

Atualidades

O CRITÉRIO DA IMPONTUALIDADE NA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO:

o Projeto de Lei n. 071/2003 do Senado Federal

FELIPE FERNANDES RIBEIRO MAIA

I – Nota preliminar. II – Intróito. III – O critério da impontualidade no Direito brasileiro: III.1 – Considerações históricas; III.2 – Considerações conceituais. IV – O desvirtuamento: a impontualidade e a ação de cobrança (execução). V – Considerações sobre o direito estrangeiro. VI – A proposta nacional: Projeto de Lei n. 071/2003 do Senado Federal. VII – Conclusão. VIII – Referências bibliográficas.

I – Nota preliminar

Sabe-se que “nenhuma lei é mais discutida que a de falências. E é natural. Capital, trabalho e fisco perdem no desastre econômico do devedor. Além dos juristas, opinam os leigos, os jornalistas apressados, e, quase sempre tardiamente, as associações das classes conservadoras. Todos acreditam possuir a verdade integral, porque cada um defende o seu ponto de vista, geral ou particular, ou o seu interesse na pressuposição de que defende o interesse coletivo ou o bem público. No entanto, outra lei não existe tão eriçada de dificuldades. Todas as relações jurídicas vão, com a ruína do devedor comerciante, desguar na sua falência. Conciliar os interesses divergentes ou em conflito, na árdua tarefa de medir os valores e reprimir a fraude, exige do legislador conhecimentos amplos do direito nacional e uma boa dose de experiência”.¹

A reforma da lei falimentar brasileira, através do Projeto de Lei n. 4.376/1993 da Câmara dos Deputados (por iniciativa do Sr. Ministro da Justiça, Dr. Maurício Corrêa), não foge à regra mencionada por Miranda Valverde e desde de 1993 tramita nas casas legislativas nacionais. A impontualidade, critério falimentar presente na legislação atual (art. 1º do Decreto-lei n. 7.661/1945), foi conservada na redação final do então Projeto n. 071/2003 (substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n. 4.376/1993), aprovado pelo Senado Federal, como hipótese de decretação da falência, o que, ao nosso sentir, não parece ajustado à realidade contemporânea do direito, como se passa e se propõe a demonstrar.

II – Intróito

Nelson Abrão (1985), já nos idos de 1985, inicia o prestigioso estudo *O Novo Direito Falimentar (Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa)*, pontuando que a busca de soluções para a

1. Valverde, 1939, pp. 60-75, in *Ante-Projeto de Lei de Falências*, Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1940.

crise econômica das empresas é um esforço prioritário entre os hodiernos estudiosos e estudos de Direito. E inteira razão, a quase duas décadas atrás, assistia-lhe.

Ora, uma lei falimentar que tenha por escopo permitir a liquidação do patrimônio de uma entidade produtiva, cujo principal fundamento para decretação da quebra é o não pagamento de uma única obrigação líquida e certa no seu tempo, ou seja, imponcialidade no cumprimento da obrigação (ou, atualmente, que legítima ação executiva), é uma lei que não atende aos princípios básicos da preservação da empresa e do fim social da empresa, sendo insuficiente para reger o momento atual da vida econômica que, como se sabe, não se firma na imponcialidade (critério puramente jurídico e objetivo), mas na crise generalizada, na insolvência econômica (e não jurídica).

O instituto da falência é por demais conhecido do ordenamento jurídico brasileiro, além de ser matéria que desperta grande interesse, senão embates, pelos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. Suficiente é, para se confirmar tal fato, citar que, neste ano de 2004, Portugal e Espanha promulgaram suas novas leis que disciplinam os processos concursais e de recuperação da empresa devedora.

Entretanto, mesmo sendo um instituto bastante conhecido e estudado, sabe-se que suas finalidades originárias não se mostram consentâneas e suficientes para atender às aspirações sociais dos dias atuais. Segundo anotação de Miranda Valverde (1940:62), em sua Exposição de Motivos de 1939 à lei falimentar por ele elaborada e que não chegou a ser publicada, os fins da falência seriam: (a) “amparar o devedor honesto, para que a empresa, sob a sua direção, continue, como unidade da economia nacional, a prestar serviços à coletividade” e (b) “punir, severamente, o devedor desonesto, porque é elemento perturbador dessa mesma economia e que vai repercutir na ordem social, com a cessação das relações de trabalho”. Vários juristas na-

cionais, dentre eles, Nelson Abrão, já se debruçaram sobre essa finalidade liquidatória, solutória e punitiva do instituto falimentar (que é reconhecida desde o seu nascedouro).²

Contudo, a crise do instituto falimentar tornou-se inequívoca e insuperável, vindo a autoridade de Tullio Ascarelli, em

2. “Inserindo-se na órbita privatística do adimplemento compulsório da obrigação, caracterizou-se o instituto, desde as origens, como procedimento executório conducente à liquidação dos bens do devedor (*propósito liquidatório*) para a satisfação dos credores (fim solutório)” (Abrão, 1985:8).

“Na primeira fase, que *grosso modo* termina com a Primeira Guerra Mundial, os procedimentos existentes para o caso de insolvência nos diversos sistemas legislativos consistem, principalmente, em *instrumento de execução do patrimônio do devedor*, não necessariamente comerciante. (...)” (Gerardo Santini, *La Reforma del Derecho de Quiebra*, pp. 36-37, in Abrão, 1985:9).

“Sampaio de Lacerda esclarece, de forma clara, precisa e definitiva, que ‘a falência se caracteriza como um processo de execução coletiva, decretado judicialmente, dos bens do devedor comerciante ao qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais’, não havendo dúvida de que, no Brasil, se trata de um processo de execução, como assinala, calcado em inúmeros autores, José da Silva Pacheco” (Lobo, 1996:193).

“A ideia de falência costuma estar associada ao encerramento ou desaparecimento da sociedade empresária. Há cessação da atividade em razão de uma sistemática normativa provocada pelos próprios sócios ou terceiro (credor) que, ao mesmo tempo em que permite a formação do concurso de credores, impede, em regra, o prosseguimento do exercício do objeto do empresário” (Bertoldi, Ribeiro: 2003:155).

“Leitura – 1. Falência – seu característico – Falência, segundo Spencer Vampré (*Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. III, p. 9) é a execução coletiva dos bens do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, e solver o passivo, em rateio, ou observadas as preferências legais” (Raitani, 1948:14).

“A nossa Lei de Falências, de 1945, foi elaborada unicamente com o intuito liquidatório e desta forma não mais se adequa ao novo Direito Concursal, no qual pretende-se conservar a empresa economicamente viável” (Simionato, 1997:17).

1962, a atribuir a razão da absoluta inadequação do instituto às aspirações sociais do pós-guerra, à natureza originariamente finalística e solutória da lei falimentar brasileira.³

Malgrado isso, o caráter liquidatário da falência se viu recentemente fortalecido quando o próprio Código Civil (Lei n. 10.406/2002), de forma pouco técnica ou, até mesmo, de forma equivocada, introduziu, em seu art. 1.044,⁴ a falência como hipótese de dissolução da sociedade empresária.

Certo é que, independentemente do sistema adotado ao longo da história (cessação de pagamento; impontualidade; insolvência, etc.), essa concepção do instituto da falência no direito brasileiro perdura desde o seu nascedouro, possivelmente por razões históricas, sempre tendentes à punição do comerciante desonesto (que outrora era feita com o próprio *corpore* e não com patrimônio) e a extinção da fraude, como destacado, brilhantemente, por Miranda Valverde, na obra “Como dificultar o império da fraude”, publicada em 1929 (*O Jornal*). Pode-se afirmar que, à míngua de vozes destoantes, em nenhum momento houve por parte do legislador verdadeira preocupação com os aspectos sociais e, principalmente, econômicos da falência e da própria empresa. Basta lembrar que o Código Comercial de 1850, arts. 799 *usque* 802, ao tratar das “*Quebras*”, classificava a *qualificação da falência* em culposa, casual e fraudulenta.

Verificou-se, contudo, uma ruptura sem precedentes desta concepção liquidadora

tária da falência quando a própria empresa passou a ser vista como verdadeiro “agente econômico” útil à economia coletiva, deixando de ter importância exclusiva para os interesses dos credores para ganhar relevância social, econômica, e, inclusive, política, já que o seu grau de eficiência das empresas de um país determina o impulso das suas atividades produtivas e define a sua posição no quadro da economia mundial.

E a principal conquista desta nova noção da empresa como agente econômico, que também foi influenciada pela teoria social da propriedade privada (Abrão, 1985: 11), foi uma nova compreensão para a própria falência como meio de recuperação de empresa, submissa, por força consequência, às questões sociais e econômicas, operando-se a *desprivatização* do instituto da seara jurídica. Por outras palavras, deve a falência deixar de ser um instituto puramente jurídico, vez que seus efeitos necessariamente irradiam-se pelos campos da sociedade, da vida pública e, principalmente, da economia.

Nesse contexto é que surgiu o interesse geral unido à *salvação da empresa* (inclusive com a dissociação da pessoa do empresário ou da sociedade empresária da própria empresa), passando-se a sustentar não mais a liquidação total da sociedade, mas, por outro lado, a valorização de sua atividade, com o fito de possibilitar e viabilizar a *continuidade da empresa*. Nascia, então, uma nova compreensão fulcrada em dois princípios: o da preservação e o da recuperação da empresa, frutos da superação do interesse público sobre o privado, fato que conduz à sobreposição, também, do caráter dualístico da falência (embate entre credor e devedor), a fim de torná-la um instrumento de interesse coletivo, no qual prevalece a sua função social. Desta forma, o interesse do credor passa a um segundo plano, sucedendo, em primeiro plano, a recuperação e viabilização da empresa, por consagração desta “unidade produtiva”.

3. “As causas remotas da absoluta inadequação da falência a incidir sobre a realidade hodierna das empresas em crise vêm individuadas na própria origem do instituto: é sabido em doutrina que a falência nas comunas medievais satisfaz as exigências de autodisciplina interna da classe mercantil na rigorosa repressão penal, além de *patrimonialmente restitutória e reintegratória da insolvência*” (1962:308-309).

4. “A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela decretação da falência.”

Dentro desse novo conceito, não se pode admitir critérios de decretação de falência puramente jurídicos, como são a cessação de pagamento e a impontualidade. Aliás, conforme Abrão (1985:31), a própria insolvência seria o último grau da “patologia” da crise da empresa e não essencialmente sua causa. Sem nem a insolvência seria um critério adequado à decretação da quebra, quiçá a impontualidade.

Por tudo isso é que se pode afirmar que a lei falimentar brasileira, que contempla o caráter finalístico e solutório originário, não mais atende a essas necessidades e aspirações sociais.

Visando adaptar-se à realidade concreta, desde 1993, como já salientado, tramita pelo Congresso Nacional um projeto de lei que cria a recuperação de empresas e reforma a vigente Lei de Falências como um todo. Nada obstante, tal projeto (atualmente, Projeto de Lei n. 71/2003, substitutivo apresentado pelo Senado, através do Senador Ramez Tebet) conservou, como hipótese primária de decretação da falência, a impontualidade (art. 94, inciso I), criando, entretanto, solução mitigatória, consubstanciada na importância mínima do crédito inadimplido no tempo, no valor de 40 (quarenta) salários-mínimos.

E o que se pretende com o presente trabalho é exatamente mostrar, ainda que superficialmente e sem qualquer compromisso de esgotar o tema, que a impontualidade não serve mais como critério de decretação de falência, seja por não se ajustar às noções de *crise econômica da empresa* e insolvência, seja por não passar de mero instrumento de coação e cobrança (uso desvirtuado da falência), como bem ilustra Jorge Lobo (1996:8)⁵ ao tratar dos pressu-

5. “Com efeito, quando a finalidade da lei é a liquidação da empresa, basta a existência do pressuposto objetivo do inadimplemento ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos; todavia, se a ‘ratio legis’ é a *salvação da empresa* (*sauvetage de l’entreprise*), os critérios econômicos passam ao primeiro plano, daí dizer-se, em síntese, que, quando o objetivo da lei é recuperar a empresa, se deve

postos objetivos dos procedimentos concursais contemporâneos.

A relevância em discutir o tema reside no fato de que a utilização do pedido de quebra pela simples impontualidade no pagamento de um único débito tornou-se tão corriqueira que passou a comprometer a credibilidade, coercibilidade e, consequentemente, a eficácia da falência, sendo certo que o projeto de lei ainda em trâmite, embora verdadeiramente compromissado com o interesse público do instituto falimentar e seus efeitos, buscou solucionar a inadequação acima apontada através da insuficiente estipulação de um *quantum* mínimo do crédito inadimplido, o que pouco contribuirá para a evolução da falência no direito brasileiro.

III – O critério da impontualidade no Direito brasileiro

III.1 – Considerações históricas

Não há como discorrer sobre os aspectos históricos do critério da impontualidade como hipótese de falência, sem tratar, ainda que não profundamente, da própria história da falência no Direito brasileiro. Importante será, também, verificar a evolução histórica da ação de execução individual, cuja origem parece estar intimamente ligada à ideia da impontualidade como critério de falência.

As primeiras notícias do instituto falimentar na ordem jurídica brasileira remontam ao Brasil Colonial, quando ainda vigiam as Ordenações Afonsinas, que, nos idos de 1521, foram revistas por ordem do

considerar *não o pressuposto objetivo jurídico* do inadimplemento de obrigação líquida e certa de título que legitime a ação de execução ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos das dívidas vencidas, *mas o pressuposto objetivo econômico do estado de crise da empresa* ou, melhor ainda, o pressuposto objetivo do tipo aberto, para usar a linguagem do discurso tipológico de Karl Larenz, sendo imprescindível bem compreender esta distinção para tratar, com proficiência, da unidade do sistema concursal.”

Rei D. Manuel, passando, então, a se denominar Ordenações Manuelinas (Requião, 1981:14). Certo é que o instituto falimentar já se verificara em tempos romanos e medievais, quando a obrigação ainda recaía sobre a pessoa do falido (Simionato, 1997: 19) e não sob seu patrimônio. Essa ideia de punição pessoal, embora sua exploração mais profunda extrapole os objetivos deste estudo, reluziu no Direito brasileiro nessas Ordenações Manuelinas, visto que considerava falido aquele cujo patrimônio não bastava para satisfazer seus débitos. A título de punição impunha-se a prisão do devedor, que, entretanto, poderia ser elidida pela cessão de bens aos credores.

Em 1603, surgiram as Ordenações Filipinas. Em que pese a origem espanhola, foram aplicadas ao Brasil em razão do Reino de Castela, conforme expõem Frederico Simionato (1997:30) e Rubens Requião (1981:14). Referidas Ordenações comparavam o falido aos criminosos, dando-lhes semelhante tratamento (Lacerda, 1959:36). Estava delineado, pela primeira vez e com escopo nitidamente criminal, o instituto da falência no Brasil.

Finalizando esse período, surgiu o Alvará de 1756 (de 13 de novembro), da lava do eminente Marquês de Pombal, através do qual a falência deveria ser confessada pelo mercador (“*jurar a verdadeira causa da falência*”) e poderia ser reconhecida como culposa ou não. Em sendo culposa, estaria o mercador submetido às sanções penais, que eram o escopo maior do referido Alvará de caráter puramente punitivo (Requião, 1981:16-17). Referido instrumento serviu de modelo à elaboração da terceira parte do Código Comercial de 1850, que, pela primeira vez disciplinou, em lei brasileira (até então as leis eram aplicadas em razão da colonização e, portanto, via de regra, eram portuguesas), o instituto falimentar, sob a alcunha “*das quebras*” (Lacerda, 1959:36). Antes, entretanto, com a promulgação da Independência (1822), foi determinada a observância, através da “lei da boa razão”, de 1823, das

legislações dos países civilizados, até que as vindouras leis brasileiras fossem elaboradas.

Assim, sob forte influência do Código de Napoleão de 1807, foi promulgada a Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, que disciplinou a falência sob o título “*Das Quebras*”, estabelecendo como critério de caracterização de falência a cessação de pagamentos pelo comerciante.⁶ O comércio, segundo pontificava Veiga (247), vivia da exatidão e pontualidade. Qualquer demora que fosse causaria uma perturbação, senão verdadeira lesão ao comércio em geral. Citando Pardessus, ainda ponderava que, se faltasse o comerciante aos pagamentos (ou até mesmo a um único pagamento), está caracterizada a impossibilidade de pagar e, logo, a insolvência (Veiga, 248).

Referida legislação, contudo, possibilitou o império da fraude, principalmente por fazer várias concessões aos credores, como a possibilidade de negociar e fazer acordos com o falido/quebrado (*contrato de união*, Requião, 1981:19). Em função disso, sofreu com várias reformas e legislações paralelas esparsas, criadas para atender a interesses particulares, como ilustra o caso do Banqueiro Vieira Souto, em 1864, para o qual foi editado o Decreto n. 3.309/1984.

Em 1890, visando afastar com a máxima urgência as fraudes perpetradas sob égide do Código Comercial, em quatorze dias apenas, o ilustre jurisconsulto Carlos de Carvalho, elaborou o que veio a se tornar o Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, que reformou a legislação falimentar, passando a caracterizar o estado de falência a partir da impontualidade no pagamento de obrigação mercantil líquida e certa no seu vencimento (art. 1º), como expõe Sampaio de Lacerda (1959:38). Esse decreto instituiu, também, meios preventi-

6. “Art. 797. Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido” (Código Comercial, 1850, sic).

vos de decretação da falência, como a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Além disso, instituiu o critério da insolvência (caracterização da falência independente da impontualidade), conforme § 1º do seu art. 1º.

Assim, é bastante importante enfatizar que a noção de obrigação líquida e certa somente surgiu na lei falimentar em 1890, sendo que o Código de Processo Civil só viria a tratar da execução de títulos que estampassem tais obrigações em 1939 (o Regulamento n. 737/1850, que disciplinava o processo comercial e posteriormente o civil, não amparava a execução de títulos extrajudiciais, como será visto adiante). Ora, o § 1º do art. 1º daquele estatuto, em seu item “i”, entre as causas de insolvências configuradoras da falência, inseriu a hipótese de não indicação de bens à penhora em ação de execução,⁷ todavia, a ação de execução, nesta época, não se prestava à execução de títulos líquidos e certos extrajudiciais, salvo exceções do art. 308 do Regulamento n. 737/1850.⁸

É verdade, diga-se, que existia uma ação especial no Regulamento n. 737/1850, nominada “*Assignação de Dez Dias*”, que consistia na determinação do prazo de dez dias para que o réu pagasse ou, então, alegasse embargos (semelhante à atual ação monitória). Essa ação competia aos títulos líquidos e certos extrajudiciais e que em 1890 passaram a fomentar o pedido de falência com base na impontualidade. Com efeito, não era propriamente uma execução e, logo, era mais fácil e rápido o rece-

bimento do crédito através do pedido de falência do que através dessa ação especial de assinação de dez dias.

As fraudes, muito em virtude dos meios preventivos instituídos pelo Decreto de 1890, ganharam o ápice. Fazia-se necessária a imediata reforma da legislação. Surgiu, então, a Lei n. 859, de 1902, que, por sua vez, não logrou êxito em afastar as fraudes e criar uma saudável legislação falimentar. No que concerne à impontualidade, repetiu a redação do Decreto n. 917/1890, somente acrescentado que a falência estaria caracterizada, nesta hipótese, qualquer que fosse o estado dos negócios do falido (art. 1º).

Mostrando-se a lei de 1902 insuficiente ao fim colimado, foi incumbida ao douto Carvalho de Mendonça a tarefa de elaborar uma nova lei de falências. E em 17 de dezembro de 1908, foi promulgada a Lei n. 2.024, fruto do trabalho deste ilustre jurista que teve notória importância para o desenvolvimento do direito falimentar brasileiro. No que toca à impontualidade, o art. 1º desta nova lei revigorou a redação do Decreto n. 917/1890, subtraindo, apenas, a qualificação do comerciante como individual ou social. O item 02 do parágrafo único deste artigo conservou como obrigação mercantil as constantes de letras de câmbio, notas promissórias, cheques e demais títulos que tivessem a mesma ação (Código Commercial, arts. 425, 635 e 651). Do mesmo modo, manteve, como critério de caracterização de insolvência, a não indicação de bens à penhora, quando executado (art. 2º, inciso I), também inserido pela legislação de 1890. No entanto, relembrar-se, a ação de execução, em 1908, não se prestava à cobrança dos títulos extrajudiciais (obrigações líquidas e certas).

Em 1929, diante de nova crise econômica e da falta de energia do Poder Judiciário para aplicar a Lei n. 2.024/1908 e moralizar a falência (Otávio Mendes, citado por Rubens Requião, 1981:21), foi elaborada a Lei n. 5.746, da lavra do Prof. Waldemar Ferreira, que muito se aproximava

7. “Art. 1º. (...) § 1º. Caracteriza-se também o estado de fallência, embora não haja falta de pagamentos, si o devedor, I – não pagar, quando executado por dívida commercial, ou não nomear bens à penhora, dentro das 24 horas seguintes à citação inicial da execução.”

8. Referido diploma legal disciplina ação executiva nas seguintes hipóteses: fretes de navios; fretes e aluguéis de transporte por água ou por terra e despesas e comissões de corretagem, baseados na “carta de fretamento” ou “conhecimento de frete”, como prevê o art. 309, § 1º.

da lei de 1908. Dentre as melhorias, encontra-se a redução do cargo de síndico de três para um único. Não houve alteração relativa à questão da impontualidade.

Por derradeiro, após a Segunda Guerra Mundial e, portanto, advindo novo período de crise financeira mundial, foi reformada, mais uma vez, a lei falimentar, entrando em vigor, em 21 de junho de 1945, o Decreto-lei n. 7.661, resultado do trabalho de vários estudiosos e professores, componentes de comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça, Alexandre Marcondes Filho.⁹ Nesta lei falimentar (atualmente em vigor), a impontualidade permaneceu como causa primária da falência e de insolvência presumida, tendo sido alterado o texto para considerar falido o comerciante que não pague, no vencimento, obrigação constante de título que legitime ação executiva. Neste particular, insta salientar que já vigia o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto n. 1.608), que, como se sabe, instituiu a execução de títulos executivos extrajudiciais em seu art. 298.

Com efeito, desde 1850, quando da entrada em vigor do Código Comercial, e, com isso, da legislação genuinamente brasileira sobre falência, não existia, salvo melhor juízo, a possibilidade de o credor buscar, por via executiva hábil, o recebimento de créditos constantes de títulos de dívida líquida e certa, já que o Regulamento n. 737/1850 não previa tal possibilidade, somente prevendo a utilização de ação executiva para cobrança de crédito oriundo de conhecimento de transporte (art. 308) e para cobrança de crédito decorrente de decisão judicial (execução de sentença, art. 476). Destarte, não havia previsão de manejo de ação executiva para recebimento de créditos que se encontravam consignados em títulos extrajudiciais, como cheques, "warrants" e letras de câmbios, mui-

to embora fosse do Tribunal de Comércio a competência para conhecer das questões afetas à matéria comercial, entre as quais se inseriam as relativas às "quebras" e aos títulos de crédito.

À vista disso e considerando que, desde 1890, títulos como letras de câmbio, notas promissórias e debêntures tornaram-se documentos representativos de obrigações líquidas e certas suficientes à caracterização do estado de falência, embora somente tenham passado a fomentar ação de execução a partir de 1939, e que, naquele mesmo ano de 1890, surgiu como critério de insolvência a não indicação de bem à penhora em ação executiva (que por sua vez não podia ser movida para cobrança de títulos não judiciais), conclui-se que ao longo de grande parte da evolução do direito falimentar brasileiro, o critério da impontualidade supria a inexistência de um procedimento executivo que permitisse a cobrança judicial do crédito líquido e certo, à guisa da ausência de ação executiva para este fim.

Assim, o requerimento de falência era uma forma natural de se viabilizar o recebimento do crédito, já que não restava alternativa ao credor diante da inadimplência e da ausência de processo executivo para este fim. No entanto, a lei atual, de 1945, ao dispor que os títulos que legitimam a ação executiva legitimariam, ousrossim, o pedido de falência por impontualidade, o fez na contramão da história, uma vez que o Código Processual de 1939 já permitia a ação executiva cuja base era e é, inexoravelmente, a impontualidade. Manter, ainda, aumentando o contrassenso, o critério da insolvência por não indicações de bem em processo executivo (inciso I do art. 2º). Ora, quem iria e quem irá se valer do procedimento executivo, se é possível, em tese e com provável sucesso no recebimento do crédito (através do depósito elisivo), requerer a falência, cuja decretação é ainda mais temida por colocar fim à atividade empresarial, por simples impontualidade?

9. Apenas ressalte-se que, em 1939, Miranda Valverde, atendendo a pedido do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, apresentou ante-projeto de lei que acabou não sendo aprovado.

III.2 – Considerações conceituais

A impontualidade, como visto, passou a ser um critério de decretação de falência no Direito brasileiro a partir de 1890, com a entrada em vigor do Decreto 917. Na letra da lei, era impontual aquele que não pagasse, sem relevante razão, dívida constante de obrigação mercantil líquida e certa. A lei tinha, ainda, o cuidado de indicar quais obrigações seriam estas (art. 2º, alíneas *a* a *h*). Neste mesmo diploma legal, inseriu-se o critério da insolvência (§ 1º do art. 1º), considerando-se igualmente falido aquele que, mesmo sem ter deixado de pagar no prazo obrigação líquida e certa, praticasse certos atos indicados de sua insolvência.

Fazendo um adendo necessário, a *insolvência* foi definida por Carvalho de Mendonça,¹⁰ em tempos remotos, como a ruína econômica do devedor civil, configurada quando o passivo era superior ao seu ativo, o que aparentemente impossibilitaria o cumprimento das obrigações.¹¹

No entanto, a anciã doutrina jurídica cuidou de tratar a insolvência como mero fato e a falência como situação de direito, atribuindo caracteres estanques aos institutos: falência ao devedor comerciante e insolvência ao civil. E, assim, por algum tempo, insolvência e falência por impontualidade eram, nitidamente, condições distintas, sendo que a insolvência não se caracterizaria, nem mesmo, nas hipóteses do

10. “Se o devedor não comerciante não pode pagar o que deve, em virtude do seu desequilíbrio econômico, diz-se insolvável, e a este estado se chama insolvência. A insolvência civil não quer dizer cessação de pagamentos, nem a simples impossibilidade de pagar; denota a ruína econômica do devedor que se acha em condições de não poder pagar os seus credores por ser o activo inferior ao passivo” (Carvalho de Mendonça, 1899:23).

11. A mesma ideia está contida nos ensinamentos do Prof. Humberto Theodoro Júnior: “(...) f) porque, ao contrário da falência, não se baseia a insolvência civil na cessação de pagamentos ou na impontualidade do devedor, não há obrigatoriedade de ser a petição inicial do credor instruída com o protesto do título insatisfeito” (1997:34).

§ 1º do art. 1º do Decreto n. 917/1890, como acima mencionado, pois, conforme registrou Carvalho de Mendonça (1899), trataria, tão somente, de hipótese de embargos econômicos do devedor.

Este mesmo autor anotou que a impontualidade foi tida como “*grito de alarme aos credores*” (1899:83). Seria o golpe profundo na vida mercantil do comerciante (mais desprezível e cruel que falsificar artigos postos à venda em seu estabelecimento; fraudar o peso de mercadorias e, inclusive, imitar marcas alheias). E arremata: “Tudo isso pode[ia] ser atenuado. Maiores consequências, porém, traz o simples facto de não pagar uma só obrigação vencida, o que é sempre acontecimento surprehendente, uma notícia alarmante (...).” (1899:83-84). Era, portanto, o traço evidente para a configuração do estado de falência, o sinal ostensivo, perfeito, a denúncia da crise econômica do devedor. A lei fria não se preocupava em saber se o estado de crise era passageiro ou continuado. O que punha, ou visava pôr a salvo, era a inviolabilidade do crédito. “Tal é o sistema legal” (Mendonça, 1899:85).

Waldemar Ferreira (1927:34), ainda sob égide da Lei n. 2.024, de 1908, com extrema lucidez, pronunciou-se acerca da impontualidade como critério de caracterização de falência, tratando-a, apenas, como pressuposto legal de configuração do estado de falência necessário à decretação judicial, mas fez interessantes ponderações críticas e ressalvas, ao tecer comentários sobre a adoção do sistema da impontualidade a partir de 1890, quando o “desastre econômico” causado pela falência já era plenamente conhecido dos juristas e das autoridades governamentais.¹²

12. “Era, de certo modo, um sistema original de caracterização do estado de fallencia, que mereceu a crítica de tratadistas estrangeiros, entre os quais se destaca Almeida Saldanha, comercialista português, que lamentou não comprehender ‘a razão por que alguns legisladores, sem attenderem, no grande desastre economico que a fallencia origina, declaram nesse estado aqueles que cessam pagamento de

Valverde, em obra bandeirante sobre a lei em vigor, anotou que o não pagamento da obrigação líquida e certa no vencimento, sem razão relevante, “faz presumir a falência do devedor comerciante. A impossibilidade de pagar é, pois, na realidade, o fato que revela o estado de falência” (1948:26-27). E concluiu, destacando que a lei empresta tamanha força à presunção do estado de falência pela impontualidade, que até o credor sem título vencido, poderia (e pode) requerer a falência do devedor comum.

Darcy Bessone, ao seu turno, definiu a impontualidade como critério legal de decretação da falência, salientando que não é o mais racional e justo dos critérios (1995:32). Com pioneirismo, expôs que não se trata de critério de insolvência ou de insolvência presumida (como por muitos defendido), visto que “faz caso omisso do desequilíbrio econômico interno da empresa [o que caracterizaria a crise econômica] e não procura saber se ela deixou de efetuar de maneira geral seus pagamentos [critério da cessação dos pagamentos], ou se está impotente financeiramente [insolvência]”. Além disso, destaca que o art. 26, interpretado em conjunto com os arts. 129 e 131 da lei atual, deixa claro que é possível haver impontualidade com ativo superior ao passivo, o que quer dizer que não é a insolvência o critério adotado pela lei brasileira, mas, sim, o da mera impontualidade.

Walter T. Álvares (1982:62), citando Cayru, oferece definição clássica, no sentido de que a impontualidade “he a espécie de fallimento que consiste em faltar alguém à sua palavra, a fé dada no termo

suas obrigacoes commerciales, não attinando com ‘o motivo por que o legislador brasileiro, pondo de parte os princípios que a sciencia preconiza, e que a prática legislativa consagra, estabeleceu o preceito de que o commerciante, sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito, deixa de pagar, no vencimento, qualquer obrigação mercantil líquida e certa, entende-se fallido’. E acrescentou que ‘esta severidade é manifestamente insensata’.”

prefixo, a qualquer transação mercantil. Todo o comerciante, que não paga em dia, isto he, no prazo do vencimento da obrigação contraída, ou que sem justa causa não cumpre qualquer ajuste deliberado, e de boa fé, he havido por impontual’.

Em seguida afirma, ao tratar da tradição luso-brasileira, que o ordenamento brasileiro adota o sistema dúvida, da impontualidade e da insolvabilidade¹³ (distinguindo ambas hipóteses da insolvência¹⁴), embora tenha se preocupado, apenas, em definir os elementos extrínsecos, não pretendendo distinguir a insolvência da insolvabilidade.

Sampaio Lacerda (1996:54), em exame menos profundo (corroborando a maioria da doutrina), limita-se a dizer que o não pagamento pode não derivar propriamente da insolvência (divergindo-se do que foi defendido por Walter T. Álvares), “mas a verdade é que a falência se caracteriza por haver a presunção de insolvência decorrente do não pagamento”.¹⁵

O Professor paranaense Marcelo Bertoldi considera que a lei falimentar prevê como condição de decretação da quebra, a insolvência do devedor que, por sua vez, pode se manifestar por ato de impontualidade (indício de insolvência) ou “atos de falência” (presunção de insolvência). Nessa ordem de ideias, afirma, categoricamente, que a lei falimentar “optou por assumir

13. “Inaptidão econômica à solução da divida” (1982:65).

14. Cita Provincialli (*Manuale...*), segundo o qual a insolvência só se caracterizaria quando se agrupassem os seguintes elementos: (a) impotência patrimonial do devedor de satisfazer regularmente suas obrigações; (b) em virtude de um excedente de passivo em relação ao seu ativo patrimonial, e, (c) considerada a capacidade produtiva e creditícia do patrimônio. E resume a questão: “a) insolvente é o que não paga, prescindindo-se do exame da causa; b) insolvável, portanto, em estado de insolvabilidade, é o que não paga por não ter meios de fazê-lo” (1982:64).

15. E conclui o autor: “Dai termos caracterizado como pressuposto essencial a insolvência presumida e não propriamente a insolvência”.

riscos, inclusive o de permitir a decretação de falência de devedor empresário que não estivesse efetivamente insolvente". Neste contexto, a "impontualidade é tida por início de insolvência" (2003:175).

Em suas "referências doutrinárias", o Professor paranaense cita Écio Perin Júnior¹⁶ (2003:182) e Luiz Tzirulnik¹⁷ (2003: 183), que corroboram a ideia, firmando-a, o segundo, nos termos que seguem: "Assim, temos [que] a impontualidade é o primeiro sintoma de um estado de insolvência que pode suscitar ações executivas por parte dos credores".

Do exposto, percebe-se que a impontualidade era tratada de forma pura e objetiva, considerada nada mais que um simples fato, que, ocorrido, acarretaria a presunção da insolvência e, logo, da ruína do devedor. Por muitos ainda é assim tida nos dias atuais. Entretanto, referida ideia não é mais compatível com a noção básica de recuperação e conservação da unidade produtiva – da empresa – que, por sua vez, se funda na crise econômica que, sabidamente, não se pode caracterizar por um critério puramente objetivo. Sem adentrar na real controvérsia acerca da definição exata do conceito da impontualidade, o que foge aos objetivos deste trabalho, ainda que parte da ciência jurídica o considere como indício e início de insolvência, pode-se afirmar, convictamente, que dita conceituação não encontra amparo na teoria da crise econômica, vez que esta exige análise subjetiva e ampla da situação vivenciada pela empresa, o que não se verifica no critério da impontualidade.

IV – O desvirtuamento: a impontualidade e a ação de cobrança (execução)

Explica Nelson Abrão (1985:164-165) que outro traço característico do di-

reito falimentar brasileiro é a dualidade credor-devedor, isto é, o objetivo em disciplinar a contenda de direitos e a situação obracional propriamente dita entre o devedor e o credor, exacerbando-se em tricas formais que acabaram ofuscando a realidade econômica da falência. Afirma, então, que o objetivo tradicional da falência é proteger a comunidade de credores, senão, o próprio devedor.

Entretanto, não foi isso que se passou a ver nos tribunais do país ao longo dos anos. Embora a finalidade ontológica do instituto seja a proteção dos credores em situações diversas, assegurando a justa distribuição do patrimônio do devedor, a realidade é outra: credores individuais (e, por vezes, únicos) aforam requerimentos de quebra com base na impontualidade, sem nem mesmo terem se valido do procedimento de cobrança fomentado pela ação executiva do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 585 e ss.), tampouco se preocupando com o fato de se tratar ou não de uma mera iliquidez passageira. Do mesmo modo, não se atém em saber se o devedor possuir empresa plenamente viável ou se está configurada a sua insolvência. É notório que o pedido de falência, pelo imenso temor e repulsa que causa, constitui-se em eficaz instrumento de cobrança, como assevera, corajosamente, Fábio Ulhoa Coelho (1999).¹⁸

Assim sendo, admitido o requerimento de falência de um suposto devedor pelo simples fato de ter sido impontual em relação a alguma obrigação, ainda que esta legitime uma ação executiva, a opção mais vantajosa ao credor será evidentemente o manejo do requerimento de falência, que permite o depósito elisivo (que, por sua vez, será prontamente levantado após o julgamento da ação), já que a execução por título extrajudicial de quantia certa leva à indicação de bens à penhora, possibilita a discussão do débito pelo devedor, ou mes-

16. *Curso de Direito Falimentar*, São Paulo, Método, 2002, p. 50.

17. *Direito Falimentar*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1999.

18. "O pedido de falência tem se revelado um eficaz instrumento de cobrança do devedor".

mo da própria penhora, através dos embargos, cujo efeito é sempre suspensivo. Isto sem se falar em eventuais recursos, e, por que não dizer, embargos à arrematação, cujo efeito também é suspensivo e, assim, indefinidamente.

Portanto, se pode a forma (a via) de recebimento do crédito estar associada à rapidez e praticidade do processo falimentar, não será outro o meio mais conveniente ao credor. Neste exato sentido, é a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre assunto, Recurso Especial n. 515.285-SC, relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, no qual consignou que o credor possui a escolha de qual caminho tomar para satisfazer seu crédito.¹⁹

19. “*Falência. Requerimento. Pequeno credor. Licitude. Indeferimento. Substituição do processo executivo. Abuso inexistente.* 1. O ordenamento jurídico põe à disposição do credor lesado por inadimplemento de comerciante, dois caminhos, absolutamente lícitos, a saber: a) o primeiro – linear e barato – que é requerer a declaração da falência materializada pelo inadimplemento. Esta via, apesar de mais cômoda, é mais arriscada. De fato, se o devedor por descuido ou falta de dinheiro, não pagar no prazo assinalado, instaura-se o processo falimentar e a nota promissória perde a força executiva, para tornar-se reles título quirografário, desrido de qualquer preferência; b) a segunda via é a cobrança executiva. Para percorrer-la, o credor é obrigado a localizar bens do devedor, indicá-los à penhora, pagar o oficial de justiça, para que efetue a citação e, depois, para que consume a penhora. Depois, com o processo suspenso, o exequente é obrigado a esperar o julgamento dos embargos. Por último, decorridos vários anos, é compelido a despender mais dinheiro, para os editais de praça ou leilão. Como se vê, este segundo caminho é consideravelmente lento e dispendioso. Obrigar o pequeno credor a segui-lo é colocar o Poder Judiciário a serviço do mau pagador, em patente injustiça. 2. Para obviar a declaração de falência o comerciante solvente e decente deve resgatar seus títulos, no próprio dia do vencimento. Em caso de protesto, honra a obrigação imediatamente, ou informa ao oficial de protesto, os motivos que justificam o não pagamento. Por exigir decência de todos os comerciantes, o Direito Positivo enxerga na inadimplência um sinal inconfundível de insolvência. 3. Em constatando que o comerciante ‘sem relevante razão de direito’ não pagou, no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime ação executiva, cumpre ao juiz declarar a falência.

Embora respeitável, a decisão supra transcrita é, *data venia*, lamentável, na medida em que compara e equipara as duas ações das quais supostamente dispõe o credor em face do inadimplemento do devedor, sem tecer qualquer distinção, mormente em se considerando os diferentes efeitos sociais e econômicos que as duas medidas proporcionam. Acolher tal entendimento (equivocado, diga-se) é o mesmo que afirmar que o credor tem ao seu dispor dois caminhos a percorrer e pode, simplesmente e independentemente de qualquer consequência, optar pelo que mais lhe aprovou. É nesse ponto, principalmente, que o ilustre Relator, eminentíssimo Ministro Gomes de Barros, renovada a *venia*, incorre em crasso equívoco: *a ação de requerimento de decretação da falência, do credor contra o devedor, não tem por escopo o recebimento do seu crédito particular*, mas, sim, a decretação da quebra e abertura do procedimento concursal, conservação do patrimônio necessário aos pagamentos e extinção da atividade social (na atual lei).

Não é demais dizer que, por inúmeras vezes, o credor que postula a decretação da falência é aquele que possui as menores chances de receber seu crédito, visto que a quebra acarreta o vencimento antecipado de todas as dívidas que, até então, encontravam-se administradas, fazendo, com isso, incidir a regra dos privilégios nos pagamentos. Nisto, falece ao credor possibilidade jurídica mediata de invocar o Poder Judiciário, bem como interesse processual de agir. Ora, se o interesse é receber o crédito, deve se valer da ação de execução, cujo requisito básico é a impontualidade, nada mais.

A razão, portanto, parece estar com o Tribunal de Santa Catarina (prolator do acórdão recorrido, em grau de apelação,

“Não lhe é lícito furtar-se à declaração, a pretexto de que o credor está usando o pedido de falência, como substitutivo da ação de execução” (em 7.6.2004, 3ª Turma).

que gerou o Recurso Especial n. 515.285-SC em exame), conforme destaca o Ministro Castro Filho,²⁰ vencido. Segundo o Tribunal catarinense, na hipótese de estar demonstrada, nitidamente, a intenção do credor de se valer da via falimentar para cobrar dívida de módico valor, não pode o Poder Judiciário permitir a decretação da quebra, mormente em face de seus efeitos econômicos e sociais, vez que desvirtuada e inútil a via instrumental escolhida pelo credor.

Com efeito, a lei não pode colocar (e nem colocou) à disposição do credor dois mecanismos distintos para a satisfação do mesmo direito. Contudo, se o fizer, caberá (como de fato cabe) ao intérprete examinar qual procedimento é o correto para se atingir o fim visado. Se a finalidade é a cobrança de dívida, o instrumento correto é a sua execução, como, até então, vinha sendo sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas manifestações mais louváveis foram lavradas pelo Ministro Castro Filho,²¹ voto vencido no acórdão relatado

20. O julgado do Tribunal catarinense citado pelo Ministro Castro Filho em seu voto vencido (REsp 515.285-SC) tem a seguinte ementa: “*Falência. Decreto-lei n. 7.661/1945. Art. 1º. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Protesto regular. Inadmissibilidade, entretanto, de seu uso, com finalidade de cobrança. Carência de ação pela falta de interesse de agir por inadequação do meio processual escolhido (art. 267, VI, CPC). Sentença acertada. Apelo desprovrido.* 1. Em sendo válido e regular o protesto realizado para fins falimentares, a ação falimentar não deve ser extinta sem julgamento do mérito, dado que presentes os pressupostos para a válida constituição e regular desenvolvimento do processo. 2. Estando, todavia, demonstrada, com razoável nitidez, a intenção do credor de – utilizando-se da via falimentar – cobrar dívida de módico valor, deve o Judiciário obstar a satisfação de tal desiderato, sobretudo em se considerando as consequências nefastas advindas da decretação da falência”.

21. “*Falência. Instrumento de coação para cobrança de dívidas. Incompatibilidade. Não havendo real fundamento para o requerimento da falência, que, de procedimento indispensável à liquidação de patrimônio de empresa insolvente, transmuda-se em instrumento de coação para a cobrança de dívidas, a quitação do débito, descaracterizando o estado de insolvência, mormente quando comunicado ao juiz*

pelo Min. Gomes de Barros, e pelo Ministro Ruy Rosado,²² ambos firmados na incompatibilidade do uso do requerimento de falência como instrumento de coação para cobrança de dívidas.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento realizado em 1967, já havia decidido em mesma toada, assentando que “*a falência não é meio regular de cobrança de dívida, ainda que líquida e certa*” (RT 391/215). No entanto, deve-se ressaltar que a orientação predominante no Tribunal paulista, atualmente, é em sentido contrário, puramente legalista, ou seja, no sentido de que basta a impontualidade para que esteja configurada uma previsão legal e, logo, seja possível a decretação da falência (neste sentido: Apelação Cível n. 88.094-4,²³ 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Lineu Carvalho, j. 29.9.1998 e Agravo de Instrumento n. 128.384-4, 1ª Câmara de

o desinteresse do credor único no prosseguimento do processo falimentar, *impõe a extinção do processo. Recurso especial conhecido e provido*” (STJ, 3ª T., REsp n. 399.644-SP, rel. Min. Castro Filho, 17.6.2002).

22. “*Falência. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas.* Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. Recurso conhecido e provido” (3ª T., REsp n. 136.565-RS, rel. Min. Ruy Rosado, 14.6.1999).

23. “*Falência. Pedido liminarmente rejeitado por falta de interesse, necessidade e inadequação. Débito de pequeno valor e quirografário, sujeito ao pagamento anterior dos preferenciais. Inadmissibilidade. Não compete ao Juiz a escolha da ação que deve mover a parte, se os dois feitos se prestam dentro do ordenamento jurídico. Parte que possui título executivo vencido, protestado e não pago. Suficiência para o pedido de quebra que, no fundo também contém uma cobrança, coletiva, ou individual se elidida pelo depósito. Legítimo interesse de agir, necessidade e adequação do pedido. Recurso provido para que se prossiga no feito.*”

Direito Privado, rel. Guimarães e Souza, j. 5.10.1999²⁴.

A melhor noção, entretanto, parece estar resumida nos julgados da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acima referidos e na doutrina de Jorge Lobo (1996: 245),²⁵ segundo a qual não deve a falência ser destinada àqueles que se encontram em simples dificuldades passageiras, já que seu objetivo institucional é pôr a salvo o *par conditio creditorum*.

Com efeito, deixando de lado as discussões acerca da existência de insolvência ou insolabilidade no Direito brasileiro, bem como acerca da configuração ou não da impontualidade como insolvência (ou insolabilidade), é cediço que a falência está (ou pelo menos a sua noção atual está, ante a ingerência e preponderância das questões econômicas sobre a situação jurídica propriamente dita) atrelada à impotência patrimonial em adimplir os com-

24. Disponível em www.tj.sp.gov.br, seção jurisprudência, “ementa”.

25. “Embora a impontualidade, o inadimplemento de obrigação líquida e certa no vencimento seja uma manifestação exterior do estado de insolvência, ou, como diz Carvalho de Mendonça, ‘manifestação típica, direta, sinal ostensivo, qualificado da impossibilidade de pagar e, consequentemente, do estado de falência’, muitas vezes ele apenas expressa a disposição do devedor de discutir a dívida, por entender que não deve pagá-la, pelo menos na forma e nas condições exigidas pelo credor; outras, por negligência ou mau controle do devedor; algumas, por fatos imprevistos, tais como a falência ou a concordata de um devedor do devedor ou a retração do crédito bancário ou dos fornecedores, etc.”

“Em verdade, o instituto da falência, desde priscas eras, tem por objetivo pôr a salvo a ‘*par conditio creditorum*’, quando verificado o estado de insolvência do devedor, a fim de evitar que um credor, mais bem orientado, mais bem informado, mais esperto, mais atirado, mais afioito, possa desfalcar o patrimônio do devedor comum em detrimento da universalidade de credores.”

“Contudo, se não há déficit patrimonial, se a situação é apenas de iliquidez, se a insolvência da dvedora é passageira, transitória, provisória, pois o seu ativo supera, muitas vezes em larga margem, o seu passivo, a lei não deveria permitir o desvirtuamento do instituto da falência, nem a sua transformação em ação de cobrança.”

promissos firmados, não podendo se permitir que a empresa – atividade econômica gerada a partir de capital, trabalho e organização – cuja sorte é independente da do empresário, seja disseminada por uma iliquidez ou pela simples impontualidade, sem que esteja caracterizada a crise econômica. Isto, *de per se*, já é um determinante para se rejeitar o sistema da impontualidade como hipótese de falência. Outro determinante é a utilização da ação falimentar para atingir finalidade diversa, qual seja, o recebimento de crédito.

Consoante será visto adiante, o direito estrangeiro, em sua grande maioria, não mais adota o sistema da impontualidade como requisito de falência e tem o foco prioritário na recuperação – salvação – da empresa em crise econômica e não na sua liquidação. É o que se propõe a tratar douravante.

V – Considerações sobre o direito estrangeiro

A nova concepção sempre mencionada ao longo deste trabalho está muito clara e já presente de forma incontestável na legislação estrangeira. Na soberba maioria, os critérios de caracterização e decretação da quebra não incluem o sistema da impontualidade, limitando-se aos sistemas da cessação de pagamentos e da insolvência propriamente dita, isto é, da impotência patrimonial diante do passivo (ativo insuficiente para solver o ativo), o que decorre do fato de não estarem tais legislações preocupadas em liquidar e extinguir as empresas, mas, pelo contrário, em conservá-las e reergue-las.²⁶ Confira-se, brevemente, as preocupações atuais de alguns países da União Europeia e da América do Norte.

26. É o que se infere do Relatório Geral realizado pela Associação Internacional dos Jovens Advogados, publicado pela Kluwer Law International, em 1998, através da obra *Rescue of Companies – The Role of Shareholders, Creditors and the Administrator*.

Na Austrália, através da *corporations law, section 95A*, considera-se insolvente aquele que não possui condições de pagar todos os seus débitos no tempo e modo convencionados (1998:28).²⁷ Na Bélgica, a insolvência é considerada instabilidade patrimonial e deferida aos entes civis. Por outro lado, a falência é deferida aos comerciantes e se caracteriza pela cessação dos pagamentos (o que refletiria a impossibilidade de gerar fluxo de caixa) e pela perda ou abalo do crédito (1998:60). Inobstante a ausência da impondade como requisito, a lei belga (“Belgium Bankruptcy Act”) tem escopo liquidatário, embora, mais recentemente, tenha sido mitigado pela lei de reorganização (“Belgium Reorganization Act”).²⁸

No Canadá, a insolvência se caracteriza pela impossibilidade de cumprimento das obrigações como devidas e impotência do patrimônio para cobrir as dívidas vencidas (1998:96). A “Bankruptcy and Insolvency Act” canadense não lista, entre os atos de falência (*Acts of Bankruptcy, Part II, item 42*), qualquer espécie de impondade.²⁹

Nos Estados Unidos, os sistemas adotados giram em torno da falta de liquidez (“equity insolvency”) e da insuficiência de patrimônio (“bankruptcy insolvent”) (1998: 453-454). Este país também sofreu, em 2001, uma revisão em sua legislação, visando tornar mais efetiva a recuperação de empresas e, principalmente, adequando o sistema às grandes quebras internacionais (envolvendo empresas de grande porte –

27. Cf. International Insolvency Institute (www.iiglobal.org/topics/pending, acessado em 16.6.2004), a lei australiana está sendo revista, e já existe projeto de lei.

28. Cf. International Insolvency Institute (www.iiglobal.org/topics/country/belgium.html, acessado em 16.6.2004).

29. Source: <http://laws.justice.gc.ca/en/B-3/text.html>, acessado em 16.6.2004, através do site www.iiglobal.org/country/canada, também acessado em 16.6.2004.

multinacionais), o que parece ser uma diretriz atual, visto que países da Europa também passaram (e ainda passam) por esta reforma. Cite-se, entre as técnicas de recuperação, o “*fresh start*”, através do qual várias dívidas são perdoadas, para que se inicie uma nova fase do negócio.

O grande destaque das legislações estrangeiras, entretanto, fica com Espanha e Portugal, que, recentemente, alteraram a legislação falimentar, expurgando o caráter liquidatário e prestigiando a insolvência como causa de decretação de abertura do concurso de credores. Referidos países, no tratamento à matéria, abandonaram, inclusive, a terminologia falência. Veja-se.

Na Espanha, a insolvência está tratada na “*Ley 22/2003*”, de 9 de julho, e, em seu item 1, do “*artículo*” 2, que trata dos pressupostos objetivos da abertura do concurso, dispõe que se dará o concurso se o devedor comum se encontrar em estado de insolvência. Esse estado de insolvência, por sua vez, está descrito, de forma cristalina, no item 2 do mesmo “*artículo*”, e se caracteriza pela impossibilidade de cumprir regularmente seus compromissos (obrigações) exigíveis. O item 4 do mesmo “*artículo*” é o que merece ser festejado, vez que, categoricamente, exige, para o pedido de decretação do concurso por um credor, que se funde em um título pelo qual se tenha sido ajuizada ação executiva, sem que tenham resultados bens bastantes para a satisfação do crédito.³⁰

30. “Se la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o premio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: (...)”. Tradução livre para o vernáculo: “Se o pedido de declaração de concurso de credores for apresentado por um credor, deverá baseá-lo em um título pelo qual se tenha ajuizado ação de execução, sem que dos embargos resultasse a existência de bens livres e bastantes para o pagamento, ou a existência dos seguintes fatos: (...)”. Disponível em http://www.ifecom.cjf.gob.mx/leyes_reglamentos/ley_con_spain.pdf, acessado em 17.6.2004.

Em seguida, ao listar os “*hechos*” (fatos), expõe quatro hipóteses que são, incontestavelmente, hipóteses de insolvência, distante, assim, da ideia ultrapassada de impontualidade.

No Direito português também é notável a evolução do pensamento. O novo Código de Insolvência, Decreto-lei n. 53/2004, publicado em 18 de março do ano corrente, aboliu a terminologia “falência”, por considerar como único pressuposto objetivo do concurso e da recuperação da empresa, a insolvência, como se depreende da Exposição de Motivos do referido Decreto-lei.³¹

O art. 1º do Código de Insolvência português descreve o processo de insolvência como uma execução universal que tem como finalidade a liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a reparação do produto obtido pelos credores, ou a satisfação pela forma prevista em um “plano de insolvência”, que vise a recuperação da empresa. O art. 3º, ao seu turno, define a situação de insolvência, como sendo aquela na qual o devedor “*se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*” (item 01). O item 03 desse artigo, entretanto, excepciona, inserindo hipóteses em que a situação descrita no item 01 não caracterizará a insolvência, desde que o ativo seja maior que o passivo, segundo as regras dispostas nas alíneas “a” a “c”.

31. “A ferramenta da dicotomia recuperação/falência, a par da configuração da situação de insolvência como pressuposto objectivo único do processo, torna também aconselhável a mudança de designação do processo, que é agora a de ‘processo de insolvência’. A insolvência não se confunde com a ‘falência’, tal como actualmente entendida, dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamental consiste, não implica a inviabilidade económica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira postuladas pela segunda” (2004:1.403). Acessado em 17.6.2004, disponível em http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/4673443D-F0E6-4C39-9872-75070F14E518/0/Cod_Insolvencia_Recup_Empresas.pdf.

Por fim, no art. 20, item 01,³² ao tratar dos demais legitimados para o pedido de declaração da insolvência (cuja legitimidade ordinária é do próprio devedor), deixa claro que só é possível ao credor requerer a declaração do concurso e o reconhecimento da insolvência, quando houver falta de cumprimento de uma ou mais obrigações (o que, em tese e a princípio, configuraria a impontualidade), desde que o montante seja relevante e, com isso, conduza à conclusão de que o devedor não conseguirá honrar mais os seus compromissos. Referida ideia não coaduna com a de impontualidade ainda existente na lei brasileira, aproximando-se, inegavelmente, da noção de crise, insolvência.

Sem qualquer dúvida, é de se afirmar que o Código português abandonou a concepção histórica de impontualidade, ao condicionar a declaração da insolvência à verificação do montante da dívida, de sua importância, de seu impacto na reputação e na idoneidade do devedor e, até mesmo, na análise da potencialidade do patrimônio em face do cumprimento das demais obrigações. Essa ideia (que exige análise subjetiva da situação do devedor, o que, por si só, não se amolda ao sistema puro da impontualidade) parece, como já antecipado, mais adequada à necessidade de se conservar ao máximo as empresas economicamente viáveis (e a ideia de viabilidade é intrínseca à alínea “b” do art. 20 supra transcrita), bem como a de se evitar a liquidação

32. “1. A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando algum dos seguintes factos: a) suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas; b) falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade de suas obrigações; c) fuga do titular da empresa (...).”

dação por simples dívida (o que evita, também, o desvirtuamento do instituto).

VI – A proposta nacional: Projeto de Lei n. 071/2003 do Senado Federal

Como alhures demonstrado, a doutrina contemporânea do direito falimentar caminha no sentido de expurgar a possibilidade de decretação de falência e, principalmente, de liquidação da empresa (e finalização das atividades), com base em critério puramente objetivo e isolado, tais como a impontualidade e a cessação de pagamentos. Esse sentimento encontra-se bem delineado no escólio de Nelson Abrão (1997: 72-73), multicitado, que, ao tratar do tema, afirmou, peremptoriamente, que é inconsistente o preceito que autoriza o ajuizamento do pedido de falência com base em simples impontualidade.³³

E de forma destemida, o mesmo jurista (Abrão, 1985:177)³⁴ propõe o abandono do requisito da impontualidade do sistema de falência brasileiro, gizando que somente se deve considerar, como causa de pro-

33. “(...) o sistema legal brasileiro é bastante rigoroso ao autorizar o requerimento da falência com base na falta de um só pagamento no vencimento, uma vez que é decisiva a orientação das legislações no sentido de determinarem a abertura da falência à ocorrência da insolvência, ou seja, incapacidade definitiva de pagar, o que é referendado pela doutrina. Assinala Ferrara que os *inadimplementos não são considerados em si e por si*, mas somente enquanto valham para manifestar que o devedor não está mais em condições de satisfazer regularmente suas próprias obrigações. Já, quanto a insolvência, pode observar-se que, se a palavra insolvente, segundo o significado etimológico, quer dizer que não paga, na linguagem vulgar e, apesar de tudo, na linguagem jurídica, assume uma acepção mais restrita, indicando quem não paga, porque não pode pagar ou, diretamente, quem não pode pagar. *Afigura-se-nos inconsistente o preceito que autoriza ajuizamento do pedido de falência à ocorrência de uma simples impontualidade.*”

34. “(...) Sustentamos, em suma: (...) II – de se considerar a insolvência como causa dos procedimentos concursais (estado), e não o mero *inadimplemento ou impontualidade* (fato);”

cedimento concursal, a insolvência e não o mero inadimplemento.

Ripert, D'Avack e Provincialli, citados por Walter T. Álvares (1982:62-63), em igual desiderato, já afirmavam que considerar a impontualidade e a cessação do pagamento como pressupostos da falência era um verdadeiro “absurdo jurídico”.³⁵

E essa ideia também já estava presente nas antigas lições de Waldemar Ferreira (1927:35)³⁶ que, ao citar a legislação italiana e o entendimento de seus tribunais, pronunciou-se no sentido de que não basta um certo fato para a decretação da falência, de modo que a falta de pagamento de obrigação mercantil nem sempre denunciará o estado de impotência do comerciante. Imprescindível seria que houvesse prova de que a cessação do pagamento tivesse produzido um desequilíbrio no devedor, capaz

35. “Enquanto Ripert assim radicaliza o assunto em torno da cessação de pagamentos, que corresponderá à impontualidade, encontramos D'Avack rotulando como absurda a decretação de falência com fundamento somente neste caso. Diz ele: *Considerar a falta de pagamento como pressuposto de falência não só é contrário aos princípios gerais deste instituto, mas é 'sopratutto giuridicamente absurdo'*, e entende que o pressuposto substancial é a insolvência. Provincialli denuncia como incompleto e impreciso o conceito de cessação de pagamento, abandonando pela legislação italiana.”

36. “Nos paizes em que a cessação de pagamentos determina o estado de fallencia, a jurisprudência é incerta no conceitual-o. *Não basta um facto certo*. A falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa nem sempre o denuncia. *Para declarar-se a fallencia*, e assim o decidiu um tribunal italiano, não é suficiente demonstrar a qualidade de comerciante do devedor e tratar-se de obrigação mercantil. *Necessária é a prova de que a cessação do pagamento de obrigação desta natureza produziu o desequilíbrio econômico do devedor, de forma a abalar-lhe o credito e a produzir alarme na massa dos credores. Porque a falta de um único pagamento não é a prova da cessação de pagamentos, exigida pela lei, para a declaração da fallencia. A pouca importância do debito, a falta de protesto de outras cambiais, sem o concurso de outros credores e de outros devedores, aliadas à certeza de que, prosseguindo a execução, o credor receberia o pagamento da dívida, são argumentos de que o caso seria de não decretação da fallencia.*”

de abalar-lhe o crédito e causar alarme aos credores.

Embora a legislação estrangeira tenha realmente seguido essa orientação, principalmente, à vista dos princípios vindouros da preservação da empresa e da dissociação da sorte entre a empresa e o empresário,³⁷ o projeto de lei (de 1993) de reforma da legislação falimentar no Brasil foi tímido no que toca aos requisitos de decretação da falência, conservando o critério da impontualidade, a princípio, sem qualquer restrição,³⁸ e, em uma segunda fase, inserindo o *quantum mínimo* como condição de requerimento da quebra com base na inadimplência (impontualidade).

Verificando mais detidamente o Projeto de Lei n. 4.376-A/1993, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, após parecer da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, e, logicamente, o substitutivo adotado pela referida Comissão, nota-se que, neste momento, a lei futura almejaria regular a

37. “Com efeito, o Direito Concursal possui a premissa de preservar a empresa ainda viável economicamente e liquidar as consideráveis inviáveis. A dissociação entre a sorte da empresa para a do empresário é requisito fundamental da legislação concursal. Esta dissociação viabiliza que dentro do plano de reorganização econômica da empresa o empresário seja afastado de suas funções administrativas sem, contudo, cessar a atividade funcional da mesma. Portanto, esta característica diferencia-se da atual sistemática brasileira, na qual a empresa considera-se extinta com a declaração da falência, não podendo permanecer em atividade” (Simionato, 1997:17).

38. O Projeto de Lei n. 4.376/1993 original, elaborado pelo Poder Executivo e encaminhado através da Mensagem n. 1.014/1993 do Min. Maurício Corrêa, não contém nenhuma restrição de valor mínimo para legitimar o requerimento da falência com base na impontualidade. O art. 49 do projeto repetiu a regra da impontualidade da lei atual, sem restrições (a redação original é encontrada no site da Câmara dos Deputados – www.camara.com.br – e foi publicada no *Diário Oficial*, seção I do “Diário do Congresso Nacional”, de 22.2.1994). Também se encontra reproduzido (o texto original) no *Diário Oficial* de 24.1.1997 (“Diário da Câmara dos Deputados”, pp. 2.516-2.529).

“recuperação judicial e a liquidação das empresas e pessoas físicas que exercem atividade econômica”, abolindo a terminologia *falência* e adotando a teoria da crise econômica como pressuposto da abertura de concurso (liquidação).³⁹ O princípio da preservação estava nitidamente consolidado no art. 52.⁴⁰

Entretanto, ao definir a caracterização da situação de crise econômico-financeira suficiente à decretação da liquidação judicial, no então art. 74, em inaceitável contradição, conservou o critério da impontualidade como configurador desse estado de crise econômica, prevendo que seria considerado em crise econômico-financeira “*o devedor que, sem relevante razão de direito*” não honrasse, no vencimento, a obrigação líquida (Bulgarelli, 1998:215).

Com efeito, embora a lei se propusesse a liquidar, apenas, as empresas economicamente inviáveis, trazia em seu bojo a possibilidade de se extinguir a atividade de um devedor que deixasse de pagar uma única obrigação líquida em seu vencimento, considerando esse fato como crise econômica e financeira. Entretanto, por tudo já visto neste breve ensaio, não é necessário argumentar, bastando reafirmar, que *a simples impontualidade não configura, em hipótese alguma, mormente em caráter puramente objetivo, a crise econômico-financeira inerente à decretação da falência* (no caso, liquidação).

Impende, neste ínterim, fazer uma ressalva à Emenda de Plenário n. 74, publicada no *Diário Oficial* (Diário da Câmara dos Deputados) de 5 de novembro de 1997,

39. A redação final desse substitutivo apresentado e aprovado foi publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 111/203-231, por Waldírio Bulgarelli.

40. “A recuperação judicial é um instrumento destinado a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora da empresa, do emprego dos seus trabalhadores, e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização de sua função social” (Bulgarelli, 1998:210).

da lavra do Deputado Luiz Máximo, cuja destemida proposição visava alterar a redação dos arts. 74 e 75 do Substitutivo,⁴¹ excluindo o critério da inadimplência das hipóteses de falência, assemelhando-se às disposições da atual lei espanhola, acima verificada.

Com efeito, com a dita proposição, o Deputado Luiz Máximo pretendia expurgar do sistema de falência brasileiro o critério da impontualidade como ensejador da quebra, a partir da alteração do art. 74 do Substitutivo ao Projeto adotado pela Comissão que considerava em estado de crise econômica aquele que deixasse de realizar um pagamento no vencimento da obrigação líquida. De sua veemente justificação, infere-se que o instituto falimentar transformou em mera e corriqueira via de cobrança de dívida, fato responsável pelo comprometimento da credibilidade, coercibilidade e eficácia da falência. Destaca, ainda, que lide falimentar se diferencia da executiva, principalmente, pela finalidade caracterizada pelo interesse público. Na primeira, pretende-se buscar a garantia de igualdade no recebimento dos créditos, levantar as fraudes e crimes, punir, resarcir os danos; na segunda, apenas se defende interesse individual.⁴²

41. “Dê-se aos arts. 74 e 75 do Substitutivo a seguinte redação: ‘Art. 74. Considera-se falido o devedor que, executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal’. ‘Art. 75. Ocorrendo a hipótese do art. 74, poderá o credor exequente requerer a conversão do pedido de execução em pedido de falência, com a remessa dos autos, se o caso, ao Juízo competente’.”

42. “A caracterização do estado de falência do empresário mercantil pela simples impontualidade no pagamento de um único débito, fez do instituto da quebra apenas mais uma via de cobrança de dívida. E a utilização do pedido de quebra tornou-se tão corriqueiro que comprometeu sensivelmente a credibilidade, a coercibilidade e, consequentemente, a eficácia da falência. Sabe-se a falência distingue-se da execução singular exatamente pela finalidade caracterizada pelo interesse público. Enquanto a execução se destina a atender o interesse individual do credor, a falência busca a garantia da igualdade de tratamento entre os credores admitidos no con-

No entanto, a emenda não foi acolhida e, tendo andamento legislativo o projeto de lei,⁴³ foi submetido novamente ao plenário da Câmara dos Deputados, quando, em 2003, recebeu uma subemenda global, cujo relator foi o deputado Osvaldo Biolchi. Nesta subemenda, foi conservada a regra paliativa e tímida no então art. 90, condicionando o requerimento e a decretação da falência (termo que voltou a ser adotado), nos casos de não pagamento de dívida líquida e certa (vocabulo que voltou ao texto legal), ao valor do crédito não

curso por ela instaurado, restringindo o exercício da atividade mercantil pelo comerciante inidôneo, punindo o empresário pelas fraudes praticadas e, com a gravidade de suas consequências, visa dar maior segurança às relações creditícias, enquanto de interesse comum do povo. (...) Os arts. 74 e 75 do projeto, devem ser alterados para admitir a falência no caso da chamada execução frustrada, isto é, quando o empresário devedor, executado, deixar de depositar o valor reclamado, pagar a dívida, ou oferecer suficientes bens à penhora no prazo legal. (...) Já o preceito do art. 75 do projeto, só se justificava ao tempo da edição da Lei vigente, em que a duplicata ainda não estava bem difundida, além do que, com a chamada ação monitoria, já teria o credor a possibilidade de constituir facilmente título de crédito bastante para o requerimento de falência. Perde importância, ainda, o referido preceito com a abolição do critério da impontualidade como caracterizador da insolvência” (sic) (pp. 35.229-35.230).

43. A redação final do Projeto n. 4.376-A/93, publicada em 3.12.1999 no *Diário Oficial* (Suplemento – Câmara dos Deputados, p. 558), já alterava o valor mínimo, que fomentasse o pedido de quebra com base na impontualidade, para 10.000 UFRs e passava exigir dois protestos apenas para a legitimidade do requerimento de decretação da liquidação judicial (art. 81). Antes, porém, foi inserido no texto legal do Projeto, o valor de (40) quarenta salários-mínimos (conforme proposta do Relator Dep. Osvaldo Biolchi, in “Diário da Câmara dos Deputados – Diário Oficial de 24.1.1997, p. 2.598”), no art. 77, § 1º (além de exigir a apresentação de certidões de três protestos lavrados nos trinta dias anteriores ao pedido de falência, sendo certo os credores deveriam ser diversos) e, depois, no Substitutivo aprovado pela Comissão, que se encontra publicado no mesmo “Diário da Câmara dos Deputados” de 24.1.1997 (e também na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 111/203-231, por Waldirio Bulgarelli), quando, então, foi fixado o valor mínimo de 5.000 UFRs, mantidas as regras relativas aos protestos exigidos pela redação anterior.

pago na data de vencimento, sendo que nesta proposição, era de 42 (quarenta e dois) salários-mínimos.⁴⁴ Assim, para se ter por configurada a presunção de insolvência necessária à decretação da falência, a impontualidade deveria ser resultante de título “que ultrapasse a soma correspondente a 42 (quarenta e dois) salários-mínimos”.⁴⁵

A crise econômica, entretanto, permaneceu como critério para a recuperação judicial, conforme art. 46 dessa proposição de 2003. Ao contrário das normas anteriores, foi, finalmente, suprimida a exigência de apresentação de três certidões de protestos atinentes a credores diversos, bem como o prazo mínimo de trinta dias entre o requerimento da falência e a lavratura desses protestos. Tais regras, sem dúvida alguma, descharacterizavam o critério da impontualidade, reforçando a ideia de que não serve como hipótese de falência.

O projeto aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados (PL n. 4.376-B/93, “subemenda global” adaptada à Lei n. 10.406/2002), seguiu ao Senado conservando, em seu art. 90, o valor mínimo para configuração da impontualidade (definido em 42 – quarenta e dois – salários-mínimos). No Senado Federal, foi aprovado o substitutivo PLC n. 071/2003,⁴⁶ cujo Rela-

44. No Projeto de Lei n. 4.376-A/1993, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, consoante já anotado acima, a importância mínima era de 5.000 UFIRs, conforme § 1º do art. 77 (Bulgarelli, 1998:216). No entanto, também havia exigência de comprovação da existência de três protestos feitos por credores distintos, verificados no prazo de trinta dias anteriores ao pedido. *Essas previsões, de per se, já demonstram a incompatibilidade do sistema da impontualidade como critério puro e objetivo de decretação da falência.*

45. O projeto encontra-se disponível no site www.camara.gov.br, item “proposições” e foi consultado em 19.6.2004 (o link específico é o seguinte: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?Id=125587).

46. Disponível no site do Senado Federal, www.senado.gov.br, seção “processo legislativo”. Acessado em 19.6.2004. Endereço específico consultado: <http://legis.senado.gov.br/pls/prodasesn/>

tor foi o Senador Ramez Tebet, sendo mantida a regra do *quantum* mínimo (reduzido para 40 – quarenta – salários-mínimos), como requisito de configuração da impontualidade e da decretação da falência.⁴⁷

VII – Conclusão

Certo é que nem todas as ideias apresentadas no decorrer deste breve estudo são inéditas, pelo contrário, muitas são conhecidas. De qualquer forma, o intuito de analisar a possibilidade de se manter na legislação brasileira falimentar, cuja reforma se encontra em voga e vem recebendo, diariamente, destaque no cenário nacional, o critério da impontualidade como real e objetiva causa de decretação da falência mostrou-se sobremaneira relevante ao passo que foi possível perceber a fragilidade de tal critério diante da necessidade de se preservar a empresa, a fonte produtiva geradora de tributos, trabalhos e fomentadora da economia como um todo. Ou seja, a juridicidade da impontualidade perdeu, não só no Brasil, força diante da economicidade da teoria da preservação da empresa.

Ressalve-se a posição contrária de parcela da doutrina e dos pretórios que não pensa da mesma forma à acima alinhavada. Dentre estas, destaca-se a posição ferrenha do egrégio Tribunal de Justiça paulista que, por diversas vezes, salientou tratar-se o requerimento de falência com base na impontualidade de procedimento previsto em lei, não cabendo ao Magistrado dizer se trata ou não de tentativa de cobrança por meio de ação falimentar. Em semelhante diapasão, citou-se a posição recente do Ministro

PRODASEN.LAYOUT_MATE_DETALHE.SHOW_MATERIA?P_COD_MAT=63304.

47. O texto, embora ainda não publicada a redação final, parece ter sido conservado pelo Plenário do Senado Federal, conforme se pode concluir da análise da Ata da Sessão Plenária de 6.7.2004, 97ª Seção Deliberativa do Senado Federal (disponível no site do Senado Federal, www.senado.gov.br, em 21.7.2004, link específico: <http://www2.senado.gov.br/sf/atividade/plenario/default.asp#>, seção “atas”).

Humberto Gomes, ao relatar o Recurso Especial n. 515.285-SC, e consignar que a impontualidade é pura e independe do estado de solvência do devedor.

No entanto, não pode prevalecer esse posicionamento, pois não se pode mais permitir a finalidade liquidatária e solutória da lei falimentar, tampouco o desvirtuamento do instituto para forma sumária de cobrança, já que a finalidade deve ser a justa partição do patrimônio, proteção ao devedor e aos credores, e não via estreita de recebimento do crédito. O ordenamento jurídico não pode criar dois mecanismos para o mesmo fim, para a mesma prestação jurisdicional. Cabe, assim, ao operador do direito dizer qual o fim da falência e qual o fim de uma ação executiva. E para essa análise, é relevante lembrar o escorço histórico traçado no início deste estudo: a ação executiva não se prestava para a cobrança de dívidas líquidas e certas, até 1939. Assim, a lei de falências, desde 1890, vem suprindo uma falha do sistema processual, ou seja, possibilitando uma via estreita e eficaz de recebimento de crédito decorrente da impontualidade (anote-se que o inadimplemento é a condição mínima para manejo da ação executiva), já que o procedimento especial de “*assignação de dez dias*” não era eficaz como a ação de execução por título extrajudicial existente na legislação atual.

De mais a mais, como mencionado por Bessone (1995:33), o art. 26 da Lei de Falências atual, interpretado em conjunto com os arts. 129 e 131, já é suficiente para descharacterizar a impontualidade como hipótese de insolvência e, logo, propriamente, de falência. Todavia, não cumpre a este trabalho aprofundar na questão da caracterização ou não da impontualidade como insolvência (ou insolvabilidade), bastando o exame de ser ou não um possível critério de falência nos tempos modernos, de empresas modernas e de economia moderna.

Fato é que mesmo tencionando reformar a legislação de 1945 e torná-la ade-

quada às exigências contemporâneas, a nova propositura legislativa recentemente aprovada (PL n. 071/2003) pelo Senado Federal (o processo legislativo ainda demanda retorno do expediente à Câmara dos Deputados) não atende a essa expectativa específica da conservação máxima da empresa viável e do fim da indústria das falências e, por isso, parece não estar efetivamente conectada à noção de crise econômico-financeira da empresa e manutenção da empresa. A solução encontrada (imposição de *quantum* – quarenta salários-mínimos – para o requerimento da falência), tímida, cria hipótese intermediária diante do proposto pelas legislações estrangeiras e pela doutrina abalizada do Doutor Nelson Abrão (atuante no processo legislativo, diga-se).⁴⁸ Resta aguardar o desenrolar da tramitação legislativa.

A orientação mais consentânea com a realidade atual parece, sem maiores controvérsias, ser aquela dada pela legislação espanhola. A lei portuguesa também merece comemoração. Os ideais de conservação da empresa e de impotênciam patrimonial estão bem estampados nas duas normas. A legislação brasileira, embora já exista plena consciência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema no país, quecou-se silente e, omissa, permitiu a conser-

48. Nelson Abrão que, de forma incontundente, pugnou pela abolição da impontualidade como hipótese de decretação de falência, consoante alhures mencionado e no presente trabalho. Em igual toada, foi a tentativa do Deputado Said Ferreira, através do Projeto de Lei n. 2.429, de 1991, cuja ementa era a seguinte: “*Acrescenta o inciso IX ao art. 4º e modifica o § 3º do art. 11, da Lei de Falências e Concordatas, adotando, assim, o sistema da insuficiência patrimonial e transformando a impontualidade em processo de execução*”. Referida propositura encontra-se mencionada no item 03 “*Alternativas existentes às medidas ou atos propostos*”, anexo à Exposição de Motivos do Ministério da Justiça que encaminhou, através da Mensagem n. 343 e 1.014 de 1993, o Projeto de Lei original de reforma da legislação falimentar (disponível no *Diário Oficial*, Diário da Câmara dos Deputados de 24.1.1997, p. 2.531, que pode ser consultado no site www.camara.gov.br).

vação do critério da impontualidade como hipótese de decretação de falência. *Concessa venia*, o indigitado critério parece não coadunar com a noção de crise econômica, de recuperação, de insolvência e de preservação e continuidade da empresa (dissociada da figura do empresário) e, por que não, inconcebível na era da análise econômica do direito, na qual as drásticas consequências da falência não podem suceder e serem preteridas pelo objetivismo e tecnicismo da impontualidade.

VIII – Referências bibliográficas

- ABRÃO, Nelson (1997). *Curso de Direito Falimentar*. 5^a ed. São Paulo, Leud.
- _____. (1985). *O Novo Direito Falimentar*. São Paulo, Ed. RT,
- ÁLVARES, Walter T. (1982). *Curso de Direito Falimentar*. 8^a ed. São Paulo, Sugestões Literárias.
- ASCARELLI, Tullio (1962). *Corso de Diritto Commerciale*. Milão.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos, et al. (1996). *Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2^a ed. São Paulo, LTr.
- BERTOLDI, Marcelo M., e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira (2003). *Curso Avançado de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo, Ed. RT.
- BESSONE, Darcy (1995). *Instituições de Direito Falimentar*. São Paulo, Saraiva.
- BEVILÁQUA, Clóvis (1976). *Teoria Geral do Direito Civil*. 2^a ed. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves.
- BRASIL (1940). Ante-Projeto de Lei de Falências. Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional.
- _____. (1994). Projeto de Lei n. 4.376. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. *Diário Oficial*. Brasília, 22.2.1994, p. 1.974.
- _____. (1850). *Código Commercial. Organização dos textos, notas remissivas e índices* por VEIGA. In *Amigos dos Commercialtes*. São Paulo.
- _____. (1896). Decreto n. 917, de 24.10.1890. Reforma o Código Commercial na parte III. In VELLOSO, Eduardo G. Ferreira. *Consultor Theorico e Prático das Falências e Liquidações dos Registros de Firms e Contractos*. Bahia.
- _____. (1896). Regulamento n. 737, de 1850. In COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brazil*. 6^a ed. Rio de Janeiro, pp. 247-353.
- BULGARELLI, Waldirio (1998). "Ainda a Reforma de Lei Falimentar". In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 111/203-231. São Paulo, Malheiros Editores, ano XXXVI, jul.-set.
- CARDOSO, Maurício Gracch (org.) (1916). *Código Commercial Brasileiro Anotado. Sociedades Anonymas*. 1^a ed. Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia. Editores.
- CLARKSON, Kenneth W., MILLER, Roger Leroy, e JENTZ, Gaylord A. (1983). *West's Business Law*. 2^a ed. St. Paul, West Publishing Company, pp. 568-603.
- COELHO, Fábio Ulhoa (1999). *Manual de Direito Comercial*. 10^a ed. São Paulo, Saraiva.
- ESPAÑHA (2003). Ley n. 22, de 9.7.2003. Disponível em http://www.ifecom.cjf.gob.mx/leyes_reglamentos/leycon_spain.pdf. Acessado em 17.6.2004.
- FERREIRA, Waldemar Martins (1927). *Curso de Direito Commercial: da Fallencia e da Concordata Preventiva*. vol. II. São Paulo, Salles Oliveira, Rocha & Cia.
- LACERDA, J. C. Sampaio de (1959). *Manual de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos.
- _____. (1996). *Manual de Direito Falimentar*. 13^a ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos.
- LOBO, Jorge Joaquim (1996). *Direito Concursal: Direito Concursal Contemporâneo, Acordo Pré-Concursal, Concordata Pre-*

- ventiva, Concordata Suspensiva, Estudos de Direito Concursal.* Rio de Janeiro, Forense.
- MAXIMILIANO, Carlos (1988). *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 10^a ed. Rio de Janeiro, Forense.
- MENDONÇA, J. C. Carvalho de (1899). *Das Fallencias e dos Meios Preventivos de sua Declaração.* São Paulo, Typographia Brazil de Carlos Gerke & Cia.
- PACHECO, José da Silva (1995). *Processo de Falência e Concordata.* 6^a ed. Rio de Janeiro, Forense.
- PORUTAL (2004). Decreto-lei n. 53, de 18.3.2004. Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em www.portugal.gov.pt. Acessado em 17.6.2004 (link específico: http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/4673443D-F0E6-4C39-9872-75070F14E518/0/Cod_Insolvencia_Recup_Empresas.pdf).
- RAITANI, Francisco (1948). *Falência e Concordata.* São Paulo, Saraiva.
- REQUIÃO, Rubens (1991). *Curso de Direito Alimentar.* vol. I, 14^a ed. São Paulo, Saraiva.
- SCHMITZ, Winfried F., WACHTER, Joren de, e JAATINEN, Pekka (1998). *Rescue*
- of Companies. The Role of Shareholders, Creditors and the Administrator.* Londres, International Association of Young Lawyers (Kluwer Law International).
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte (1997). "A Reforma da Lei de Falências frente à reorganização econômica da empresa". In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 108/16-62. São Paulo, Malheiros Editores, ano XXXVI, out.-dez.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto (1998). *Curso de Direito Processual Civil.* vol. II, 21^a ed. Rio de Janeiro.
- _____. (1997). *A Insolvência Civil: Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente.* 4^a ed. Rio de Janeiro, Forense.
- _____. (1986). *Processo de Execução.* 11^a ed. São Paulo, Leud.
- VALVERDE, Trajano de Miranda (1948). *Comentários à Lei de Falências.* vol. I. Rio de Janeiro, Forense.
- Sites (internet) consultados
www.senado.gov.br
www.camara.gov.br
www.iitglobal.org
www.portugal.gov.pt

1. Introdução

Talvez o mais flexível mecanismo para planejamento sucessório e gestão profissional de recursos de herdeiros de todos os tempos seja o *trust*. De acordo com Austin W. Seitz, "os próprios para os quais os *trusts* podem ser criados são tão ilimitados quanto a imaginação dos advogados" (tradução nossa).¹

¹ Trabalho sobre esse no Discípulo "Conflitos em Direito Comunitário: II (Contratos em Espaço)" (professor Mário Malheiros Verçosa e Mário Lício de Almeida Salles, Faculdade de Direito da USP, 2006).

² Austin W. Seitz e William F. Fletcher, *An Introduction to the Law of Trusts*, 4^a ed., 1993, apud

Embora a versatilidade e inigualável utilidade dos *trusts* sejam características reconhecidas mundialmente, tanto por países de tradição romano-germânica como anglo-saxão, por ser instituto criado e desenvolvido sob os conceitos de *common law*, mais precisamente de uma de suas jurisdições originárias, a *equity*, somente recentemente este vem sendo admitido e delineado nos sistemas de *civil law*, sendo, entretanto, ainda controversas as questões relativas à natureza e aplicação do instituto e suas variações em tais jurisdições.³

³ Gary Howard, "Trust funds in Civil Law Systems: a comparison across the University of Miami's International Law Institute", Miami, 2002.