

# **A NATUREZA JURÍDICA DO DEPÓSITO ELISIVO EM FALÊNCIA E SUA INTERPRETAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

Mariana Santos Botelho  
Antônio Augusto Gonçalves Tavares

## **Resumo**

A Lei nº 11.101/05 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária disciplina no Parágrafo único do art. 98 o depósito elisivo, mecanismo disponibilizado ao réu em ação de falência, capaz de neutralizar definitivamente a presunção de insolvência, fundamento para o pedido de decretação de quebra. Ao se valer do depósito elisivo, ao entendimento da jurisprudência, consolidada, inclusive, em verbete sumular do STJ, está o empresário realizando o pagamento do crédito reclamado pelo credor. A investigação da dogmática jurídica em torno da natureza jurídica do depósito elisivo proposta neste trabalho, que também envolveu pesquisa da jurisprudência, permite concluir o tratamento equivocado dado ao instituto, especialmente porque a insolvência, mesmo que presumida, é condição que não permite ao devedor realizar pagamento por exclusiva carência de forças patrimoniais.

Palavras-chave: Depósito elisivo; Falência; Pagamento; Insolvência.

# **LA NATURALEZA JURIDICA DEL DEPOSITO ELISIVO EN BACARROTA Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL POR EL STJ**

## **Resumen**

La ley 11.101/05 que regula la quiebra del empresario y de la sociedad empresaria disciplina en el párrafo único del art. 98 el depósito elisivo mecanismo a disposición de la parte demandada en juicio de quiebra, capaz de neutralizar la presunción de insolvencia, la base para la solicitud de la quiebra. Al hacer el depósito elisivo, la comprensión de la jurisprudencia consolidada, incluso sumular del STJ, el empresario está haciendo el pago de la

reclamación el prestamista. La investigación de la doctrina legal sobre la naturaleza de la elisivo depósito propuesto en este trabajo, que también participa la jurisprudencia investigación, muestra el mal trato dado a el instituto, sobre todo porque la insolvencia, aunque presume, es una condición que no permite que el deudor realice pago por falta de liquidez.

Palabras clave: Depósito elisivo; Pago; Insolvência; Quiebra.

## **1 INTRODUÇÃO**

O depósito elisivo, faculdade conferida ao devedor empresário citado em processo de falência cujo pedido tem sustentação na impontualidade ou em execução frustrada (artigo 94, incisos I e II, Lei nº 11.101/05), tem por escopo neutralizar a presunção de insolvência (sustentáculo da caracterização do estado de falência) e afastar a possibilidade do decreto da quebra.

Reflexão em torno do tema se revela de importância diante das diversas interpretações emprestadas ao mecanismo do depósito elisivo, algumas de equívoco capaz de caracterizar análise desvirtuada do instituto na falência. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou entendimento de jurisprudência no verbete sumular 29 segundo o qual “*No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado*”. O que se extrai do texto da súmula é o depósito elisivo tratado como meio de pagamento; de solução da obrigação pecuniária inadimplida voluntariamente. Quando o devedor empresário opta por efetuar o depósito em comento está ele, no entendimento da jurisprudência de predomínio, realizando o pagamento do crédito reclamado pelo credor.

O que se pretende, com efeito, é investigar a natureza jurídica do depósito elisivo em processo de falência a ponto de compreender sua finalidade e a razão de ter o legislador viabilizado ao devedor mesmo após a prática de atos caracterizadores de sua insolvência, operar depósito de importância que, presumidamente, ele não disporia.

## **2 APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE O INSTITUTO DA FALÊNCIA**

### ***2.1 Breve apontamento histórico***

O cenário do devedor incapaz de arcar com as dívidas contraídas encontra repercussão no meio jurídico desde o surgimento das primeiras relações mercantis, época em que os sistemas jurídicos de distintas civilizações, a fim de garantir a estabilidade dos negócios comerciais havidos entre seus membros, viabilizaram mecanismos de natureza inibitória e coercitiva visando afastar do ambiente empresarial e proteger a sociedade daqueles que contraíam obrigações e, por razões diversas, como fraude ou ruína ocasionada por circunstâncias alheias a sua

vontade, não dispunham de meios para honrar com o pagamento.

Como observa George Ripert (2008, p. 38), a obrigação não cria apenas uma relação entre dois patrimônios, mas fixa um liame entre duas pessoas, uma das quais permanece obrigada perante a outra pelo dever, tanto moral quanto jurídico, de realizar a prestação. É bem verdade que o devedor não perde a faculdade de dispor de seus bens, mas não poderá se olvidar da obrigação moral e jurídica de pagar suas dívidas. Todavia, se os atos de alienação lhe diminuem o patrimônio, deixando ele de pagar dívidas, seu ato representará uma imoralidade culpável.

Nos dizeres de Manoel Álvaro de Souza Sá Vianna o devedor que, no Direito Romano não liquidava as suas dívidas:

[...] ficava entregue definitivamente ao crédor, com o que soffria a *capitis diminutio maxima*, podendo este vendel-o para território estrangeiro (*trans Tiberim peregre venum ibant*), de modo a não tornar-se escravo em Roma, ou matal-o, partilhando o corpo entre os credores que haviam promovido o processo executivo (*sic*). (VIANNA, 1906, p. 04).

Percebe-se a estima sempre considerada em garantir o fiel cumprimento das obrigações, bem como proteger os credores das relações contratuais mal sucedidas, a ponto das sanções legais serem capazes de atingir até mesmo a pessoa do devedor, fato que demonstra a sua superioridade em detrimento “ao princípio geral do direito civil da inalienação da liberdade, ainda mesmo por acto (*sic*) voluntario e convencional” (VIANNA, 1906, p. 05).

O ambiente social experimentou importantes evoluções e com ele o modo de se tratar as relações mercantis, tendo o noticiado sistema hediondo perdurado até o ano 428 a.C., época da promulgação da *Lex Potelia Papiria*, responsável por introduzir no Direito Romano a execução patrimonial, que aboliu o critério da responsabilidade pessoal, ao disponibilizar meios de execução meramente patrimoniais, que após passarem por significativas modificações inspiram os modelos atuais.

Resta evidente, já na lei das XII Tábuas, o desejo do legislador em ver afastado do ambiente negocial (e social) o devedor que contrai obrigação e sem razão não arca com o valor devido. O que se busca tutelar desde a sobredita lei à legislação atual, é não apenas a economia individual do credor lesado, mas também a pública que é afetada com a insolvência de qualquer devedor. Repercussão ainda maior em se tratando o devedor de um empresário.

## 2.2 O Conceito de falência

Sem embargo do que se colhe da literatura<sup>1</sup>, o instituto da falência pode ser conceituado como o procedimento legal que enseja o constrangimento do devedor empresário que, por não dispor de meios suficientes para pagar os credores, se vê compelido a submeter de forma sistemática e ordenada todo o seu patrimônio à liquidação, a fim de que, ao final, seja realizado o rateio a cada credor de acordo com o seu tipo de crédito.

Rubens Requião (1998, p. 39) de modo conciso e preciso, define a falência como sendo “a solução judicial da situação jurídica do devedor comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida”.

E depois de definir a falência, Rubens Requião acentua sobre a caracterização do seu estado, descrevendo-a como um fenômeno jurídico constituído quando da sentença judicial:

A situação ruínosa do patrimônio do devedor, em condições de não solver suas obrigações, caracteriza a insolvência. A insolvência – importante é compreender – constitui um fato. Pertence ao domínio dos fatos econômicos no âmbito da empresa. O direito Falimentar dele não conhece, a não ser quando, transportando do campo fático, ingressa no terreno jurídico. Surge, então, através do conhecimento do magistrado, de sua sentença declaratória, a falência, como um estado de direito. Esse estado de direito, ordenado e sistematizado pela lei, é o que entendemos, no conhecimento jurídico, por falência. (REQUIÃO, 1998, p. 40).

Walter Tolentino Álvares (1977, p. 40), sobre o prisma econômico realça que a falência “traduz um estado patrimonial, patenteando um fenômeno econômico, um fato patológico da economia creditícia”. Já do ponto de vista jurídico, Amador Paes de Almeida (2012, p. 40) destaca que “a falência é um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente”. Isso pelo fato de todas as execuções serem atraídas pela força do juízo falimentar, o que significa dizer que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo onde tramita o processo de falência a fim de garantir a *par*

---

<sup>1</sup> Para Trajano de 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.”; Valdemar Martins Ferreira (1963, p. 61) 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”.

*condicio creditorum*, princípio que visa estabelecer um tratamento igualitário a todos os credores de acordo com a natureza de seus créditos.

### **3 A INSOLVÊNCIA COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA SITUAÇÃO DE FALÊNCIA**

A insolvência em seu contexto meramente econômico pode ser entendida como uma situação em que o conjunto de dívidas (passivo) se revela maior que o acervo patrimonial (ativo) do devedor, ocasião em que se vê incapaz de satisfazer suas obrigações de pagar.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, para quem a

Insolvabilidade é o estado econômico em que a pessoa não pode satisfazer as dívidas, porque o ativo é menor do que o passivo, computando-se também como parcela do passivo o que seria de mister para as despesas de prestar. (MIRANDA, 2003, p. 202).

Anote-se que a insolvência capaz de ensejar a decretação da quebra do empresário, ao contrário do conceito econômico, será jurídica e sempre presumida quando o devedor não cumprir na data aprazada o pagamento de obrigação (impontualidade), frustrar execução contra si direcionada ou na pratica de quaisquer dos atos elencados no art. 94, III da Lei nº 11.101/05.

Decorre disso que ainda que o patrimônio do empresário seja superior às suas dívidas, em sendo constatada a prática de quaisquer dos atos elencados no rol dos incisos do Art. 94 do citado regulamento, o credor poderá requerer-lhe a falência, pois, a insolvência falimentar não se caracteriza pela desproporção patrimonial. Assim, externando o empresário sinais de dificuldade no empreendimento da atividade, seja pela cessação de pagamentos ou pela prática de atos descritos como ruinosos franqueada a via da presunção de insolvência e o decreto de falência por iniciativa dos credores.

Nesse sentido, aliás, os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

Para fins de decretação da falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra. Especificamente, se a sociedade empresária for, sem justificativa, impontual no cumprimento da obrigação líquida (LF, art. 94, I) se incorporar em tríplice omissão (art. 94, II) ou se praticar ato de

falência (LF, art. 94, III), cumpre-se o pressuposto da insolvência jurídica. Quer dizer, demonstrada a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que a sociedade empresária tenha patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência. Ao revés, se não ficar demonstrado nenhum desses fatos, nem a impontualidade nem o ato de falência, não será instaurado o concurso de credores ainda que o passivo da sociedade empresária devedora seja superior ao seu ativo. A insolvência que a lei considera como pressuposto da execução por falência é, por assim dizer, presumida. Os comportamentos discriminados pelo art. 94 da LF são, em geral, praticados por quem se encontra em insolvência econômica, e esta é presunção legal absoluta que orienta a disciplina da matéria. Se a sociedade empresária é solvente - no sentido de que os bens do ativo, se vendidos, alcançariam preço suficiente para pagamento das obrigações passivas -, mas está passando por problemas de liquidez, não tem caixa para pagar os títulos que se vencem, então ele não se encontra em insolvência econômica, mas jurídica. Se ela não conseguir resolver o problema (através de financiamento bancário, securitização ou capitalização), sua quebra poderá ser decretada. (COELHO, 2010, p. 251-252).

Registre-se não serem incomuns os casos em que o empresário ignorando sua crise econômico-financeira contrai obrigações, mesmo ciente da incapacidade para cumpri-las a tempo e modo. Não raro, há os que não admitindo sua real debilidade econômica, seja por acreditar na possibilidade de se reerguer, ou até mesmo com a clara intenção de fraudar credores, lançam mão de meios para escamotear o conhecimento desse estado deficitário por parte dos seus contratantes, circunstâncias estas que, reunidas, dificultam, e muito, a aferição do efetivo estado de insolvência por parte dos credores.

Nesse contexto a legislação falimentar, atenta aos obstáculos que enfrentaria o credor à aferição da verdadeira situação econômico-financeira do devedor empresário (ante a dificuldade de se analisar os seus livros de escrituração e contabilidade obrigatórios, bem como avaliar, de forma precisa, o seu real patrimônio), estabeleceu um modo diverso de se identificar eventual ruína do empresário, ao enumerar de forma objetiva no ordenamento jurídico atos que, acaso externados, seriam suficientes para presumir-lhe a insolvência e sustentar o pedido de decretação de falência.

Os atos externos ou fenômenos exteriores constituem os elementos extrínsecos da insolvência. Segundo lição de Ruben Ramalho, a insolvência como um fenômeno fático, de natureza econômica, pode ser constatada por sinais exteriores variados, os quais, em razão de sua incompatibilidade com as práticas regulares das relações mercantis, fazem presumir o estado patrimonial deficitário do comerciante. E acrescenta que

Os elementos extrínsecos da insolvência são, portanto a impontualidade e os atos da falência. Esses atos representam a exteriorização de um fenômeno de ordem econômica. São consequências do estado de dificuldades, pelas quais atravessa o comerciante. Podem resultar do desequilíbrio entre o ativo patrimonial e o passivo, como podem decorrer de mera crise eventual, passageira. No primeiro caso é o reflexo da insolvência real, no segundo, da insolvência aparente. Ambos os fenômenos constituem legítimos fundamentos ao pedido de falência. (RAMALHO, 1993, p. 28).

De remate Ruben Ramalho pondera que:

Insolvência é um fato. Insolvente é um estado. A certeza da sua existência, quando não confessada, demanda processo de investigação, por meio de exame pericial, procedido nos livros do devedor comerciante. É um processo complexo que requer participação de técnicos. Daí porque a lei, muito sabiamente, toma como evidência do estado de insolvência do devedor comerciante os seus elementos extrínsecos, de fácil percepção, ao invés dos elementos intrínsecos, de difícil apuração. (RAMALHO, 1993, p. 29)

Nesse contexto, percebe-se que o sistema brasileiro vale-se dos elementos extrínsecos em detrimento dos intrínsecos quando da aferição da presunção da insolvência, tendo em vista que estes constituem meios de fácil percepção e apuração por parte dos interessados, ao passo que os elementos intrínsecos demandariam o exame das efetivas causas da insolvência do empresário. Por isso a constatação dos atos externos presume estar insolvente o empresário. Nesse cenário o devedor pode até mesmo desejar cumprir obrigação de pagar, todavia, não reúne forças patrimoniais para o desencargo.

#### **4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O PEDIDO DE FALÊNCIA - INCISOS I E II DO ART. 94, LEI Nº 11.101/05**

Externada conduta apta de ser traduzida como de insolvência do empresário, poderá o credor requerer-lhe o reconhecimento judicial desse fenômeno por meio da falência e com isso ver garantido em um juízo universal o rateio do patrimônio do falido em prol da solução das obrigações que não honrou. Para tanto, nos termos do Art. 94 da Lei nº 11.101/05, para requerer a falência o credor deverá basear-se em um dos seguintes fundamentos: impontualidade injustificada, execução frustrada ou atos de falência. Vejamos apenas os dois primeiros, nos quais se admite ao devedor, para elidir a falência, a utilização do depósito elisivo.

#### *4.1 A impontualidade*

A falência é circunstância de direito decorrente da insolvência do empresário que será presumida pela prática de atos capazes de denunciar desequilíbrio econômico (execução frustrada ou atos de falência) ou pela impontualidade no pagamento de obrigação líquida. A impontualidade anote-se, não é causa exclusiva da decretação da falência, mas sim a presunção de insolvência que dela decorre.

Nesse sentido, afirma Amador Paes de Almeida (2012, p. 46) “fosse a impontualidade, pura e simples, a causa determinante da falência, não haveria lugar para o depósito elisivo”, uma vez que, em sendo constatada a impontualidade a falência já seria desde já decretada, não cabendo ao devedor afastar sua presunção via do aludido depósito.

Segundo se colhe do art. 94, I da Lei nº 11.101/05, o pedido de falência com sustentação na impontualidade deverá ser realizado mediante apresentação de título ou títulos de dívida líquida, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos, acompanhado do pertinente instrumento de protesto. Será, pois, decretada a falência daquele empresário que

I – 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. (BRASIL, 2005, art. 94, inc. I).

O dispositivo em realce alude à necessidade de conjugação de três elementos essenciais: a ausência de relevante razão de direito para o não pagamento; uma obrigação líquida que represente uma dívida; e valor da dívida excedente a 40 (quarenta) salários mínimos.<sup>2</sup>

Importante asseverar que, a impontualidade de que trata o inciso em testilha, tem como pressuposto a impontualidade injustificada, ou seja, o inadimplemento

---

<sup>2</sup> A vigente Lei nº 11.101/05 que disciplina o processo de falência, ao contrário da anterior (Decreto-Lei nº 7.661/45), prevê a necessidade de comprovação de que a obrigação exceda a 40 salários mínimos. Nesse ponto, afirma André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 57, 619-649) de que resta evidente a busca do legislador em desestimular a utilização do pedido de falência como eficaz meio de cobrança, uma vez que citado o devedor empresário, a fim de afastar o decreto de quebra, faz depósito elisivo que será apropriado pelo credor na ausência de colhimento dos fundamentos articulados na defesa. Tal iniciativa visa evitar o desvirtuando o objetivo principal da falência que reside na tutela do interesse dos credores ao organizá-los segundo a natureza dos créditos e ratear o resultado da realização do patrimônio do falido reunido na massa falida, sem, contudo deixar de enxergar no instituto um mecanismo que objetiva a eliminação do mercado dos empresários ruinosos. Não se confunde, pois, com um processo de cobrança.

pelo empresário sem uma razão que encontre fundamento jurídico.<sup>3</sup>

Outra exigência do texto legal é existência de obrigação líquida constante em título executivo (judicial ou extrajudicial) que para Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Mariana L. Batalha de Rodrigues Netto (1999, p. 98) “é aquela de existência indubitável quanto à sua origem e ao seu valor”.

Carlos Alberto Bittar, ao diferenciar a obrigação líquida da ilíquida, destaca que

‘Diz-se líquida a obrigação certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto’ ao passo que a ‘Iliquida é, ao revés, aquela incerta quanto ao objeto, ou ao valor, dependendo sua complementação de procedimento posterior (denominado liquidação, que pode ser legal, judicial ou convencional)’. E completa destacando as diferenças básicas entre as duas modalidades que as líquidas ‘permitem a cobrança por execução (CPC, art. 586), pois não requerem apuração prévia e comportam extinção por mecanismos indiretos de solução (como a compensação e imputação)’. Enquanto as ilíquidas, para o autor em comentário ‘dependem de prévio processo de conhecimento, não admitem as formas de extinção citadas, nem a consignação em pagamento, cabendo efetivar-se a sua liquidação, com a qual se define o valor, para efeito de cumprimento’. (BITTAR, 1994, p. 83).

Em síntese, obrigação líquida pode ser entendida como aquela certa quanto a sua quantidade, qualidade e objeto.

No requerimento da falência com base na impontualidade não é encargo do credor a demonstração da incapacidade financeira do devedor, tampouco perquirir o balanço patrimonial do inadimplente. A lei falimentar exige apenas que se demonstre a impontualidade, mediante a apresentação de um título executivo que mencione uma dívida líquida vencida. Nesse sentido, a propósito a orientação da Súmula nº 43 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2011, p. 1-2), que preceitua que “No pedido de falência fundado no inadimplemento de obrigação líquida materializada em título, basta a prova da impontualidade, feita mediante o protesto, não sendo exigível a demonstração da insolvência do devedor”.

Outro requisito a se destacar da leitura do inciso em exame é a necessidade da realização do protesto, imprescindível para exteriorizar a impontualidade.

---

<sup>3</sup> A legislação falimentar permite ao empresário impontual que tem a falência requerida com fundamento no art. 94, I da Lei nº 11.101/05, que justifique o inadimplemento invocando quaisquer das hipóteses enumeradas no Art. 96 da norma, quais sejam: a falsidade do título; a prescrição; a nulidade da obrigação ou do título; o pagamento da dívida; qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança do título; um vício em protesto ou em seu instrumento; apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 da lei falimentar; e a cessação das atividades empresariais por mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada esta por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. São essas as relevantes razões de direito capazes de afastar o devedor da falência.

Nos termos do artigo 1º, Lei nº 9.492/97 o protesto é o “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em título e outros documentos de dívida”.

O protesto, como afirma Waldemar Ferreira de Barros, citado por Ricardo Negrão:

[...] não denuncia embaraço momentâneo. Nem dificuldade passageira e, quiçá, removível. Não. Quando, no Brasil, o comerciante não logra evitar o protesto de seu título de dívida, é porque, falto de recursos, seu crédito definitivamente desapareceu e se esgotou o espírito de cordura e transigência de seus credores. A paciência também tem limites; e o ânimo de conciliar, suas raízes. (BARROS apud NEGRÃO, 2010, p. 264).

Importante mencionar, por derradeiro, o entendimento de Amador Paes de Almeida (2012), para quem o protesto é imprescindível para a caracterização da impontualidade, tornando-se obrigatório ou necessário para a propositura da ação falimentar, tido nesse caso como protesto especial, uma vez que deve ser tirado no cartório onde se localiza o principal estabelecimento do devedor empresário, foro competente para a decretação da falência, ao passo que o protesto comum pode ser providenciado no lugar mencionado para aceite ou pagamento de obrigação materializada em documento.

#### ***4.2 A execução frustrada***

Além da impontualidade, a legislação falimentar autoriza que o credor requeira a decretação de falência do empresário com base em execução tida por frustrada, ao dispor no inciso II, do art. 94, da norma de regência da matéria que será decreta a falência do devedor que “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal” (BRASIL, 2005, art. 94, inc. II).

Difere-se do fundamento anteriormente tratado, dentre outros motivos, por não impor um valor mínimo a ser observado pelo credor quando do requerimento da quebra. Outra distinção está no fundamento; enquanto no inciso I do Art. 94 o requerimento da falência se baseia na impontualidade (embora para executar seja necessária impontualidade) o inciso em destaque sustenta a execução judicial de título executivo que se frustra por inércia (ou incapacidade patrimonial) do devedor.

No caso, tem-se revelada a incapacidade financeira do devedor (também apta a presumir sua insolvência) o fato de ser executado por importância de qualquer valor e nos dizeres Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda não obedece ao chamado judicial para pagar, depositar a importância ou ofertar bens em garantia do juízo executivo. “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, 2003, p. 145). Nesse caso basta ao credor comprovar, via certidão dos autos da ação executiva, a ocorrência da aludida omissão tríplice para instruir o pedido de quebra.

Nada obstante às diferenças acima apontadas, ambos os dispositivos legais em comento se igualam no que tange à possibilidade da elisão da falência por meio do depósito elisivo, consoante disposições do art. 98, parágrafo único da Lei nº 11.101/05 no seguinte teor:

Art. 98. [...] Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do *caput* do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor. (BRASIL, 2005, art. 98).

Em outras palavras, optou o legislador em conceder nova oportunidade ao devedor que não cumpriu obrigação de pagar a tempo e modo via de um procedimento específico capaz de afastar a presunção de insolvência.

## **5 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RESPOSTA DO DEVEDOR**

Para fins de reconhecimento da falência, o estado de insolvência do empresário deve deixar o mundo fático e passar ao âmbito jurídico e para tanto, necessário se faz a confissão ou denuncia formalizada mediante requerimento do credor ao juízo falimentar. Contudo, em nenhuma dessas hipóteses a sentença de quebra será proferida de imediato, pois, deverá anteceder um procedimento judicial no qual as partes (credor e devedor) levarão ao conhecimento do juízo os fatos determinantes da insolvência ou as hipóteses para a sua elisão, em respeito ao princípio do contraditório. A natureza desse processo que antecede à sentença é cognitiva e nos casos em que o procedimento falimentar se inaugura com o

requerimento do credor, o despacho que defere a inicial:

[...] não constitui, evidentemente, o devedor em estado de falência. O que se pretende, através de uma instrução sumária que se instaura, facultando-se a defesa do devedor, é oferecer ao juiz os elementos cognitivos que o levam a acolher ou rejeitar a pretensão, declarando ou negando a falência. Somente, a final, quando apreciando os elementos do pedido e as razões de defesa, o juiz decidirá, dando azo à abertura da falência, com a constituição do devedor em estado de falência. (REQUIÃO, 1998, p. 90).

Citado, terá o réu/devedor prazo de 10 (dez) dias para apresentar contestação, ocasião em que poderá: a) apresentar defesa no prazo de 10 (dez) dias sem efetuar depósito elisivo; b) apresentar defesa no prazo de 10 (dez) com depósito elisivo; ou c) requerer a recuperação judicial.

No que respeita às matérias de defesa admitidas à articulação poderão ser as de natureza processual alegadas em preliminar de mérito, caso em que o empresário poderá arguir em seu favor a inexistência ou nulidade de citação, a incompetência absoluta; inépcia da petição; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; convenção de arbitragem; carência de ação; e falta de caução ou de outra prestação, que a lei exija como preliminar. Em sede de mérito poderá o devedor opor-se ao pedido de falência com fundamento em matérias de fundamento de direito capazes de evitar a decretação da falência, matérias essas reguladas no art. 96 da Lei nº 11.101/05, a saber:

I – falsidade de título; II – prescrição; III – nulidade de obrigação ou de título; IV – pagamento da dívida; V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI – vício em protesto ou em seu instrumento; VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei; VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. (BRASIL, 2005, art. 96).

Note-se que a norma do art. 98 não impõe qualquer limitação quanto à matéria a ser arguida pelo devedor, tendo em vista que o *caput* do citado artigo se limita a estabelecer o prazo de dez dias para o empresário apresentar a sua contestação. Confira-se: “Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias”. Razão pela qual Amador Paes de Almeida (2012, p. 121) defende que “[...] se há de concluir pela possibilidade de feitura de provas legais e das moralmente legítimas (art. 332 do CPC)”.

Certo é que a garantia da ampla defesa é imprescindível, ainda mais, num processo de consequências tão drásticas e irreversíveis para a empresa quanto o falimentar. Desse modo, compete ao magistrado analisar as provas apresentadas identificando, na medida do possível elementos capazes de afastar a possibilidade de quebra, isto porque a sentença declaratória de falência do empresário deve ser última alternativa, haja vista os seus efeitos negativos não somente entre as partes envolvidas, mas em todo o ambiente social.

No momento de ofertar a defesa, valendo-se o devedor do depósito elisivo, a falência não poderá ser decretada, circunstância em que o processo terá prosseguimento normal até a sentença, quando então o juiz decidirá, não sobre a decretação da falência, mas sim sobre a relação do crédito, podendo acolher as alegações do devedor e, por conseguinte, julgar improcedente o pedido, ou, se entender de modo diverso, reconhecer a legitimidade do crédito reclamado liberando em favor do credor a importância depositada, conforme se colhe comando do já referido parágrafo único do art. 98 da Lei nº 11.101/05.

## **6 O DEPÓSITO ELISIVO**

### ***6.1 conceito***

O empresário que deixa de quitar em dia suas obrigações de pagar, não paga ou nomeia bens à penhora quando executado, atua em descompasso com a prática comercial regular e por tal motivo a legislação falimentar age com rigor para afastá-lo da atividade. A inadimplência é intolerável ao empresário que tem no crédito elemento fortemente ligado ao desenvolvimento econômico ao permitir a antecipação das relações comerciais viabilizando a troca de um valor atual por uma contraprestação futura, acelerando e fomentando a circulação da riqueza. Ao não organizar suas contas e deixando de honrar com as obrigações pactuadas, o empresário passa para os que com ele realiza transações mercantis imagem negativa sobre a sua situação financeira; transparece imagem que pode não refletir a realidade, de alguém que não dispõe de recursos suficientes para solver seus débitos.

Nesse contexto, no intuito de evitar que os credores arquem com maiores prejuízos a Lei nº 11.101/05 possibilita a comunidade credora recorrer ao pedido de

quebra, a fim de serem preservados os seus direitos de crédito em face daquele que, em virtude de seus atos ou omissões presume-se não dispor de meios suficientes para arcar com a importância devida por obrigações já assumidas. O requerimento de decretação da falência viabiliza-se, como já posto, ainda que não seja previamente comprovado o *déficit* patrimonial do devedor (insolvência), seja com base na impontualidade ou nos casos de execução frustrada, nos termos do artigo 94, incisos I e II, da lei em comento.<sup>4</sup>

Ciente, todavia, dos efeitos nefastos do decreto da falência, o legislador proporcionou meio de franquear ao devedor comprovar a sua solvência e demonstrar que o não cumprimento da obrigação se deu por circunstância qualquer e não pela ruína anunciada de seu patrimônio. A esse respeito, destaca-se lição de Vinícius José Marques Gontijo:

[...] o credor comprova que não recebeu no vencimento, obrigação líquida constante de título que legitima ação executiva e que, portanto, o devedor comerciante estaria falido, por presunção legal. O devedor, por sua vez, afasta esta presunção legal efetuando o depósito elisivo do pedido de bancarrota.

Diante disso, seria possível, aprioristicamente, afirmar que a sociedade que não efetuou o depósito – afastando a presunção legal – estaria, verdadeiramente, reconhecendo que não possui numerário suficiente para honrar seus compromissos e, por via de consequência, a presunção se concretizaria, possibilitando a declaração da quebra. (GONTIJO, 1998, p. 106-107).

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 98 da lei Falimentar é facultado ao empresário inadimplente realizar o depósito elisivo, a fim de afastar de forma definitiva o decreto da falência.<sup>5</sup>

O depósito elisivo (palavra derivada do verbo *elidir* que significa eliminar; suprimir) nos termos do parágrafo único do art. 98 da Lei nº 11.101/05, deve ser realizado em dinheiro e no valor correspondente ao crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios. Trata-se de uma faculdade legal para que o devedor possa, no prazo de apresentação da defesa, ofertar o valor do título

---

<sup>4</sup> Não se desconhece o fundamento do art. 94, III da Lei nº 11.101/05, os chamados atos de falência como viável à postulação dos credores, todavia, não estando inseridos no objeto deste trabalho, não são realçados como os demais.

<sup>5</sup> Quanto aos riscos da defesa realizada sem o depósito elisivo, importante transcrever um trecho do julgado REsp. 30.536-PB, j. 12-2-1996, no qual o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, citado por Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Mariana L. Batalha de Rodrigues Netto (1999, p. 255), defende que: “[...] a oferta pura e simples da defesa, desacompanhada de caução, se mostra possível, não obstante seja um risco para a devedora, tendo em vista que o não acatamento das razões de contestação leva, inevitavelmente, à decretação de sua falência. O depósito surge como garantia da empresa acusada de insolvência, transformando o processo numa ação de cobrança onde se discutirá a veracidade das alegações das partes, com levantamento da quantia do vencedor”.

(ou títulos) que instruem o requerimento de falência, quando então poderá discutir a legitimidade ou a importância reclamada sem temer pela decretação de quebra.

Sendo a impontualidade (caracterizadora da presunção de insolvência) pressuposto da decretação da falência a realização do depósito elisivo afasta o fundamento jurídico em questão eis que a presunção de insolvência está definitivamente neutralizada.

Segundo Amador Paes de Almeida (2012, p. 123) “a concretização do depósito, entre positivar a inexistência de insolvência, afastando a possibilidade de declaração da falência, desloca o objeto da ação para a legitimidade do credito, devendo o juiz, nesta hipótese, julgar tão somente a relação creditícia”.

Importante anotar que, ao realizar o sobredito depósito, o empresário, antes tido como insolvente, passa a ser considerado como um mero inadimplente. A propósito, Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Mariana L. Batalha de Rodrigues Netto, ao trazer à baila a opinião de Ferrara, deixa claro que

[...] são fatos equívocos: pode-se ser inadimplente porque se acredita não dever ser dado cumprimento e se conteste o débito; ou por negligência nos próprios negócios ou por momentânea falta de liquidez em virtude de acontecimento imprevisto (p. ex., greve dos bancários) não obstante se possa e se queira satisfazer o débito; ou porque não se queira cumprir (por animosidade ou por cálculo) embora se possa cumprir ou enfim porque não se possam cumprir. Os inadimplentes constituem manifestação de insolvência apenas quando se vinculam a esta última causa, isto é, quando se devem interpretar como devidos à impossibilidade de pagar. (FERRARA apud BATALHA; RODRIGUES NETTO, 1999, p. 89/90).

Por derradeiro, mister registrar a distinção trazida por José Cândido Sampaio de Lacerda para quem:

O inadimplente pode ter, mas não dá; o insolvente não dá porque não tem, e acrescenta. Pode o não pagamento derivar não propriamente da insolvência, mas a verdade é que a falência se caracteriza por haver a presunção de insolvência decorrente do não pagamento. (LACERDA. 1999, p. 59).

Tem-se, em síntese, que a condição do insolvente permite presumir que ainda que deseje realizar a prestação, não reunirá forças patrimoniais para tanto.

## ***6.2 Cabimento***

Nos termos do parágrafo único do art. 98 da lei falimentar, o depósito elisivo só é cabível quando o requerimento de quebra basear-se nas hipóteses dos incisos I

e II do art. 94, do mesmo diploma legal, quais sejam, impontualidade e execução frustrada.<sup>6</sup>

No que tange a impontualidade, o depósito se justifica tendo em vista neutralizar de modo inequívoco a presunção de insolvência que decorreu da falta de pagamento da dívida no prazo ajustado. A impontualidade não é a causa determinante da falência, mas a insolvência que daí se presume. O depósito elisivo não tem por objetivo saldar o débito, mas revelar a solvabilidade do empresário.

Os pedidos apoiados na hipótese de impontualidade e execução frustrada têm como base a presunção *juris tantum* da insolvência, sendo plenamente admissível ao devedor realizar prova em contrário. Desta forma, ao efetuar o depósito elisivo, estará o devedor se valendo de uma das várias possibilidades dispostas na lei para se afastar a falência provando solvabilidade. Fosse mesmo insolvente não teria força patrimonial, repita-se, para ofertar o depósito.

### ***6.3 A natureza jurídica do depósito elisivo***

Para entender a natureza jurídica do depósito elisivo, importante relembrar dos já transcritos pressupostos do estado jurídico de falência: a qualidade de empresário do devedor, a insolvência e a declaração judicial da falência (sentença). A falência para ser decretada deve necessariamente conjugar os três elementos, sendo que, na falta dos dois primeiros estará o juiz impedido de prolatar a sentença de quebra.

Destaque-se que o depósito elisivo visa afastar a insolvência, que é presumida quando o requerimento de quebra é formulado com suporte na ocorrência de impontualidade ou de processo de execução frustrada. Ao realizá-lo o devedor demonstra que está em condições de solver as obrigações contraídas, portanto, solvente. A presunção está definitivamente afastada e com ela a possibilidade do

---

<sup>6</sup> Embora o silêncio da lei seja proposital quanto à possibilidade de depósito elisivo na hipótese de estar o pedido fundado na prática de atos de falência, pois não há que se falar no elemento impontualidade nas situações fáticas ali elencadas, há entendimento em contrário. Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 265), afirma que “Embora a lei não o preveja expressamente, deve ser admitido o depósito elisivo também nos pedidos de credor fundados em ato e falência, já que ele afasta a legitimidade do requerente. Assegurado, pelo depósito, o pagamento do crédito por ele titularizado, não tem interesse legítimo na instauração do concurso falimentar”. Sem embargo da autoridade do argumento, tem-se que as condutas listadas no inciso III, do art. 94, da lei de quebra, a presunção da insolvência do devedor depende do fato de o mesmo estar impontual quanto às suas obrigações. O fundamento é a prática de determinados atos que legitimam o credor de obrigação ainda não vencida a denunciar-lhe a falência. Impraticável, pois, ao devedor, operar depósito de importância sequer ventilada na inicial, por não vencida.

decreto da falência.

Analisa-se, pois, a natureza jurídica do depósito elisivo sob dois enfoques: o primeiro quando o devedor oferta defesa sem contestar as alegações do credor quanto aos fundamentos da impontualidade, realizando, todavia, o depósito elisivo, caso em que esse assumirá a natureza de meio de prova de solvência do empresário devedor, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da decretação da falência. A decisão judicial, diante desse quadro será no sentido de extinguir o processo após autorizar ao credor o levantamento o valor ofertado.

Sob um segundo ângulo tem-se a apresentação de defesa que traga em seu conteúdo qualquer relevante razão de direito que possa afastar o devedor do decreto da falência e também acompanhada do depósito elisivo. Neste caso, o sobredito depósito assumirá a natureza de mecanismo acautelatório apto a assegurar que no caso de não serem acolhidas as razões de contestação, em hipótese alguma a falência será decretada. É o que afirma, a propósito, Fábio Ulhoa Coelho:

A elisão pode acompanhar a defesa ou ser feita independentemente da resposta. No primeiro caso, tem nítido caráter de cautela, prevalecendo-se a devedora da hipótese de sua defesa não sensibilizar o magistrado; 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 de todo afastada. (COELHO, 2010, p. 264).

Registre-se que, em nenhuma dessas hipóteses a falência poderá ser decretada, visto que o depósito elisivo neutraliza a presunção de insolvência, pressuposto da falência.

A diferença entre realizá-lo com ou sem contestação de mérito (em torno da legitimidade do crédito) está na intenção do devedor que o faz, no primeiro caso, assumindo a legitimidade da obrigação reclamada e no segundo desejoso em se opor ao pedido sem correr risco de sentença declaratória de falência. Uma vez acolhida a tese defensiva nessa segunda hipótese, o depósito elisivo retornará às mãos do devedor, mesmo que inadimplente quanto ao objeto da obrigação.

Note-se não se poder confundir o depósito elisivo com oferta em pagamento uma vez que aquele visa eliminar qualquer presunção de incapacidade patrimonial do devedor, o que não significa dizer que o empresário reconheça o crédito reclamado como justo, apenas pretende discuti-lo com a segurança de que caso não

aceitas as suas razões de defesa não será atingido pela sentença declaratória de falência. O pagamento é realização irrestrita da prestação pecuniária.

A propósito o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já decidiu nesse sentido conforme acórdão citado por Amador Paes de Almeida (2012), (relatado pelo Des. Freitas Camargo) do qual se colhe o seguinte excerto:

O depósito elisivo previsto no artigo 11, parágrafo 2º, da Lei de Falências não é pagamento. É mero depósito elisivo, tendo por finalidade comprovar a solvabilidade do devedor. Visa permitir que sua defesa seja apreciada sem o risco de que, em sendo eventualmente repelida, lhe seja decretada a falência. (TJSP, AP 11.702-1, Rel. Des. Freitas Camargo, RT, 555/81 apud ALMEIDA, 2012, p. 46-47).

Nesse contexto, percebe-se que a finalidade do depósito elisivo não se confunde com o pagamento de dívida, até mesmo porque o processo de falência não tem por escopo a cobrança. O processo de falência é verdadeira execução concursal que visa liquidar o patrimônio do empresário falido para satisfação em rateio aos credores postos em pé de igualdade no processo. O depósito elisivo não é uma via alternativa para o cumprimento da obrigação. Se assim o fosse, sem embargo do desvirtuamento do instituto (que tem por propósito, via da *par condicio creditorum* o rateio do valor apurado com a venda do ativo) passaria a ser tratado como simples (e eficientíssima) ação de cobrança onde o devedor, por temer a decretação da quebra, se veria compelido a pagar a dívida apenas quando reclamada no juízo falimentar.<sup>7</sup>

Sobre o pagamento, aliás, Valdemar Martins Ferreira é preciso em sua conceituação:

Na linguagem vulgar, pagar é dar dinheiro. Mas o pagamento efetua-se de várias modos. Em bens, em serviços não só em moeda corrente. Por isso mesmo, pode ser real, dando-se ou fazendo o que se prometeu; Mas também pode ser fictício e por compensação. E por outros modos. A consignação. A sub-rogação. Tem-se, pois, formas diretas e indiretas de pagar. Pelo pagamento, elas se extinguem. Com elas, os seus acessórios, entres os quais os direitos reais de garantia. Mas o pagamento, em regra, não se presume. Prova-se, Prova-se pelo recibo, ou pela quitação. (FERREIRA, 1963, p. 245-246).

O adimplemento é ato voluntário do devedor que satisfaz o direito do credor

---

<sup>7</sup> Não se desconhece o fato de que com a realização do depósito elisivo há conversão do procedimento em lide individual de cobrança, residindo aí a sua originalidade. Tal fato ocorre, todavia, diante da ausência de qualquer debate em redor dos fundamentos da ausência de pagamento da dívida. A ideia de insolvência, pressuposto do estado jurídico de falência, está definitivamente afastada, restando ao devedor nessa seara, o debate sobre a legitimidade e importância.

pondo fim à obrigação. É o exato cumprimento de uma obrigação. Adimplir é satisfazer o direito do credor, seja dando alguma coisa, fazendo ou não fazendo algo. Sendo o direito do credor pecuniário, o adimplemento é o pagamento em dinheiro.

Para César Fiuza (1999) o ato do pagamento está inserido no mundo dos atos jurídicos, mas não como um ato jurídico específico, podendo ora ter a natureza de um fato, quando o pagamento, simplesmente, colocar fim à obrigação, ora de um negócio jurídico, quando no pagamento ocorrer a transferência de domínio do devedor ao credor.

A realização do depósito elisivo, por seu turno, não tem por escopo extinguir obrigação de pagar, muito menos apresenta características de um negócio jurídico. Sua finalidade, como o próprio nome revela é eliminar a probabilidade de quebra, garantindo ao devedor a possibilidade de discussão do crédito reclamando sem temor da falência. Se a norma permite ao devedor operar o depósito elisivo e ao mesmo tempo contestar a validade do crédito, não faz sentido equipará-lo ao pagamento. Não há, portanto, fundamento em prever ao devedor a possibilidade de “pagar” algo cuja cobrança possa ser injusta, ainda mais se esse não foi seu propósito quando contestou o valor.

## **7 O TRATAMENTO DO DEPÓSITO ELISIVO COMO PAGAMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ – O ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 29**

As súmulas do Superior Tribunal de Justiça servem como importante meio de orientação e uniformização dos julgados. São editadas com o propósito de harmonizar o entendimento da Corte sobre determinado tema cuja interpretação já está sedimentada, após reiteradas decisões de modo a evidenciar o entendimento predominante sobre aquele tema.

Maria Helena Diniz, pontifica que a súmula é

[...] Norma consuetudinária que uniformiza a jurisprudência, constituindo fonte de direito, atuando como norma aplicável aos casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver norma que os regule ou uma modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão. 2. Enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal; constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a determinada maneira de decidir. (DINIZ, 1998, p. 463).

Nesse contexto, em 9 de outubro de 1991, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 29, no intuito de conferir entendimento uniforme às variadas decisões oriundas do judiciário brasileiro, que davam interpretação divergente sobre o cabimento dos honorários e correção monetária quando o da oferta do depósito elisivo. Ressalte-se que aparentemente não pairavam sérias dúvidas sobre a natureza do depósito elisivo, pelo contrário, a jurisprudência majoritária o interpretava como um meio para afastar a decretação de falência; uma faculdade concedida ao empresário de não correr o risco em ver declarada a sua falência caso não exitosas as razões de defesa.

Entretanto, a despeito das divergências girarem em torno da aplicabilidade da correção monetária e da necessidade da realização do depósito correspondente aos honorários de sucumbência (princípio que atribui à parte vencida em um processo judicial o pagamento de todos os gastos decorrentes da atividade processual), o colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento diverso tratando-o como meio de pagamento feito pelo devedor em processo de falência.

Dispõe o enunciado da Súmula nº 29 que: “No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado”.

A despeito da incorreta classificação emprestada ao depósito elisivo pelo verbete sumular, em momento algum dos dissídios jurisprudenciais que precederam a sua edição houve tratamento do depósito em estudo como sinônimo de pagamento. Confirmam-se as ementas de alguns destes julgados:

RECURSO ESPECIAL. DEPOSITO ELISIVO DE FALÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA LEI N. 6899/81. O DEPOSITO ELISIVO DA FALÊNCIA TORNA O DEVEDOR DE INSOLVENTE EM INADIMPLENTE E, ASSIM, COMPELIDO A RESPONDER PELA SUA MORA, QUE VAI ALEM DOS JUROS E ABRANGE A CORREÇÃO MONETÁRIA, QUE E A PRÓPRIA DIVIDA EM SUA EXPRESSÃO ATUALIZADA. INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA LEI N. 6899/81. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1989, p. 17881).

DEPOSITO ELISIVO DA FALÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI N. 6.899/81. I - O DEPOSITO ELISIVO, EM PEDIDO DE FALÊNCIA, CORRESPONDEM A UMA VERDADEIRA AÇÃO DE COBRANÇA, SENDO, PORTANTO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE NOS TERMOS DA LEI N. 6.899/81. PRECEDENTES DO STF: RE 108.642, RE N. 109.106, RE N. 108.156 E RE N. 108.493. PRECEDENTE DO STJ: RESP N. 630. II - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, POREM IMPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1990a, p. 1414).

FALÊNCIA. DEPOSITO ELISIVO. IMPRIMIDA AO FEITO A ÍNDOLE DE VERDADEIRA AÇÃO DE COBRANÇA, INCIDE A CORREÇÃO MONETÁRIA

SOBRE O VALOR DA DIVIDA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1990b, p. 4159).

FALÊNCIA - DEPOSITO ELISIVO - CORREÇÃO MONETÁRIA. PRETENDENDO O COMERCIANTE EFETUAR DEPOSITO, TENDENTE A IMPEDIR A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA, ESTE DEVE COMPREENDER A CORREÇÃO MONETÁRIA DO DÉBITO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1991a, p. 3886).

PROCESSUAL E COMERCIAL - FALÊNCIA - DEPOSITO ELISIVO - JUROS - CUSTAS - HONORÁRIOS. I - O DEPOSITO ELISIVO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA FALÊNCIA, POR ISSO QUE IMPRIME AO PROCEDIMENTO NATUREZA DE AÇÃO DE COBRANÇA E, NESTE CASO, NÃO HA COMO DISPENSAR O PAGAMENTO DE JUROS, CUSTAS E HONORÁRIOS E BEM ASSIM A CORREÇÃO MONETÁRIA (LEI 6.899/81). II - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1991b, p. 8614).

Conforme se infere dos julgados *retro* transcritos, o depósito elisivo, mesmo no âmbito da Corte foi tratado todo o tempo como meio para elisão da quebra e não como mero pagamento. Daí não se compreender a redação do enunciado da súmula que, ao referir-se ao depósito elisivo como uma forma de pagamento, o fez em aparente desarmonia com os precedentes jurisprudenciais de inspiração desprezado a própria natureza jurídica do instituto.

Sem embargo, ainda que por via reflexa, acabou por estimular o manejo da via falencial como meio de cobrança, efficientíssimo como dito. Como tal, desfigurou o instituto da falência que tem por propósito 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 de empresários ruinosos.<sup>8</sup>

Finalmente, a ideia traduzida pela súmula é de que o devedor em processo de falência mesmo antes de ver enfrentado o fundamento de sua defesa já é tratado com sucumbente, ao lhe ser exigido juntamente com o valor principal e acessórios descritos no Parágrafo único do art. 98 da Lei nº 11.101/05, os honorários advocatícios. Lamentável equívoco, tendo em vista que a sucumbência é o princípio

---

<sup>8</sup> Sérgio Mourão Corrêa Lima (2009, p. 8) 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.

que atribui à parte vencida em processo judicial o pagamento de todos os gastos decorrentes da atividade, inclusive os honorários da parte vencedora.

## 8 CONCLUSÃO

A essa altura a conclusão que se chega é que, sob pena de desvirtuamento do instituto da falência, tratando-o como palco para cobrança de valores não adimplidos, não há como se confundir a natureza jurídica do depósito elisivo tratando-o como meio alternativo de solução de obrigação de pagar ao devedor inadimplente com quem, a propósito, a norma é intolerante a ponto de permitir presumir sua insolvência, em sendo empresário. Não se aceita do empresário o abalo da relação creditícia.

Trajano de Miranda Valverde, a propósito é 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. 8).

Para Vivante, citado por Rubens Requião (1998, p. 358), o crédito chegou a ser tratado como próprio objeto do comércio.

É por isso o rigorismo normativo quando o abalo de crédito parte do empresário. O pagamento deve ser feito a tempo e modo. Mesmo assim, se executado, deve operar o pagamento em juízo em atendimento ao chamado judicial.

No ambiente processual de falência não há espaço para se realizar pagamento, mesmo porque, não há pedido nesse sentido que, aliás, seria inepto, pois não se pode reclamar pagamento daquele que se aponta como insolvente, ou seja, incapaz de realizar tal pagamento. O depósito elisivo tem finalidade específica e bem definida, qual seja, de afastar a presunção de insolvência do devedor empresário, conjecturada quando da prática dos atos dispostos no art. 94, incisos I e II da Lei nº 11.101/05.

Ao autorizar que o requerimento de quebra e a própria sentença declaratória de falência seja prolatada com base em mera presunção de insolvabilidade a norma de regência da falência revela aversão contra aquele que não cumpre na data aprazada as suas obrigações. Todavia, a fim de amenizar tal rigidez, a própria lei viabilizou mecanismo para que o empresário demonstre que, embora tenha

praticado atos incompatíveis com a regular atividade mercantil pode ter fundamento para tal conduta e ao operar o depósito elisivo comprova sua solvabilidade. Não se trata, pois, de mero pagamento em juízo.

## 9 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito falimentar**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Mariana L. Batalha de. **Falências e concordatas**: comentários à lei de falências: doutrina, legislação, jurisprudência. 3 ed. São Paulo: LTr, 1999.

BEDRAN, Elias. **Falências e concordatas no direito brasileiro**: comentário, doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Alba, 1962. v. 1, p. 05-23.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 set. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 630/RJ. Rel. Ministro Gueiros Leite, j. 31/10/1989. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 dez. 1989. p. 17881.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.698/MG. Rel. Ministro Fontes de Alencar, j. 12/12/1989. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 mar. 1990a. p. 1414.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 2.091/MG. Rel. Ministro Barros Monteiro, j.

10/04/1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 maio 1990b. p. 4159.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 6.402/SP. Rel. Ministro Athos Carneiro, j. 24/04/1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 jun. 1991b. p. 8614.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 6.989/SP. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 12/03/1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 08 abr. 1991a. p. 3886.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3: Direito de empresa.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIA, Katarine Keit Guimarães Fonseca de. “Falência civil” versus “falência comercial”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 01 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2236>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

FERREIRA, Valdemar Martins. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Livraria Saraiva, 1963. v. 11.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GONTIJO, Vinícius José Marques. **Da oposição falimentar**. 1998. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GUIMARÃES, Márcio. **CEPAD**: nova lei de falências. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57713833/Falencia-Marcio-Guimaraes-COMPLETA>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito falimentar**. 19. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

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.

MAIDA, Fernando. Pesadelo ou realidade ao comercializar com empresas estrangeiras do MERCOSUL?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 57, 01 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2947>>. Acesso em: 25 maio 2013.

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

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**: parte especial. Campinas: Bookseller, 2003. v. 27:

Concurso de credores em geral, privilégios, concurso de credores civil.

NAUFEL, Jose. **Dicionário de direito civil positivo**: de acordo com o novo código civil e legislação complementar. São Paulo: Ícone, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Insolvência civil**: jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 1983.

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

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**: o novo regime empresarial brasileiro. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1: Falência.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2008.

SANTANA, Rubens. **Falências e concordatas**: doutrina, jurisprudência, legislação, prática processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Síntese, 1980.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Súmulas desta natureza são de iniciativa da Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP. **DJE**, São Paulo, 14 mar. 2011. p. 1-2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.

THOMÉ, Georgina Maria; MARCO, Carla Fernanda de, CURY, Paulo José Simão. Falência e sua evolução: da quebra à reorganização da empresa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 01 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/760>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**: decreto-lei 7.661, de 21 e junho de 1945. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

VIANNA, Manoel Álvaro de Souza Sá. **Das falências**. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1906.