**CONTESTAR -REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO ELISIVO** Preliminarmente, o réu alega a **falta de prova da condição de comerciante regular** pelo autor do pedido de falência. Alega ainda o desvio de função do pedido de falência, uma vez que o **autor pretende receber crédito fundado em título que ensejaria uma execução**. Ressalta a incompatibilidade do princípio da sucumbência e a incidência de correção monetária no processo falimentar.

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DA .... VARA DE FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS DE ....

................................................ (qualificação), através de seu advogado, nos autos (nº ....) de Pedido de Falência, em que é Ré, sendo Autora a ...., comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para **contestar** o pedido.

# REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO ELISIVO

A ré está realizando, nesta mesma data, o depósito da quantia correspondente ao crédito com todos os acessórios reclamados, para fim específico de elidir a falência (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 11, § 2º).

Todavia, destaca que tal depósito não implica qualquer reconhecimento do crédito pretendido pela Autora. Pelo contrário, reputa haver sérios óbices a tal pretensão.

É o que se demonstrará abaixo.

# AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAIS

Preliminarmente, a Ré aponta a falta de pressuposto processual.

Compete ao credor que requerer a falência a comprovação liminar de sua qualidade de comerciante (Lei de Falências, art. 9º, III, c/c art. 11, caput). Mas ainda tem o dever de comprovar sua regular situação frente ao registro correspondente.

Essa é imposição derivada do art. 9º do Decreto-lei nº 7.661/45, tal como abaixo reproduzido:

"Art. 9º. A falência pode também ser requerida:

...

"III- pelo credor, exibindo título de seu crédito, ainda que não vencido, observadas, conforme o caso, as seguintes condições:

"a) o credor comerciante, com domicílio no Brasil, se provar ter firma inscrita, ou contrato ou estatutos arquivados no Registro do Comércio".

Comentando tal exigência, RUBENS REQUIÃO observa que "o chamado comerciante de fato, que não tem sua firma inscrita no registro do comércio, ou a sociedade irregular, cujos atos constitutivos não estão ali registrados, não adquirem legitimidade para postular em juízo o pedido de falência de seu devedor" (Curso de direito Falimentar, v. I, 3ª ed., p. 90).

Nesse sentido, é obrigatório o requerente da falência comprovar a regularidade e atualidade de seu registro na Junta Comercial.

Na palavra de MIRANDA VALVERDE, " ... se o credor comerciante é domiciliado no Brasil, somente será admitido a requerer a falência se provar que exerce o comércio regularmente, isto é, com firma inscrita, contrato ou estatuto arquivado no Registro do Comércio" (Comentários à Lei de Falências, Forense, 1948, 1, p. 102).

Ocorre que a Autora não produziu essa prova. Os documentos juntados à inicial não trazem qualquer indicação de seu regular registro na Junta comercial. A Autora trouxe documento datado de 1990 - três anos defasado em relação ao pedido.

"Data venia", seria indispensável a apresentação de certidão atualizada probatória de que a Autora se encontra regularmente inscrita perante a Junta Comercial. O arquivamento pode ter sido suspenso; podem ter ocorrido irregularidades; pode ter sido encerrada a sua atividade, etc.

Com todo respeito, inexiste nos autos qualquer prova de que a Autora esteja regularmente registrada na Junta Comercial.

Em situação semelhante à presente, o E. TJSP entendeu ser o caso de extinção do processo sem julgamento de mérito:

"FALÊNCIA - Pedido por credor comerciante - Falta de prova da condição de comerciante regular, com registro na Junta Comercial - Art. 9º, inc. III, a, da LF - Recurso não provido" (Ap. Cível nº 64.884-1, 7ª C. Cív., Rel. Des. Nélson Schiavi - RJTJESP 101/90).

Ainda, constou do corpo do acórdão que tal requisito "Trata-se de exigência probatória real que deve ser feita no limiar da ação, como é da jurisprudência (cf. RT 456/99, 493/108, 500/68, 511/205; RJTJESP, ed. LEX, 86/100)" (ob. cit., p. 91).

Por outro lado, incidem no caso concreto as regras dos arts. 333, I, e 283, do CPC. Dispõe o art. 283 do CPC que "A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação."

Assim, diante da ausência de documentos essenciais e indispensáveis, pede-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual (CPC, art. 267, IV) - com devolução à Ré do valor depositado.

# DESVIO DE FUNÇÃO DO PEDIDO DE FALÊNCIA - CARÊNCIA DE AÇÃO

A Autora pretende receber crédito fundado em título que ensejaria Execução. Ajuizou, no entanto, Pedido de Falência.

Com o devido respeito, a adoção de tal expediente visa apenas à obtenção de uma forma mais violenta (data venia) de satisfação do crédito. A execução era o meio adequado e suficiente para a Autora atingir aos fins pretendidos.

O valor pretendido, irrisório se comparado com o patrimônio da Ré, jamais serviria para indicar sua insolvência. Tanto é assim que a Ré depositou em Juízo um valor inclusive maior do que o crédito pleiteado (com todos os encargos).

Apesar de afastada a hipótese de insolvabilidade, a Autora requereu a falência.

"Data venia", lançar mão do pedido de falência quando presumível a solvabilidade do devedor caracteriza verdadeiro procedimento abusivo.

Busca-se constranger o devedor a pagar (ou, quando menos, depositar) imediatamente e em dinheiro o valor pretendido - dificultando sua defesa quanto à legitimidade ou o montante do crédito.

Há uma sensível restrição do direito de defesa em relação à execução (que seria o instrumento correto) - seja no prazo (reduzido de dez dias após a penhora para 24 horas depois da citação), seja no pressuposto de garantia do juízo (na execução seria possível a indicação de outro bem que não dinheiro).

Mais que isso, pretende-se que, pelo temor da falência, o devedor realize o pagamento imediato, desistindo da faculdade de apontar todos os vícios da dívida (que, em caso de execução, certamente seriam ventilados através de embargos). O próprio fato de o crédito, nestas hipóteses, ser de pequena monta, contribui para o sucesso de tal artifício.

Ainda, tal prática implica desvio de função do instituto da falência.

A falência existe por relevantes razões de ordem social, a fim de assegurar a par creditorum e impedir que o comerciante insolvente continue a negociar.

Não é mera forma privilegiada de cobrança de créditos.

Doutrina e jurisprudência condenam unanimemente tal conduta abusiva (data venia).

YUSSEF CAHALI tratou da questão:

"Vem constituindo prática rotineira - mas nem por isso digna de aplauso - o ajuizamento, nos grandes centros comerciais do país, de pedidos de falência como expediente mais célebre e eficaz para a satisfação do crédito cambial, ainda que o requerente tenha ciência e mesmo consciência da solvabilidade do comerciante devedor."

"Este, embora tivesse um mínimo de bom direito para justificar o inadimplemento oportuno da obrigação, mas atemorizado pelo risco da eventualidade de uma sentença de quebra que poderia decorrer de uma defesa deficiente ou de um provimento judicial menos acertado, apressa-se em fazer o depósito da quantia reclamada, ainda que o seja para discutir a legitimidade da pretensão inicial" (Responsabilidade Indenizatória do Requerente de Falência Denegada, in IOB - Repertório de Jurisprudência Comercial, Civil e Outros, nº 02/89, p. 34.

CAHALI destaca ainda o quanto o Pedido de Falência acaba por afetar a atividade do requerido, mesmo nos casos em que há depósito elisivo:

"Não se confundindo a ação de falência com uma simples ação de cobrança, mesmo que de procedimento executivo, é manifesto que o simples pedido de quebra do comerciante, a sugerir a insolvência do mesmo, revela-se capaz de produzir para aquele repercussões sócio-econômicas das mais desfavoráveis" (ob. e loc. cit.).

Em julgamento do E. STJ, o Ministro BUENO DE SOUZA afirmou que "para que o credor se utilize do pedido de falência pelo sistema da lei brasileira, parece-me não ser suficiente o fato de possuir um crédito, não basta nem mesmo o fato de ter título protestado. É preciso que se disponha a demonstrar a insolvência do devedor estabelecido como comerciante" (RSTJ 07/312).

E prossegue:

"O emprego indiferente de uma ou outra via, se encorajado pela jurisprudência, cria, para o trato comercial, uma situação de fraqueza para o devedor. O devedor não é nenhum autor ilícito, pois o débito é experiência normal da vida mercantil. Logo, como pode ser citado com prazo curtíssimo para elidir o crédito alegado pelo credor, sob pena de, não o fazendo ou deixando de apresentar defesa compatível, ter a falência decretada. Isto é, o credor, ao seu talante, se utiliza de um método mais favorável e expedito que, no entanto, dificulta e agrava a situação do devedor" (ob. e lov. cit.).

No mesmo julgamento, o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, seguindo o voto do Ministro BUENO DE SOUZA, declarou que "A legislação vigente contempla o credor com uma via rápida, que é a executiva, quando munido o credor de título exeqüível, mas, na prática, o que se vê, na maioria das vezes, é o credor buscando uma via ainda mais violenta para forçar o devedor ao cumprimento de uma obrigação a que muitas vezes não deu cumprimento, tornando-se inadimplente, por motivos alheios à sua vontade" (ob. cit., p. 313).

Caso semelhante já foi julgado pelo E. STF, que chegou à seguinte decisão:

"FALÊNCIA - Requerimento que empresta função de cobrança irregular ao Instituto falimentar, desviando-o de sua função específica e constrangendo ilicitamente o devedor - Indeferimento da petição inicial que se restabelece Recurso Extraordinário conhecido e provido" (Rec. Ext. 87.405-4 1ª Turma, j. em 11.03.80, Rel. Xavier de Albuquerque - RT 549/209).

Em tal ocasião, o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE censurou "a utilização do pedido de falência como forma drástica de cobrança, transcendendo dos meios e modos que a lei dispõe para a execução do título extrajudicial. Este é que é o desvio de finalidade" (ob. cit., p. 213).

A Ré pede venia por se estender em tais considerações. Todavia, as conseqüências do expediente adotado pela Autora são bastante relevantes.

Resta claro que o instrumento jurisdicional escolhido para a satisfação do crédito não é o adequado. Bastava a utilização do processo de execução. O meio empregado é desproporcional ao fim colimado.

Então e com o devido respeito, falta à Autora interesse de agir.

Isso porque "a presença do interesse se condiciona à verificação de dois requisitos cumulativos, a saber: necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação do provimento e do procedimento desejados" - explica CÂNDIDO DINAMARCO (Execução Civil, v. I, RT, 2ª ed., p. 229).

Mais adiante, leciona o mesmo autor:

"O requisito da adequação significa que o estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à concreta correlação entre o procedimento desejado, pelo procedimento proposto, e a situação desfavorável lamentada pelo demandante" (ob. cit., p. 234).

Tratando também do requisito da adequação, CALMON DE PASSOS expõe que "o Estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, (...) à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo" (Comentários ao CPC, v. III, Forense, 6ª ed., p. 269).

No presente caso, não está presente o requisito da adequação, conforme foi demonstrado acima. Não há porque impor-se à Ré os rigores do rito do Pedido de Falência quando, através de Execução, seriam atingidos os mesmos resultados.

Com respeito, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir (CPC, art. 267, VI) - devolvendo-se o valor depositado.

Todavia e em atenção ao princípio da eventualidade, a Ré aduz também as seguintes defesas.

# AINDA O DESVIO DE FUNÇÃO - VERBAS INEXIGÍVEIS

Ainda que não fosse o caso de extinção do processo por carência de ação (o que se põe apenas para argumentar), outras conseqüências decorrem da utilização inadequada (data venia) do pedido de falência.

Não é lícito que a Autora pretenda receber valores inexigíveis no procedimento falimentar.

Verbas como honorários advocatícios e correção monetária seriam cabíveis no processo de execução. Não, porém, no de falência.

A Autora, como já se colocou, poderia (e deveria) ter se utilizado da via executiva. Mas, tendo realizado pedido de falência, tem de se submeter às normas de tal processo.

"Data maxima venia", a se permitir a cobrança desses valores estaria se instaurando um processo híbrido. No que tange à Ré, seriam impostos os rigores do procedimento falimentar. Quanto à Autora, gozaria dos privilégios da via executiva.

Com o devido respeito, isso não é cabível.

Desse modo, são inexigíveis honorários advocatícios. Isso decorre do estabelecido pelos arts. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º, do Decreto-lei nº 7.665/45.

O art. 5º da lei nº 6.014/73, que adaptou a Lei de Falências ao sistema estabelecido pelo CPC de 73, não realizou qualquer modificação nesse ponto.

É ampla a jurisprudência que entende incabível o regime da sucumbência em casos como o presente.

Confira-se a seguinte decisão do E. STF:

"Falência. Princípio da sucumbência. Não se tratando de institutos como os embargos de terceiros ou o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime de sucumbência" (arts. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º, do Decreto-lei nº 7.665/45).

"Esse entendimento prevalece em face do atual Código de Processo Civil, até porque, com relação a ele, nada foi alterado pela adaptação da lei de falência ao novo sistema processual feita pelo art. 5º da Lei 6.014/73." "RE conhecido e provido" (Rec. ext. nº 97.106 - BA, ac. unânime, 2ª Turma, Rel. Ministro Cordeiro Guerra - RTJ 103/893).

A Ré pede venia para mencionar outra decisão do E. STF, nesse mesmo sentido, em que constou do voto do Ministro MOREIRA ALVES que:

"... como sucede com relação a honorários de advogados em mandado de segurança, deve prevalecer em face do atual Código de Processo Civil, a tese, já sufragada por acórdãos de ambas as Turmas desta Corte (RE nº 65.156, Primeira Turma, relator o Sr. Ministro Amaral Santos, in RTJ 5/601 e segs.; e RE nº 72.397, Segunda turma, o relator Sr. Ministro Thompson Flores) de que não se tratando de institutos como embargos de terceiro ou o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime da sucumbência" (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 23, parágrafo único, II, e 208, § 2º).

"Essa situação não foi alterada pela adaptação da Lei de Falência ao atual C. Pr. Civ. feita pelo artigo 5º da Lei nº 6.014/73" (Rec. Ext. 87.725 - CE, 2ª Turma, Ac. unânime, Rel. Ministro Moreira Alves - RTJ 84/693).

Esse entendimento também foi adotado pelo E. STJ:

"Processo Civil e Comercial . Pedido de falência. Depósito elisivo.

Exclusão da condenação em honorários advocatícios que se impõe, eis que a via eleita invoca aplicação do art. 208, § 2º da Lei Falimentar, em seu necessário confronto com o artigo 20 do CPC" (Rec. Esp. nº 335 - RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Bueno de Souza - RSTJ 07/302).

Em seu voto em tal julgamento, o Ministro BUENO DE SOUZA observou que a tese de que o pedido de falência com depósito elisivo se transmuda em mera execução, para fins de reconhecer-se a imposição de correção monetária e honorários advocatícios, "perturba a harmonia do sistema, porque encoraja o emprego do pedido de falência como a ação de cobrança de crédito, criando para o devedor uma situação de inegável constrangimento".

Do mesmo modo, é incabível a correção monetária.

O presente processo é regulado por lei especial, não lhe sendo aplicável a Lei 6.899/81.

Nesse passo, confira-se v. acórdão do E. TJSP, que teve a seguinte ementa:

"CORREÇÃO MONETÁRIA - Falência - Depósito elidente - Inaplicabilidade da Lei 6.899/81."

"Não é devida na falência correção monetária porque a ação é regulada por lei especial, sendo inaplicável a Lei 6.899/81, quer porque, no caso, não se estabeleceu condenação judicial, quer porque o novo diploma legal não se estende aos processos falimentares" (Ap. nº 21.891-1 - 6ª C. Civ. - Rel Des. Macedo Costa - RT 560/71).

Também o E. TJRS vem adotando esse entendimento, consagrado-o, inclusive, em Súmula, como se vê pela ementa abaixo:

"CORREÇÃO MONETÁRIA - Depósito para elidir falência - Atualização - Descabimento.

Falência. Depósito elisivo e correção monetária. Incidência da Súmula 01 (Câmaras Cíveis Reunidas). Incabível a aplicação da atualização do débito mediante correção monetária. Agravo improvido por unanimidade" (AI 584009318, 2ª C. Civ., Rel. Des. José Barison - RT 594/189).

Nem se alegue que, em decorrência de a Autora possuir título executivo, seu crédito seria corrigido monetariamente desde o vencimento deste.

Tal atualização a partir do vencimento do título (assim como a incidência de juros) só é cabível no processo de Execução. O § 1º do art. 1º da Lei 6.899/81 é inequívoco nesse sentido:

"Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento" (sem destaque no original).

Assim, pede que sejam excluídos do débito os valores relativos a honorários advocatícios e correção monetária.

# AINDA AS VERBAS INEXIGÍVEIS

Ademais, a Autora pretendeu o recebimento do crédito acrescido também do "valor de custo do protesto" (fl. 3).

Com o máximo respeito, trata-se de pretensão absolutamente despropositada. A verba é alheia ao título que instrui o pedido de falência. Não há como se admitir que ela incida no caso concreto, agregando-se-a ao crédito.

Mais ainda e ao que se infere, a Autora pretende corrigir seu pretenso crédito pela variação da TR. Com o devido respeito, tal não é possível.

Isso porque a TR e a TRD não são índices de atualização monetária. São índices mistos, onde estão incluídas a remuneração pelo capital (juros) e a "correção monetária" projetada para um período futuro (arts. 1º e 2º da Lei nº 8177/91).

Não se pode pretender a TR como índice de correção. A TR é fixada antes da constatação da variação inflacionária. Mais ainda, a TR contém juros. Importa em dois pagamentos da mesma verba, o que resulta em locupletamento ilícito do Réu.

A tese já foi acolhida no julgamento da Adin nº 493-0/DF em que a v. acórdão, de lavra do Em. Min. MOREIRA ALVES, consignou o seguinte:

"A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda" (Tribunal pleno do STF, j. 25.6.92 - in LEX/STF 168/70 - anexo).

Data venia, não é possível que a Autora, valendo-se da situação de constrangimento imposto à Ré do Pedido de Falência, cobre encargos abusivos.

Com respeito, impõe-se, que também tais valores sejam excluídos do montante pleiteado.

# CONCLUSÃO

Em vista do exposto, a Ré pede a extinção do processo sem julgamento de mérito, pela ausência de documentos essenciais acompanhando a inicial, ou pela falta de interesse de agir.

Se assim não for, pede que sejam acolhidas suas razões para o fim de excluir do montante os acréscimos inexigíveis, acima demonstrados.

Protesta pela produção de todas as provas que se fizeram necessárias em especial a pericial contábil para o fim de evidenciar a iliquidez e incerteza do crédito e o cômputo de verbas indevidas.

Pede Deferimento.

...., .... de .... de ....

..................

Advogado OAB/...