistema de execução vigente a nomeação de bens à penhora, após a citação, não constitui ônus imposto ao devedor. Daí a necessidade de se adequar a causa determinante de falência, prevista no art. 94, inc. II, da LF, ao sistema de execução instituído pela Lei nº 13.105/15.

3 A POSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA NO SISTEMA DE EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil vigente, no que se refere ao processo executivo e a dinâmica dos atos seguintes à citação do devedor, balizaram-se nas modificações introduzidas pela Lei nº11.382/2006, a anterior sistemática executiva, que pode ser considerada como o grande marco de ruptura entre as visões do Direito Falimentar e do Direito Processual Civil acerca da definição de *execução frustrada*.

Durante os mais de 50 anos de vigência da Lei nº5.869/1973 – Código de Processo Civil anterior à Lei nº13.105/15, e a partir dos anos 2000 de maneira mais incisiva, inúmeras críticas foram apresentadas ao diploma processual civil brasileiro, especificamente quanto a sua adequação à realidade científica, econômica, social e jurídica do país. Questionou-se, severamente, toda a estruturação legal do processo executivo, que se demonstrava instrumento ineficiente para *satisfação* dos direitos daqueles que o utilizavam. (RODRIGUES, 2015, p. 87)

O descompasso entre a técnica e a realidade jurídica, no que concerne aos procedimentos executivos, embasaram críticas quanto à inobservância dos preceitos constitucionais da efetividade da prestação jurisdicional e da economia processual, que

foram os principais fundamentos utilizados para a elaboração da Lei nº 11.382/2006, conforme depreende-se dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 2-3):

[...] a prestação jurisdicional devida ao titular do direito violado não se exaure como simples acerto em torno dessa violação, mas somente se completa com as medidas jurisdicionais satisfativas capazes de colocar o bem da vida perseguido à efetiva disposição de quem a ele faz jus. Foi, portanto, em fidelidade à garantia constitucional de efetividade da prestação jurisdicional e do mais pronto acesso à justiça (CF, art. 5º, incs XXXV e LXXVIII), que se aboliu a vetusta dicotomia que punha em processos separados e estanques a condenação judicial e a execução de sentença. [...] A Lei nº 11.382, de 06.12.2006, inspirada nas mesmas garantias de efetividade e economia processual, prossegue na reforma, agora, da execução de título extrajudicial, o único que, realmente, justifica a existência de um processo de execução completamente autônomo frente à atividade cognitiva da jurisdição.

Neste contexto, verificou-se que as previsões originalmente estabelecidas pela Lei nº 5.869/1973, referentes aos atos praticados pelo credor e pelo devedor no âmbito do processo executivo, promoviam a passividade do primeiro, na busca pela satisfação de seu direito creditório, pois cabia-lhe tão somente provocar o Juízo e aguardar a localização de bens passíveis de penhora, fossem estes indicados pelo próprio devedor ou encontrados em decorrência do sucesso no cumprimento de diligências cabíveis ao Judiciário.

No claro intuito de garantir maior efetividade à execução e conceder ao credor papel mais ativo na satisfação de seus direitos, preceitos esses que também fundamentaram a edição da Lei nº 11.101/2005, foram promovidas pela Lei nº 11.382/2006 as alterações no art. 652 do *códex* processual civil anterior, especificamente com a modificação e a introdução dos §§ 2º e 4º, que facultavam ao credor a indicação de bens do devedor passíveis de penhora e, no caso da não indicação pelo credor e/ou não localização de bens pelo Oficial de Justiça, a intimação do devedor para nomear bens sobre os quais poderiam recair a constrição judicial, respectivamente, como bem demonstram as lições de Humberto Theodoro Junior (2007, p. 4-5):

Nota-se, numa visão geral da nova execução, a abertura para oportunidades de atuação das partes com maior autonomia e mais significativa influência sobre os atos executivos e a solução final do processo. Com isso, reconhece o legislador, acompanhando o entendimento da melhor doutrina, que as partes não são apenas figurantes passivos da relação processual, mas agentes ativos com poderes e deveres para uma verdadeira e constante cooperação na busca e definição do provimento que, afinal, pela voz do juiz, virá pôr fim ao conflito jurídico. Aliás, ninguém melhor do que as partes tem, na maioria das vezes, condições de eleger, ou pelo menos tentar eleger, o melhor caminho

para pacificar e harmonizar as posições antagônicas geradoras do litígio, endereçando-as para medidas consentâneas com a efetividade esperada da prestação jurisdicional. Merecem destaque, por exemplo, as inovações introduzidas na nomeação de bens à penhora, cuja iniciativa passa basicamente para o exequente, que também assume o comando da expropriação dos bens penhorados [...]

A partir da edição da Lei nº 11.382/2006 não somente a estrutura do procedimento executivo foi alterada, mas a própria lógica processual que embasa o instituto foi modificada, ou seja, a razão de ser do processo de execução passou a residir, inquestionavelmente, na efetiva satisfação do direito daquele que o utiliza.

Esse direito, entretanto, não poderia ser tido como absoluto, pois implicaria na completa submissão do devedor ao arbítrio da vontade do credor, na busca pela satisfação de seu crédito, o que acarretaria em desproporcionalidade entre a responsabilidade patrimonial do devedor em face ao montante de sua dívida, que atentaria contra princípio da execução da forma menos gravosa, basilar do processo executivo. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 60-61)

Como o intuito de se evitar possíveis distorções e desvirtuamentos do instituto, foi garantido ao devedor o direito de impugnar a indicação feita pelo credor e nomear – seja a requerimento deste, no caso que não fossem encontrados bens passíveis de penhora, ou por determinação judicial – parcela do seu patrimônio, sobre a qual deveria recair a constrição judicial. Desta forma, as partes foram realocadas no centro da lide executiva, numa posição ativa, o que deveria proporcionar, em tese, maior eficiência e eficácia do processo executivo.

Percebe-se, portanto, que a execução de título extrajudicial, a partir da edição da Lei 11.382/2006, passou a se pautar na lógica da eficiência e da efetividade da prestação jurisdicional, no intuito de garantir a satisfação do direito do credor, o que se demonstra inquestionavelmente louvável, mas, ao fazê-lo, retirou o ônus do devedor de nomear bens à penhora, ato esse que compõe a definição da “*tríplice ausência*”. Logo, não haveria como caracterizá-la, pois não haveria a obrigação do devedor, consoante as normas processuais civis vigentes à época, de oferecer bens passíveis de penhora.

Nessa mesma orientação, e pautada no princípio da eficiência e da cooperação entre as partes ligantes, conforme disposto no art. 6º da Lei nº 13.105/2015, (CUNHA, 2014, p. 65-84) optou o legislador por adotar no Novo Código de Processo Civil

brasileiro, no que concerne à posição ativa do credor, previsão similar àquela constante do diploma processual anteriormente vigente, seja no que concerne à fase de cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (arts. 523 a 527), seja nos processos executivos de título extrajudicial de pagar quantia certa (arts. 824 a 909), conforme se verifica a seguir:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

Constata-se, consoante essas disposições legais, que independentemente da atuação/vontade do devedor, a indicação de bens passíveis de penhora caracteriza-se como *faculdade* que assiste ao *credor*, na busca pela satisfação do seu direito, competindo-lhe tão somente se opor a essa, caso entenda que a constrição não atende à ordem legal ou possa abranger bens que deixem o procedimento executivo mais oneroso para si. Vê-se também que a penhora judicial, assim como no regime processual anterior, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, não se demonstra como *requisito* para que o devedor se oponha à pretensão executiva do credor.

4 A CARACTERIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FRUSTRADA NO SISTEMA DE EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE E NO SISTEMA CONCURSAL

Compreendida as questões referentes à nomeação de bens à penhora, segundo o novo *códex* processual civil, impõe-se entender como se dá a caracterização de *execução frustrada*, segundo o referido diploma normativo.

Registre-se, primeiramente, o disposto no art. 921 da Lei nº13.105/2015, que aborda a suspensão da ação de execução:

Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

Importantes para esse tema, demonstram-se as lições de Alexandre Freitas Câmara sobre o assunto:

Outra causa de suspensão do procedimento executivo é a verificação de que o executado não tem bens penhoráveis (art. 921, III). Neste caso, o procedimento deverá ser suspenso pelo prazo de um ano (art. 921, § 1º), sendo certo que durante esse período de tempo não corre contra o exequente – e em favor do executado – qualquer prazo prescricional e os autos devem permanecer em cartório.

Caso se verifique, durante esse prazo de um ano, que o executado adquiriu bens penhoráveis (ou quando se descobre bens penhoráveis que o executado já possuía, mas que não haviam sido encontrados anteriormente), a execução voltará a tramitar. Decorrido, porém, o prazo de um ano sem que sejam encontrados bens penhoráveis do executado, os autos serão arquivados (art. 921, § 2º), sem que isto implique a extinção da execução. Arquivados os autos, sempre será possível ao exequente requerer seu desarquivamento para prosseguir com a execução, demonstrando que foram encontrados bens penhoráveis (art. 921, § 3º).

Observa-se que para a caracterização de *execução frustrada*, em conformidade com os ditames do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessária a *inexistência de bens* pertencentes ao devedor, que sejam passíveis de penhora, como se verifica ao analisar detidamente o inciso II do art. 921 da Lei n.º 13.105/2015, conjuntamente com os §§ 1º e 2º do referido dispositivo, pois não encontrados bens suficientes, sobre os quais possam recair a constrição judicial, para satisfazer o direito do credor, em posterior fase expropriatória, autoriza a lei em comento a se proceder o arquivamento provisório dos autos da execução, o que obstaria a satisfação da pretensão creditícia.

Nota-se, portanto, que há flagrante dissonância entre a caracterização de *execução frustrada* para o Direito Falimentar – que ocorre quando o devedor, citado, deixa de pagar ou nomear bens à penhora (a *tríplice ausência*) – e para o sistema processual civil – que a caracteriza ante a inexistência de bens do devedor passíveis de constrição judicial, o que, frise-se, acaba por esvaziar por completo a possibilidade de decretação de falência do devedor empresário, consubstanciada na hipótese prevista no art. 94, inciso II, da Lei n.º 11.101/2005.

Neste cenário, apresentam-se como inegáveis os prejuízos que poderiam ser causados – tanto para o sistema econômico, quanto para o mercantil – em decorrência desse descompasso normativo, pois haveria restrição, numa análise inicial, das hipóteses de decretação da falência, o que submeteria o credor cujo direito não tenha sido satisfeito no processo executivo, à necessidade de demonstração da *impontualidade* – art. 94, inciso I, da LF – ou à comprovação da prática de *atos de falência* – art. 94, inciso III, da LF – no intuito de conseguir a decretação da quebra do devedor deixasse de adimplir sua obrigação.

Restam, portanto, apenas duas possíveis e viáveis saídas para esse imbróglio: (i) o reconhecimento da *incompatibilidade* entre a hipótese prevista no art. 94, inciso II, da LF, como já salientado, em virtude da diferentes definições de *execução frustrada* adotadas pela Lei nº13.105/2015 e a Lei nº11.101/2005, o que tornaria inviável a decretação de falência do devedor empresário por esse fundamento legal – o que se apresenta como *medida extrema e prejudicial*; (ii) ou a necessidade de *compatibilização* entre as definições de *execução frustrada* utilizadas por esses dois sistemas normativos,

que viabilizaria a aplicação do art. 94, inciso II, da LF, a partir dos processos executivos regulados pelo Novo Código de Processo Civil – opção essa que parece mais *razoável*.

Nesta senda, caso seja adotada a segunda alternativa, a *compatibilização* entre as definições de *execução frustrada* utilizadas pelos sistemas concursal e processual civil, ela poderá ser realizada de duas maneiras diversas: (i) mediante a *supressão* da necessidade de nomeação de bens à penhora, pelo devedor, para caracterização da “*tríplice omissão*”, prevista no art. 94, inciso II, da LF, o que demandaria alteração legislativa neste sentido ou movimento jurisprudencial reconhecendo tal possibilidade; (ii) a *imposição* de intimação específica do devedor, seja pessoalmente ou na pessoa de seu procurador, nos processos de execução regidos pela Lei n.º13.105/2015, a fim de indicar bens pertencentes ao seu patrimônio passíveis da constrição judicial, o que atenderia aos requisitos previstos na regra falimentar.

Percebe-se, novamente, que a última alternativa se demonstra como a mais plausível, notadamente quanto questão similar já foi analisada pelos Tribunais pátrios. Encontram-se, no repertório jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inúmeros julgados recentes que já abordaram essa temática.¹⁰ Nesses julgamentos, sedimentou-se o entendimento quanto à necessidade de intimação do devedor, conforme delineado acima, para caracterização *inequívoca* da “*tríplice omissão*”, ensejando, assim, o decreto falimentar.

Logo, seria essa a melhor possibilidade para superar esse imbróglio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as considerações e reflexões trazidas ao longo deste estudo, podem ser traçadas as conclusões a seguir expostas.

O sistema falimentar brasileiro, assim como ocorre em outros sistemas normativos no mundo, não segue um sistema puro para determinação insolvência empresarial, valendo-se dos quatro critérios comumente utilizados – (a) do *estado*

¹⁰ Sobre essa temática, vide BRASIL. TJSP. Apelação 4004878-48.2013.8.26.0161, 14 de mar. de 2016; _____. Agravo de Instrumento nº 2103995-10.2014.8.26.0000, 10 de abr. de 2016; e _____. Agravo de Instrumento nº 2088813-13.2016.8.26.0000, 24 de ago. de 2016, dentre outros.

patrimonial deficitário, (b) da *cessação de pagamentos*, (c) da *impontualidade*, e ao (d) de *atos enumerados em lei* – para caracterização desse estado.

O art 94, inciso II, da Lei n.º11.101/2005, contempla a hipótese que enseja a decretação da falência do devedor que citado, não paga e não nomeia bens à penhora, denominada como “*tríplice omissão*”, que se encontrava em consonância com as regras processuais previstas na Lei nº5.869/1973 – Código de Processo Civil anterior à Lei nº13.105/2015.

A partir do advento da Lei n.º 11.382/2006, a sistemática executiva do *códex* processual civil alterou-se, objetivando a satisfação, de modo inequívoco, da satisfação do direito do credor, o que propiciou o descompasso entre as suas previsões e o dispositivo da LF.

A Lei nº 13.105/2015, seguiu a orientação de sua antecessora, o que acentuou a não conformidade da previsão falimentar e o processo de execução por elas regido, pois esses sistemas utilizam-se de definições diversas de *execução frustrada*.

Impõe a readequação dos sistemas processual civil e concursal, no intuito de evitar possíveis prejuízo àqueles credores que pretendem a eles recorrer, na busca pela satisfação de seu direito creditício, a fim de permitir a decretação da falência do devedor que se enquadra na hipótese prevista no art. 94, inciso II, da LF.

Por fim, no intuito de permitir a reaproximação daqueles sistemas normativos, a solução que se apresenta como mais viável seria a necessidade de intimação do devedor, no bojo dos autos do processo de execução regulados pela Lei nº 13.105/2015, pessoalmente ou na pessoa de seu procurador, indicar bens pertencentes ao seu patrimônio pessoal, que possam ser objeto de constrição judicial, a fim de se caracteriza a “*tríplice omissão*”, o que permitiria a decretação da sua quebra.

REFERÊNCIAS

BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 4004.878-48.2013.8.26.0161. Recorrente: Elma Serviços Gerais e Representação Ltda. Recorrido: Sebeco Indústria Comércio Exportação e Importação Ltda. Relator: Desembargador

Campos Mello. SP. 14 de mar. de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9313135&cdForo=0>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2103995-10.2014.8.26.0000. Agravante: Ana Magazine Ltda. Recorrido: Maria Celeste de Oliveira. Relator: Desembargador Ramon Mateo Junior. SP. 10 de abr. de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8226175&cdForo=0>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2088813-13.2016.8.26.0000. Agravante: Rumo Novo Comércio de Metais Ltda. EPP. Agravado: Santana S/A – Crédito, Financiamento e Investimento. Relator: Desembargador Fábio Tabosa. SP. 24 de ago. de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9744740&cdForo=0>>. Acesso em: 28 set. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 233/2014, p. 65 – 84, jul. 2014. DTR\2014\3352.

EASTERBROOK, Frank H. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. *Corporate bankruptcy – economic and legal perspectives*. New York: Cambridge University Press, 1996.

GUYON, Yves. *Droit des affaires*. Tome 2. Paris: Economica, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 1 volume. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit commercial*. Paris: L.G.D.J., 1964.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo cpc e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, vol. 244/2015, p. 87 – 150. Jun / 2015. DTR\2015\9718.

_____. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação). *Revista de Processo*, vol. 245/2015, p. 151 – 222, Jul / 2015. DTR\2015\11007.

SANDULLI, Michele. Procedure concursuali. In: BUONOCORE, Vincenzo (org.). *Istituzioni di diritto commerciale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Encaminhado em 10/07/2017

Aprovado em 12/09/2017