



A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DO PROTESTO ESPECIAL PARA O ATENDIMENTO AO SANEAMENTO DO SISTEMA ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Camila Costa Xavier¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a viabilidade da flexibilização do protesto especial para fins falimentares, verificando o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Será utilizada, para tanto, pesquisa doutrinária e jurisprudencial, a fim de uma consolidação do raciocínio. A limitação da produção de provas no processo de falência, com previsão legal da necessidade de um protesto especial, com finalidade específica, busca uma segurança do regime falimentar, que é a última tentativa de sobrevivência de uma empresa em crise. Entretanto, o enrijecimento legal acaba por desvirtuar a busca do saneamento do sistema econômico. Percebe-se, assim, a acertada posição dos tribunais, com a flexibilização do instituto do protesto especiais para fins falimentares, sem que isso se esbarre nos critérios legais.

Palavras-chave: Direito empresarial. Direito notarial. Economia. Falência. Protesto.

Recebido: 08/06/2020

Aprovado: 12/09/2020

Double Blind Review Process

DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.354>

¹Mestra em Direito pela Universidade FUMEC, Minas Gerais, (Brasil). Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdades Milton Campos - FMC Minas Gerais. E-mail: camilacostaxavier@gmail.com

THE NECESSARY FLEXIBILIZATION OF THE SPECIAL PROTEST TO COMPLY WITH THE SANITATION OF THE ECONOMIC SYSTEM: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Abstract

This article aims to analyze the feasibility of easing the special protest for bankruptcy purposes, verifying the current position of the Superior Court of Justice. For this purpose, doctrinal and jurisprudential research will be used in order to consolidate reasoning. The limitation of the production of evidence in the bankruptcy process, with legal provision for the need for a special protest, with a specific purpose, seeks the security of the bankruptcy regime, which is the last attempt of survival of a company in crisis. However, the legal tightening ends up distorting the search for the sanitation of the economic system. Thus, the correct position of the courts is perceived, with the flexibility of the special protest institute for bankruptcy purposes, without this coming up against legal criteria.

Keywords: Business law. Notary law. Economy. Bankruptcy. Protest.

INTRODUÇÃO

O Direito está em constante transformação. Conforme a sociedade muda, o sistema legislativo também vai sendo alterado a fim de se adequar aos clamores sociais. A constante mudança das leis dá margem a interpretações, críticas e debates dos mais diversos níveis e posicionamentos.

Não seria diferente com o direito empresarial. O sistema econômico e financeiro possui instabilidade notória e indiscutível. As transformações do mercado, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, são cada vez mais rápidas e exigem mais dos empresários, em suas mais diversas formas de existência.

E onde há movimentação financeira e relações negociais, há também crises. Essas crises devem ser superadas e, para tanto, o sistema legislativo deve regular a maneira mais adequada para solucionar-las, visando a organização e estabilidade do sistema econômico-financeiro.

Dentro do direito empresarial, a solução encontrada foi a edição de leis que regulamentam as crises, indicando meios de recuperação judicial e extrajudicial, sempre que possível, em homenagem ao princípio da preservação das empresas. Caso não se obtenha resultados satisfatórios, o processo de falência será iniciado.

Este deve estar atento também a uma finalidade indispensável: o saneamento da economia. Portanto, os processos devem tramitar com celeridade, sem que isso afaste a necessária obediência aos requisitos legais.

Um dos pressupostos para a validade do processo de falência é a presença do protesto especial para fins falimentares. Entretanto, o ordenamento jurídico, através de suas jurisprudências e doutrinas, tem entendido que o protesto comum também poderá ensejar a propositura do pedido judicial de falência, flexibilizando a legislação.

O objetivo da presente pesquisa, então, se resume no estudo da pertinência da flexibilização da legislação, através do atual entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como forma de saneamento do sistema econômico.

Justifica-se a importância do tema tendo em vista que o sistema econômico-financeiro é a base da sociedade atual, posto que as relações modernas se resumem nas atividades capitalistas, potencializadas pela globalização.

Com posições diversas, os doutrinadores brasileiros se dividem na admissão do entendimento do STJ. Para concluir a pesquisa, foi necessário um apanhamento de bases doutrinárias para a análise da jurisprudência dominante.

Assim, o estudo se dividiu em três momentos: o primeiro dado à compreensão do direito falimentar; o segundo, voltado à conceituação do protesto extrajudicial e sua importância no processo falimentar e, por fim; o terceiro capítulo se dedicou a avaliar o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Para isso, foi necessária uma ampla pesquisa doutrinária e uma análise jurisprudencial, visando avaliar a pertinência do entendimento jurisprudencial adotado pelo STJ como forma de sanear a economia.

Foi possível concluir com o presente estudo que o STJ foi assertivo em adotar o entendimento para admitir o protesto comum como meio de prova no processo de falência, dada a necessidade de uma amplitude de formas de se garantir a viabilidade econômica, com processos céleres e seguros.

1 O DIREITO FALIMENTAR

O direito empresarial possui importância indiscutível dentro das ciências jurídicas. Visando disciplinar as relações empresariais, desde os meios mais informais, até àqueles mais complexos, organiza a base da economia do país.

A necessidade de uma atividade empresarial que seja regida dentro dos ditames legais deflui da complexidade que os novos mercados vêm apresentando. As demandas atuais exigem inovação e criatividade para a manutenção de clientela e operações seguras e lucrativas. Tudo isso sem que o desenvolvimento econômico e sustentável seja desconsiderado.

Sobre a grande inovação trazida dentro das relações negociais, sobretudo no pós-guerra, com o fomento da industrialização, da tecnologia e do comércio, em um contexto de globalização, Ramos (2020) leciona:

As grandes indústrias geraram grandes comércios. O desenvolvimento científico e tecnológico gerou a necessidade de prestação de novos serviços. Indústria, comércio e serviços se tornaram absolutamente dependentes. A figura do obsoleto comerciante individual dá lugar ao empresário e à empresa. Com isso, urge a concorrência de mercados que fragiliza as economias regionais e potencializa as crises econômicas das empresas. E neste momento o instituto da falência passa a ser reexaminado: a questão primária deixa de ser o devedor *per se* para focar as consequências sociais e econômicas advindas da sua inadimplência. Mais do que a punição ao devedor, há que se focalizar a manutenção de um Estado socioeconômico saudável. (RAMOS, 2020, p. 1170/1171)

Não se olvida que a globalização trouxe importantes acréscimos à vida do ser humano. O acesso à informação está muito mais palpável. A busca pela liberdade e igualdade econômica e social também tornaram o comércio algo menos luxuoso. Em outras palavras, quem tem criatividade e condições de investimento consegue se inserir no mercado. A diversidade de condições sociais neste mundo negocial cria a obrigação de se inovar. Isto é fator primordial para que a busca do conhecimento e do destaque com ideias e atitudes sejam usadas como o *marketing* para a prosperidade.

Mas, este amplo acesso ao mercado é uma via de mão dupla. Para se manter ativo economicamente, o empresário deve estar atento à lei e aos clamores sociais e econômicos. Caso contrário, sua atividade poderá ser colocada em risco.

Na concepção de Tomazette:

A atividade empresarial, como um todo, gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, em suma, nas exigências que a atividade impõe no dia a dia. Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem advir de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento. (TOMAZETTE, 2017, p. 35)

Dentro desta sistemática, é possível afirmar que a empresa é atividade essencial para a ordem econômica, fazendo com que o mercado esteja ativo com a circulação de bens e

serviços². Entretanto, não estando a empresa organizada, poderá entrar em colapso, e todas as essas relações, desde a sua criação até a sua recuperação ou liquidação, estão legisladas nos moldes do direito empresarial.

As crises enfrentadas pela empresa podem ser de diversas vertentes. Tomazette (2017) cita, entre tais espécies, a patrimonial, a financeira, a econômica, a de eficiência e a rigidez.

Para todas as espécies de crises existem soluções que podem ser implementadas pelo próprio empresário, principalmente a depender do tipo da crise vivenciada, ou pelo próprio estado, eis que são suscetíveis de causar danos de interesse social, como a decadência da ordem financeira nacional ou mundial, prejuízo ao fisco ou desemprego.

Todavia, dentro do direito empresarial, como ressalta Tomazette (2017), surge o direito falimentar (ou concursal ou direito da empresa em crise). O marco regulatório das soluções para as empresas em crise é a Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. O diploma é conhecido como Lei de Recuperação e Falências (LRF).

A LRF, como dispõe Teixeira (2019) é multidisciplinar. Ela traz disposições não só do direito empresarial, como penal e processual, adotando as regras do Código de Processo Civil (CPC).

Importante menção para o presente artigo científico é que a LRF configura uma inovação legislativa diante da antiga regulamentação do tema (Decreto-Lei n. 7.661/45³). A grande diferença é que, hoje, a empresa em crise é estimulada a recuperar através de condições visando esse fim.

Caso isso seja inviável, e somente após essa constatação, o processo falimentar visará a liquidação judicial do devedor empresário ou sociedade empresária. O objetivo, segundo Teixeira (2019) é sanear o mercado, complementando:

Isso decorre do princípio da preservação da empresa, que pode ser entendido como aquele que visa a recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores. (TEIXEIRA, 2019, p. 467)

² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. (BRASIL, 2002)

³ O Decreto-lei nº. 7.661/45, produzido logo após a guerra mundial concluída em 1945, concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada que refletia as coordenadas da ordem capitalista instaurada, em 1944, a partir da Conferência de Bretton Woods. Concebia o crédito como, simplesmente, mais uma espécie de relação obrigacional, desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo do devedor. (TEIXEIRA, 2019, p. 1174)

O princípio da preservação da empresa, basilar no processo falimentar, está expressamente previsto no artigo 47 da LRF⁴. Pode se dizer, portanto, que a falência⁵ é “a liquidação patrimonial forçada em relação aos devedores empresários que não têm condições de superar a crise econômico-financeira pela qual estão passando” (TOMAZETTE, 2017, p. 367). O mesmo autor leciona sobre os objetivos do direito falimentar:

Tais objetivos denotam que não se trata de um direito que regula apenas a falência ou outros concursos de credores. O moderno direito das empresas em crise preocupa-se essencialmente com o valor da empresa em funcionamento, isto é, com a manutenção da atividade, ao invés de dar primazia aos interesses dos credores. Não há mais uma visão liquidatária nesse ramo do Direito, buscando-se, sempre que possível, a manutenção da atividade. Embora não haja a previsão específica nesse sentido, acreditamos que o direito da empresa em crise também pode ser usado para prevenir as crises, cujos efeitos podem ser perniciosos. (TOMAZETTE, 2017, p. 42-43)

Essa ideia de buscar a recuperação da empresa antes de extirpa-la do ordenamento sobrevém justamente do amadurecimento empresarial e dos postulados da livre-iniciativa e livre concorrência. Para Teixeira (2019), a insolvência, antes vista como algo pejorativo, passa a ser inserida no risco empresarial, como um fenômeno natural. O devedor, portanto, não é somente o desonesto, mas qualquer um que se arrisque a negociar.

Acerca do direito falimentar especificamente, há de se consignar que a falência está inserida no direito empresarial, como assinala Teixeira (2019), e é um instituto aplicável tão somente aos devedores empresários⁶ (empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária). O mesmo autor assevera que, embora a legislação não tenha previsão expressa nesse sentido, o microempreendedor individual (MEI) também está sujeito às regras do instituto. Por fim, reafirma a necessidade de inscrição ou registro perante a Junta Comercial⁷, tendo em vista que as atividades societárias informais se sujeitarão ao Código de Processo Civil.

As sociedades e os empresários que não estão sujeitos aos procedimentos previstos na LRF não ficam desamparadas. Vale dizer que elas estão excluídas apenas da falência e da

⁴ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005)

⁵ A própria expressão *falência* vem de *fallere* (faltar, enganar), mantendo ainda a ideia da situação daquele que falta com o compromisso. (TOMAZETTE, 2017, p. 367)

⁶ Tais sujeitos, empresário individual, EIRELI e sociedade empresária, são espécies do gênero empresário e delimitam o âmbito de incidência da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, os quais não se aplicam a todos indistintamente, mas apenas a eles. A importância desses sujeitos no cenário econômico justifica o tratamento diferenciado e a criação de tais institutos. Para entender a quem se aplica a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, é fundamental identificar quem se enquadra ou não no conceito de empresário. (TOMAZETTE, 2017, p. 48)

⁷ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. (BRASIL, 2002)

recuperação extrajudicial e judicial (o que não é absoluto), mas possuem procedimentos próprios⁸.

Diferentemente do Brasil, Tomazette (2017) destaca que outros países conseguem abranger outras formas de empresas e sociedades relativamente à falência e à recuperação judicial e extrajudicial, como destaca:

Em Portugal, o regime da insolvência e da recuperação de empresas é bem mais amplo, abrangendo inclusive pessoas físicas não profissionais e entidades sem fins econômicos. Do mesmo modo, na França e na Espanha, os regimes concursais já podem ser estendidos a não empresários. (TOMAZETTE, 2017, p. 47)

Pode ser afirmado, com isso, que os países europeus têm uma maturidade legislativa maior em relação ao Brasil, posto que se preocupa com a organização da economia de maneira ampla e, muito além, com a função social que todas formas de atividades econômicas e empresariais apresentam.

Voltando ao sistema legislativo do Brasil, merece destaque o fato de que a falência, geralmente ato posterior à tentativa de recuperação judicial ou extrajudicial frustrada, não põe fim às atividades empresariais de forma imediata⁹. A lei prevê formas de manutenção ou suspensão das atividades daquela empresa de maneira a buscar a sua recuperação e à satisfação dos credores, visando a manutenção de uma funcionalidade econômica e social.

Para concluir o presente capítulo, mister dizer que o direito falimentar é essencial para o desenvolvimento e manutenção de uma economia saudável. Não obstante as opções que o legislador apresente para a conservação da empresa em crise, nem sempre o êxito é possível. Assim, a falência é um importante instrumento para garantir aos credores o recebimento de seus haveres, respeitando a dignidade da empresa liquidada e a isonomia entre aqueles que necessitam satisfazer os seus créditos. Entretanto, é necessário analisar alguns pormenores que o instituto jurídico da falência apresenta.

⁸ Art. 2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. (BRASIL, 2005)

⁹ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. (BRASIL, 2005)

2 O PROTESTO EXTRAJUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO FALIMENTAR

Como foi visto, o processo da falência pode preceder de alguns atos, sejam eles (ou não) iniciados pelos próprios devedores. Tais procedimentos visam interesses sociais, o saneamento da economia e a preservação da empresa. A este respeito, Tomazette (2017, p. 369) leciona que “surge o interesse público na falência, que não visará apenas à satisfação de um credor, mas à defesa de toda a economia contra o fenômeno da insolvência, que afeta o crédito e, conseqüentemente, a atividade econômica, essencial para o bem-estar do país”.

Foi visto também que o regime da falência é uma espécie de execução coletiva. O empresário ou sociedade empresária que tenha incorrido nas hipóteses da decretação da falência terão os seus ativos transferidos aos credores. Entretanto, ressalta-se, suas atividades não necessariamente serão suspensas, justamente em razão do princípio da preservação das empresas.

Diz-se, pois, que a falência é a última opção ao empresário ou sociedade empresária em crise, devendo ser decretada judicialmente, com o afastamento do gestor na atividade empresarial, e estando dividida em fases necessárias ao alcance da finalidade primordial do regime. Tomazette (2017) as distingue entre pré-falimentar, falimentar e pós-falimentar. Contudo, com o devido cuidado, não será aprofundado o tema neste ensaio.

Tomazette (2017) destaca a natureza jurídica processual e excepcional da falência. Embora seja uma forma de execução coletiva forçada, a sentença que a decreta tem natureza declaratória, com regras totalmente diferentes em relação ao processo executivo comum, previsto no Código de Processo Civil (CPC).

A sentença declaratória da falência deverá ser prolatada quando da ocorrência dos pressupostos previstos no artigo 94 da LRF. Dentre eles, e talvez o mais importante, é a caracterização da impontualidade, feita através de protesto de um título executivo, cujos valores ultrapassem o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos, conforme inteligência do inciso I, do dispositivo acima citado¹⁰.

Tomazette (2017) expressa, em relação à demonstração da impontualidade do devedor:

¹⁰ Art. 94. Será decretada a falência do devedor 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)

Para tanto, nossa legislação admite um único meio de prova, qual seja: o protesto (Lei nº 11.101/2005 – art. 94, § 3º). Embora possam ser vislumbradas outras formas de comprovar uma inadimplência, em razão da gravidade da falência, a impontualidade injustificada dependerá dessa prova solene. (BRASIL, 2017, p. 403)

O imperativo de obediência aos pressupostos da falência advém exatamente da busca de um mercado econômico forte e seguro, através do saneamento dos devedores em um processo justo e eficaz. Assim, é possível afirmar que a falência é decorrente da total impossibilidade do cumprimento de obrigações.

O instituto do protesto é regulamentado pela Lei nº. 9.492 (Lei de Protestos), de 10 de setembro de 1997, a qual define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

É válido ressaltar a existência de duas modalidades do protesto: judicial¹¹ e extrajudicial. Todavia, para o presente estudo, importará a análise do protesto extrajudicial. Isso porque, como dito, a LRF contem previsão expressa de que a falência será decretada nos casos em que existam tais títulos executivos com soma superior ao equivalente de 40 (quarenta) salários-mínimos.

Sobre os protestos, Tomazette (2017) consigna:

Não se exige o início do processo de execução ou cumprimento de sentença, mas apenas o protesto como meio de prova dessa inadimplência. Qualquer que seja o título, ele deve estar protestado, ainda que se trate de título normalmente não sujeito a protesto, como os títulos executivos judiciais, isto é, mesmo sentenças condenatórias precisam ser protestadas para a configuração da insolvência. Para os títulos judiciais, o artigo 517 do novo CPC só admite o protesto depois de transcorrido o prazo para pagamento no procedimento do cumprimento de sentença. (2017, p. 403)

Não se deve confundir, porém, a exigência legal de existência de um título executivo judicial com o rechaçamento ao protesto judicial. Explica-se: a LRF reclama a apresentação de um título executivo como requisito para a decretação da falência, podendo ser este título judicial ou extrajudicial.

Ainda, em notória preocupação com a amplitude que o termo poderia causar, a legislação que trata dos protestos tratou de delimitar, em seu artigo 23, parágrafo único, que “somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às consequências da legislação falimentar” (BRASIL, 1997). Ou seja, estão sujeitos ao protesto especial somente os devedores que sejam empresários ou sociedades empresárias.

¹¹ Ver artigos 517, do CPC, cumulado com artigos 726 a 729 do mesmo diploma. (BRASIL, 2015)

Conclui-se que a sentença que declara a falência prescinde de uma prova no sentido de insuficiência econômica propriamente dita e, ao revés, reclama o simples enquadramento do pedido nas hipóteses legais previstas. Uma delas é justamente a constituição do devedor em mora, que se concretiza através do protesto extrajudicial. É o que se absorve da lição de Mamede (2019):

Não se exige, para a declaração da falência, uma demonstração inequívoca (contábil e matemática) de que o patrimônio ativo do empresário ou da sociedade empresária, por insuficiência, descrédito e/ou iliquidez, não é capaz de saldar, a tempo e modo, as obrigações do respectivo passivo. Seriam prova e demonstração pouco prováveis de se conseguir, mormente diante de incontáveis variáveis, bastando recordar que alguém com patrimônio líquido negativo pode gozar de crédito e, assim, conduzir suas operações por anos, pagando suas obrigações em dia, sem falir. O Direito não espera comprovação inequívoca de insolvência. Pelo contrário, salvo o pedido de autofalência, quando a insolvência é confessada pelo devedor, aceita-se que a demonstração do estado falimentar se faça por presunção relativa (*iuris tantum*), a partir de elementos externos que seriam indicadores da situação falimentar: (1) a impontualidade no adimplemento de obrigações, (2) a verificação de execução frustrada e (3) a prática de determinados atos, considerados falimentares. (MAMEDE, 2019, p. 249-250)

Acrescente-se às conclusões que o devedor tem a faculdade de se utilizar da recuperação judicial ou extrajudicial, podendo, assim, se afirmar que a falência é a *ultima ratio*, cabível somente nas hipóteses do rol taxativo do artigo 94 da LRF. E mais, o regime não obsta ao devedor que se convole a falência na recuperação, justamente em razão do princípio da preservação das empresas.

Diante desse pensamento, não se olvida da necessária segurança acerca dos documentos que vão embasar o pedido da liquidação empresarial. O protesto extrajudicial, então, lavrado pela serventia responsável, dotado de fé pública, apresenta-se como meio mais adequado para assegurar a inequívoca ciência do devedor em relação às suas dívidas, bem como a sua impontualidade no pagamento.

A este respeito, Teixeira (2019, p. 276) explica que “a relevância do protesto reside no fato de que ele é a prova de que o título foi apresentado ao devedor, que, no entanto, não o pagou. Assim, a função primordial do protesto é demonstrar a impontualidade do devedor”.

Essa garantia se dá especialmente porque a própria Lei de Protestos explicita a conduta do Tabelião a ser adotada para que o instituto se concretize e se torne válido em face do devedor, conforme se extrai do texto legal:

Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço. (BRASIL, 1997)

O protesto extrajudicial, assim, afigura-se importante instrumento na tramitação do processo falimentar, devendo ser feita a sua intimação na pessoa do devedor, ou por quem se fizer necessário, com indicação do nome completo e documento de identificação. Esse pressuposto é matéria da súmula 361 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo texto se transcreve: “A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que recebeu” (BRASIL, 2008).

Inclusive, cabe ressaltar que em alguns casos, a própria inserção dos dados do devedor perante a serventia acaba por desempenhar uma forma indireta de cobrança, tendo em vista que, regularmente intimado pelo Tabelião, o empresário ou a sociedade empresária buscará meios para quitação da dívida.

É válido lembrar que o protesto extrajudicial impede que o devedor obtenha créditos perante o mercado e o sistema econômico-financeiro. Assim, aquele que busca uma forma de se esquivar da falência e sair do rol de maus pagadores, procura a solução para pagamento da dívida que originou o protesto. Neste sentido, Teixeira (2019) conclui:

Embora o protesto de título não seja uma forma de cobrança (mas, um meio de se comprovar o inadimplemento, ou seja, que a cobrança foi realizada amigavelmente sem que o pagamento tenha sido efetuado) ele acaba tendo este efeito, pois 50% das pessoas ao receberem uma intimação para pagar um título de dívida – que de fato tenha contraído – acabam efetuando o pagamento imediatamente. Isso pois, não querem que seu nome fique com restrição no banco de dados de pessoas “protestadas”. (TEIXEIRA, 2019, p. 278)

Dito isto, não se pode duvidar do papel fundamental que o instituto do protesto exerce no direito falimentar. Entretanto, algumas críticas doutrinárias e jurisprudenciais surgiram em relação à exigência do artigo 94, § 3º, da LRF, que diz respeito à necessária lavratura de protesto especial para fins falimentares. É o que será analisado a seguir.

3 O PROTESTO ESPECIAL PARA FINS FALIMENTARES: ENTENDIMENTOS DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Como visto, a LRF dispõe expressamente no §3º do artigo 94 que os protestos utilizados nos pedidos de falência devem ser lavrados com a finalidade específica ao regime falimentar. Essa não é uma inovação da citada lei.

A Lei de Protestos, em 1997, já previa a possibilidade de registro do protesto especial, delimitando que estes somente seriam lavrados por quem fosse passível do processo falimentar. Nas palavras de Filho (2016), enaltecendo a importância do protesto especial:

O protesto especial para fins falimentares é aquele efetivado pelo próprio credor interessado, pois, caso contrário, servindo-se de uma prova emprestada de terceiros para demonstrar uma impontualidade preexistente, poderá correr o risco de se ter julgado improcedente o seu pedido de falência por eventuais vícios contidos no instrumento, que não tenho dado causa, gerando, inclusive, os reflexos indenizatórios previstos no art. 101 da LRF”. (FILHO, 2016, p. 861)

Não se olvida de sua importância, tanto que o legislador, visando a regularidade do protesto para fins falimentares, previu na LRF a possibilidade de contestação à sua validade, como se denota do artigo 96. Neste sentido, seria possível suprir este requisito para se alcançar a falência, abrangendo, desta maneira, o acolhimento dos protestos comuns?

Verifica-se da legislação que a existência do protesto extrajudicial é a prova da mora do devedor. Contudo, admite-se, para a maior parte da doutrina, visando especificamente o instituto da falência, sejam considerados apenas os protestos lavrados por um tabelião de notas com finalidade falimentar, ou uma certidão explicitando que aquele protesto é especial, ou seja, com fins falimentares¹². Excluir-se-ia do processo falimentar, desta maneira, os protestos judiciais ou outros que não tenham sido lavrados com aquele fim.

O STJ, no entanto, firmou entendimento, em julgamento do Recurso Especial (REsp) 1052495, oriundo do Tribunal do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Ministro Massami Uyeda, da Terceira Turma, que é prescindível o protesto especial para fins de falência. De igual forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, uniformizou o entendimento pela da Súmula 41.

Esta decisão, porém, vem sendo criticada para alguns doutrinadores. Para Teixeira (2019):

Essa posição do STJ é contrária não apenas à Lei n. 11.101/2005, mas a toda dinâmica de proteção e preservação da empresa. Isso pois o protesto especial para efeitos falimentares é um direito atribuído ao empresário devedor, o qual pode buscar sustá-lo ou mesmo efetuar o pagamento da dívida com o fim de evitar a decretação da quebra. (TEIXEIRA, 2019, p. 519)

Já Filho (2016, p. 866), que também se posicionou contrariamente às decisões que flexibilizam a especialidade legalmente prevista para o protesto falimentar, aduz que tal previsão visa alcançar o princípio da preservação da empresa. A flexibilização da lei através dos julgados seria, a seu ver, uma “forma anômala ou extraordinária de substituição de procedimento de natureza executória e constritiva”. E conclui:

¹² Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

§ 3º. Na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. (BRASIL, 2005)

Um protesto criteriosamente lavrado para fins falimentares, além de não se afastar do que dispõe expressamente a lei, contribui para que o empresário, ao verificar a natureza falimentar do ato registrário, possa se preparar da melhor forma para evitar um possível pedido de falência e debelar a crise que se instala, tomando os tantos caminhos que a lei lhe oferece, como sustação deste protesto, recuperação extrajudicial ou judicial e acordos privados entre seus credores. (FILHO, 2016, p. 866-867)

Apresentando ressalvas quanto à admissão do protesto comum para fins falimentares, mas concordando com o atual posicionalmente jurisprudencial, Tomazette (2017) relembra que há o dever de cuidado para que o protesto comum admitido como configuração da impontualidade do devedor deve estar regular. Caso contrário, a regularização poderá ser realizada a qualquer momento, eis que não há previsão de prazo específico para o registro do protesto, e com observância aos ditames legais.

Para Bueno (2013), concordando com os posicionamentos jurisprudenciais, lembra que os mesmos são decorrentes da própria natureza do protesto, que é unitária. Entretanto, também menciona a necessidade de um atendimento aos requisitos específicos do protesto especial para a admissão do protesto comum. Não obstante seu posicionamento, o autor sustenta que tal flexibilização, como se extrai:

E essa ressalva aponta as dificuldades práticas da aceitação do protesto comum, pois o Tabelião não dará tratamento diferenciado a ele, que, diante disso, pode não atender aos pressupostos específicos exigidos para aquele destinado a instruir a postulação de quebra. Nesse caso, o protesto será imprestável ao fim mencionado.

Há, contudo, hipótese em que é possível suprir omissão do termo de protesto e respectivo instrumento sobre a identificação da pessoa que recebeu a intimação. Tendo o Tabelião essa informação devidamente documentada e arquivada poderá, a requerimento do interessado, expedir certidão com esses dados, de maneira a complementar o instrumento de protesto. (BUENO, 2013, p. 88)

Ramos (2020, p. 1206), de maneira generalista, aponta que o único meio de prova que comprova o inadimplemento do devedor é o protesto e, portanto, “qualquer título executivo que o credor possua contra o devedor deve ser levado a protesto, para só depois servir de base ao pedido de falência”.

Já Mamede (2019) aponta que a LRF não aponta um procedimento específico para o protesto falimentar, mas apenas a necessária anotação do tipo e motivo do protesto em um único livro. Assim, seria “o protesto é sempre o mesmo ato, embora suas finalidades possam ser distintas”. Conclui o autor que a repetição seria, portanto, desnecessária, tendo em vista que todos os protestos se consolidam em um ato idêntico, o que não impede que o registro de um com finalidade determinada seja aproveitado para finalidade distinta.

Nesta análise doutrinária, entretanto, o entendimento prevalente foi que o protesto especial de fato não é imprescindível, tanto que essa é a posição atual do STJ, como foi dito.

Basta que o haja um protesto regular, demonstrando a notificação do devedor através de pessoa identificada, configurando a sua impontualidade. Caso contrário, iniciado o processo falimentar, o devedor terá a opção de contestar o documento, como esposado anteriormente.

Não se pode fugir do entendimento jurisprudencial. O protesto para fins falimentares deve abarcar também aqueles que foram registrados sem especificar a sua finalidade. A burocracia exacerbada pode desvirtuar o instituto da falência, que visa o saneamento da economia e sua manutenção.

De igual forma, há que se consignar que o atual CPC inovou ao trazer uma preocupação com a primazia do julgamento do mérito e, sobretudo, com a atividade satisfativa. Esse entendimento deve imperar também nos processos falimentares. Para aqueles que agem sobre a égide da má-fé, a legislação prevê meios específicos para puni-los. Já a pretensão primordial deve ser analisada sob o enfoque dos princípios citados, o que se estende (no que couber) aos processos e procedimentos administrativos.

Em resumo, o que se entende é que existem vícios que podem ser sanados e, assim, com o aproveitamento de atos, garante-se um processo célere e mais voltado ao princípio da preservação das empresas.

Não se desconsidera, para isso, que o vício contido em protesto utilizado para a abertura da falência deve ser passível de correção, em homenagem ao princípio da razoabilidade, bem como respeitando a ampla defesa e o contraditório, visando a possibilidade jurídica de se obter o resultado desejado.

CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu concluir a importância que o protesto extrajudicial exerce nos processos de falência. Não que se olvidasse. Mas, a legislação reafirma o que já está consolidado no ordenamento jurídico. A fé pública que os Tabeliões possuem são capazes de regular relações e assegurar a sua validade.

Não poderia ser diferente com o processo de falência. Este, última opção ao empresário ou sociedade empresária em crise, não poderia se desenvolver com documentos que não tivessem a presunção de validade e formação regular.

Mas, o direito falimentar visa o atendimento a princípios que, muitas vezes, devem ser contrapostos para o atendimento mais ideal à sociedade. No caso da falência, é certo que a preservação da empresa deve ser tratada com seriedade. Não obstante, a economia não pode ficar à mercê de detalhes que burocratizam a sua sobrevivência e atrasam o seu saneamento.

Assim, diante da fé pública inserida nos documentos de protestos, a análise de inserção de finalidade específica para o seu registro pode inviabilizar o processo de falência, atingindo não só os credores, mas toda a sociedade.

A celeridade nos processos de falência depende, muitas vezes, de flexibilizações na lei, visando a primazia do julgamento do mérito e a atividade satisfativa. Assim, nada obsta que o julgador, por exemplo, sane irregularidades que estejam suscetíveis de adequação para o alcance do pleito demandado.

Portanto, conclui-se pelo acerto da jurisprudência pacificada pelo STJ, sendo necessária a flexibilização da LRF para admissão do protesto comum como meio de prova no processo de falência, desde que os requisitos para a liquidação patrimonial estejam presentes no referido documento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação e Falências**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 9.492, de 10 de setembro de 1997. **Lei de Protestos**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 3ª Turma. **Recurso Especial nº. 1052495/RS**. Ministro Relator: Massami Uyeda, Terceira. Publicado no DJe em 18 nov. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 361**. Ministro Relator: Aldir Passarinho Junior. Publicado no DJe em 22 set. 2008. Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula361.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

BUENO, Sérgio Luiz José. **Tabelionato de protesto**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial. **Súmula 41**. Publicado no DJe em <https://tjsp.jus.br/SecaoDireitoPrivado/Noticias/Noticia?codigoNoticia=10261>

FILHO, Adalberto Simão. A função do protesto especial de títulos na falência. *In*: AHUALLI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo. (Coord.) **Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10.

ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Títulos de crédito, v. 2. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.