

A FALÊNCIA COMO PROCESSO (*)

Cláudio Vianna de Lima

“O instituto da falência não pertence às leis substantivas, porque não se propõe a determinar quais são os direitos; pertence, melhor, às leis processuais, posto que o seu objetivo essencial é fazer reconhecer direitos já existentes na abertura da falência, para satisfazê-los proporcionalmente” (Cesare Vivante, apêndice ao vol. I do Tratado de Direito Mercantil, n.º 2).

I — Introdução

Cumpram-me expressar, de começo, os meus agradecimentos pelo honroso convite para esta palestra de abertura deste Curso.

Sinto-me, confesso, engrandecido, sobremodo, por esta homenagem dos nobres membros do Ministério Público. Imodestamente, me considero em nossa Casa. A nobre classe, tão bem representada por esta prestigiosa Associação, como a dos nobres Advogados e a dos Magistrados, a que me honro de pertencer, integram a mesma família forense.

2. O tema, que me cabe versar — *“A falência como processo”* — vinculado à própria natureza jurídica do Direito das Quebras,

“é um problema que tem suscitado o maior interesse entre os comercialistas e os processualistas, antigos e modernos”,

como observou Carlo D’Avack, em notável monografia intitulada *La natura giuridica del fallimento* (Cedam, Pádua, 1939, pág. VIII).

Impõe-se, no desenvolvimento da exposição, que se cuidem dos seguintes títulos:

- I — Introdução (o que ora se faz)
- II — Importância do tema
- III — A falência como conflito de interesses
- IV — As soluções dos conflitos de interesses
- V — O processo falimentar
- VI — As correntes de entendimento
- VII — Processo de execução coletiva

(*) Palestra de abertura do “Curso de Noções de Falências e Concordatas, para Procuradores e Promotores de Justiça, promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a 14-09-1987.

VIII — *Reação dos comercialistas*

IX — *Em resposta*

X — *Um dado novo*

XI — *Conclusões*

II — *Importância do tema*

3. Não é apenas teórica a relevância de se definir a natureza jurídica da falência. Maior é a importância prática.

A incerteza sobre tal definição priva a Ciência Jurídica e a sua aplicação diuturna de um *Princípio Enformador* único, que sirva de diretriz para a correta interpretação das normas da falência. Tanto maior se revela necessária a formulação deste princípio, quanto é certo que a falência é um instituto em que a lei visa à conciliação, à tutela e à fusão de exigências de caráter econômico, público e gerais, com exigências de ordem privada, que aparentam, à primeira vista, absolutamente opostas entre si (*Carlo D'Avack, ob. cit., loc. cit.*).

4. As regras de interpretação do Direito Processual, dada a sua finalidade estritamente instrumental, divergem das normas de interpretação do Direito Comum. Os conflitos de leis processuais, no tempo e no espaço, ante a referida índole do Direito Processual, são equacionados por normas muito mais simples e práticas, mais objetivas. Diferem das normas de igual finalidade do Direito Substantivo.

Definidas as normas falimentares como processuais, buscam subsídios, em suas eventuais omissões, nas leis do Processo. O que não ocorreria se a sua natureza fosse de Direito Material.

O saudoso autor do projeto da atual lei de falências, o douto *Trajano de Miranda Valverde*, bem observou:

"IX. Geralmente as leis de falências não traçam uma perfeita separação entre a parte material e a parte formal do instituto. As regras de fundo andam disseminadas no corpo da legislação. Procuram seguir aquele método as leis alemã e austríaca, sem que tivessem, entretanto, conseguido, de modo absoluto, a separação.

A distinção é importante, pois, v.g., perante o direito transitório, as disposições da nova lei, de conteúdo puramente processual, aplicam-se às relações jurídicas derivantes da falência sob a lei anterior, enquanto os efeitos da falência decretada antes da nova lei se regulam na conformidade do direito anterior" (*Comentários à lei de falências, Forense, 1948, vol. I, Introdução, n.º IX*).

5. É de se insistir, portanto, em que não é mera questão doutrinária, mas de acentuada importância prática, a perfeita definição da natureza jurídica da norma falimentar.

III — A falência como conflito de interesses

6. Recorde-se que os *conflitos de interesses* — concurso de duas ou mais vontades sobre o mesmo *bem da vida* — são inerentes à imperfeição da própria natureza humana.

A falência — modo de ser (ou estado) do devedor comerciante, presumida ou confessadamente insolvente, assim declarado pelo órgão próprio do Estado — traduz, antes do mais, a concorrência de duas ou mais vontades sobre o mesmo *bem*, no caso o patrimônio do devedor.

Há princípio jurídico, a dispensar uma formulação em Direito Positivo, como todo princípio de Direito, que comanda:

*“Os bens do devedor são a garantia comum dos credores.”
É expresso — desnecessariamente, cumpre repetir-se, o princípio aludido no Código Civil italiano: “Art. 2.740 —
Il debitore risponde dell’adempimento delli obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.”*

O Código de Processo Civil atual, inovando, consagra o preceito:

“Art. 591 — O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

O Código Civil brasileiro não enuncia a regra. Apenas, indiretamente, se pode ter como referido o princípio no seu

“Art. 1.556 — Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito aos bens do devedor.”

7. O douto Alcides de Mendonça Lima, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, ora na 4.^a edição, Forense, 1985, págs. 429 e seguintes, bem crítica a inclusão do artigo 591 no Código Processual:

“A sua sede própria é um diploma de direito material, como o Código Civil.”

Esclarece:

“não tem caráter instrumental, que é o inerente aos ordenamentos processuais, mas, sim, estabelece direitos em favor do credor e, conseqüentemente, obrigação imposta ao devedor. É tipicamente primária e não secundária. A

idéia, porém, do legislador é outra que não a constante do texto. Estabeleceu a “**responsabilidade processual**” que, na lição de **Amilcar de Castro**, ‘surge entre o devedor e o juiz, tendo por objeto bens indeterminados presentes e futuros’. Por via, então, desta “**responsabilidade**” é que será satisfeita a obrigação ou o débito, que se estabelece entre o credor e o devedor, tendo por objeto um bem determinado, ainda na lição do grande mestre mineiro. Somente assim interpretado, o dispositivo pode estar incluído neste Código” (ob. cit., loc. cit.).

8. Na verdade, cabe distinguir entre a obrigação, do Direito Material, e a responsabilidade, do Direito Processual.

É, ainda, a preleção do douto *Mendonça Lima*:

“A obrigação assumida, porém, não gera, diretamente, um direito para o credor sobre o total dos bens do devedor, porquanto esse apenas se comprometeu a uma prestação (pagar; entregar; fazer ou não fazer), que é o objetivo do credor. Isso decorre do contrato entre as partes (forma normal de constituir-se uma obrigação) ou da lei, referentemente a certos atos em que não há manifestação dos interessados (atos ilícitos). Os bens são meros sucedâneos da prestação que não foi cumprida, quando houver necessidade de ser exigido o cumprimento em juízo. Somente quando o devedor falha no adimplemento da obrigação assumida é que surge para o credor o direito de exigir a efetivação da responsabilidade, pelos meios que a lei processual lhe assegura” (ob. cit., pág. 431, n.º 1.027).

9. Raciocinando em termos do instituto de falência, é de se ver que, no campo do Direito Material, está posto o princípio jurídico de que “quem deve é obrigado a pagar”. Decorrência natural da obrigação assumida, se o devedor não paga, fere o direito do credor ao pagamento. A norma de Direito Material, que estabelece este direito ao pagamento, foi violada. Há um claro conflito de interesses: o credor quer a prestação; o devedor pretende retê-la. Como não é dado a ninguém, em princípio, fazer justiça por mão própria (é crime, art. 345 do C. Penal), o credor deve buscar a satisfação do seu direito, e o restabelecimento da norma violada, através do órgão próprio, do Estado. A ordem jurídica estabelecida prevê leis próprias para a atuação do Estado, pelo organismo competente, em substituição dos interessados em conflito, para solucionar o choque de vontades de um e outro. São as leis processuais.

10. Na falência há algo mais a ser assinalado. O não pagamento da prestação devida pelo devedor, presumida ou confessadamente, tra-

duz a insolvência do seu patrimônio. Desde que há este estado, ainda que em potencial, cumpre ao Estado *agir, por uma razão a mais*, no conflito de interesses.

Assume, com efeito, tal conflito nova configuração, em atendimento à sua diferente realidade. O patrimônio insolvente é nocivo a toda a coletividade social, sob os aspectos econômico, financeiro, jurídico e até político. Há mais a fazer no interesse geral da sociedade, do que no interesse particular do credor. Cumpre não se limitar a atuação apenas a solucionar um conflito de interesses privados entre credor e devedor, fazendo-se cumprir a obrigação, tão-somente. Impõe-se muito mais — é imperioso regular a liquidação do patrimônio insolvente, prejudicial a todo o corpo social, em resguardo do interesse geral, da sociedade como um todo, dá comunhão de credores, assegurando-se-lhes um tratamento igualitário.

11. São notórios os efeitos negativos, reflexos da insolvência, muito além do credor da obrigação, cuja prestação se frustrou. O desemprego dos que trabalham na empresa falida, muitas vezes levados à miséria e à fome; a cessação da atividade produtiva, geradora de riquezas, em proveito geral, de um componente, um elo, uma peça da sociedade, etc.; as conseqüências de ordem financeira, acarretando, por vezes, a quebra de outros empresários.

O douto *Rodolfo Mezzera Alvarez*, titular da Faculdade de Direito de *Montevideo*, ressalta com proficiência:

"A falência é um fenômeno distinto do simples adimplemento. Este é a alteração de uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, que raramente transcende do círculo limitado, em que essas duas pessoas atuam. A falência, ao contrário, é um fenômeno de caráter mais geral que pode transtornar a economia de todo um setor do comércio ou da indústria, e, às vezes, a economia de toda uma cidade ou de uma região. Não se limita a transtornar a economia do comerciante; acarreta repercussões sobre outros patrimônios e sobre outras pessoas ligadas ao comércio, ou que estejam indiretamente vinculadas à mercancia, e, deste modo, a quebra de um comerciante pode provocar a quebra de outras empresas, e, ainda, de instituições de crédito vinculadas a elas" (*Curso de Direito Comercial*, Alcali Editorial, Montevideo, 1977, 2.^a edição, pág. 10, n.º 5).

Prossegue o mesmo autor:

"Além do mais, essa situação de intranqüillidade, de dificuldade e de impotência, é um campo fértil para fraudes e até de certas maquinações criminosas."

É por tudo isto que a falência coloca um problema de política geral, de ordem pública, que não se pode limitar à exclusiva responsabilidade dos particulares. O Estado tem que intervir, criando uma ordem supra-individual, com preocupações de Direito Público, estabelecendo mecanismos de prevenção e chegando até a prever institutos de repressão, interdições e tipos de crimes específicos, etc. Em certos sistemas legislativos o aspecto publicista da falência é mais acentuado do que em outros" (ob. cit., loc. cit.).

12. O conflito de interesses que se estabelece em decorrência do estado de insolvência do devedor comerciante, cujos negócios, por definição, se fazem em grande volume, em massa, cresce de relevo, pelos inúmeros interesses que envolve, de natureza geral, pública, econômica, financeira, jurídica e política, de um lado, e de índole privada, face aos credores em si, de outra parte.

Estes dados, a convergência de interesses tão amplos em aparente oposição aos interesses privados e à notória imperiosidade de tutela do interesse público, prioritário, vieram a se constituir em elemento perturbador na definição da natureza jurídica da falência.

Ver-se-á.

IV — As soluções dos conflitos de interesses

13. Uma das funções precípuas do Estado, como a nação juridicamente (antes que politicamente) organizada, é a de garantir o pacífico desenvolvimento das relações coletivas, assegurar a paz e a tranqüilidade sociais.

Conspira, contra este superior objetivo, a existência dos conflitos de interesses. Não é dado proscrever da realidade tais conflitos, inerentes à natureza humana, imperfeita, como se viu. Há que se conviver com eles, solucionando cada conflito, caso a caso, restabelecendo-se a paz social conturbada.

14. É o Direito Material a primeira forma de solução dos conflitos de interesses.

A expressão — **Direito Material** — é cunhada pelos processualistas, a significar o conjunto de normas jurídicas *não-processuais*.

A norma de Direito Material, ou Substancial, existe para, definindo os direitos subjetivos, de modo geral, coativo, bilateral e ideal (abstrato), solucionar os conflitos de interesses diretamente, por sua aplicação imediata e automática, pelos próprios interessados.

Esta a solução preferida pela ordem jurídica. Na verdade, a norma substantiva cria padrões de conduta para a rápida composição dos interesses em choque. Daí a menção a *Leis Primárias*, quando se tratam destas normas, a que primeiro se recorre na solução de conflitos de interesses.

15. Embora em um número preponderante de casos a solução dos conflitos aludidos se dê através do Direito Material, nos termos acima, pode-se dizer que em 99,999...% de vezes, há ensejos em que a norma substantiva não atua, persistindo em aberto o choque de interesses e o risco da paz social se subverter.

Como não é dado, salvo em hipóteses excepcionais, resolver os conflitos de interesses por mão própria, existe, para os interessados na sua solução, a imperiosidade de submeter o conflito ao Estado, por seu órgão próprio, para que, substituindo as partes em conflito, equacione ele a situação.

É, precisamente, a segunda solução dos choques de vontades, a regulada pelo Direito Processual, que, através de atos sucessivos, em uma nova relação, entre o órgão do Estado e cada interessado (não só a relação entre os interessados), leva à composição dos interesses. Justifica-se a referência a *leis secundárias*, as do Direito Processual, porquanto tão-só em um segundo momento, ou em uma segunda etapa, é que se vai às normas processuais, para que, como instrumento, façam atuar a norma de Direito Material não obedecida, a lei primária que não funcionou.

16. Esta segunda solução se biparte em duas atividades do órgão estatal, via de regra órgão do Poder Judiciário.

Há uma *Atividade normal*, própria do Judiciário em que exercita uma das funções do Estado, que se denomina *Jurisdição*, a par das chamadas funções *Normativa* e *Administrativa*. Há uma *Atividade Anômala*, confiada ao Judiciário por conveniência política da própria ordem jurídica, consistente ou em emprestar força executória à solução de conflitos de interesses com a colaboração de pessoas estranhas ao Poder Judiciário (*Providências Parajurisdicionais*), ou em participar, com os interessados, em negócio jurídico de interesse também geral, que visa a resolver conflitos de interesses entre particulares (*Jurisdição voluntária*).

17. A *Jurisdição* tem uma acepção própria: poder, função e atividade do Estado de declarar o direito aplicável a um conflito de interesses, em substituição dos interessados, com o objetivo de atuar a lei primária desobedecida.

Esta atuação se faz através de atos sucessivos, uns antecedentes, outros subseqüentes, vinculados ao mesmo fim — a solução

do conflito de interesses. O conjunto destes atos é o *Processo*, e o modo (ou ordem) e a forma (ou a aparência) como os atos se dão é o *Procedimento*.

O processo, que se destina a dar a conhecer ao órgão judiciário a existência do conflito de interesses a resolver para que seja dito o direito aplicável a ele, solucionando o conflito, é chamado *Processo de Conhecimento, de Cognição* ou de *Declaração (lato sensu)*.

18. Ao lado da jurisdição, no sentido próprio, exercitada através do processo de conhecimento, há a concepção do instituto em um sentido impróprio, que se exerce por meio dos chamados (1) *Processos de Execução* e (2) *Cautelar*.

19. A declaração jurisdicional (dizendo o direito aplicável) pode ser obedecida espontaneamente por aquele obrigado a cumpri-la. Há, então, uma *Execução Voluntária*. Mas, e é o comum, há possibilidade de que haja resistência em obedecer à declaração feita, que, ato de *Poder do Estado*, não pode ficar sem atendimento. O órgão jurisdicional é dotado da força legítima para fazer cumprir o decidido, através de um processo, ou sucessão de atos vinculados não bem à declaração do direito aplicável, que já houve, mas a executá-la. Daí se designar o processo aludido de *Processo de Execução Forçada*, ou simplesmente *Processo de Execução*, porquanto a execução voluntária prescinde de processo.

20. Há, além disso, às vezes, necessidade de assegurar o próprio exercício da jurisdição, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, através de atos sucessivos, cujo conjunto se denomina *Processo Cautelar*.

21. Não é correta a referência à "jurisdição imprópria", só pelo fato de nos processos de execução e cautelar inexistir, a rigor, declaração do direito aplicável. Há, tanto em um como em outro processo características específicas da função jurisdicional, a substituição dos interessados pelo órgão da jurisdição e o escopo de efetiva atuação da lei primária. É possível ter, até mesmo, o completo exercício da jurisdição quando se assegura o seu implemento, no processo cautelar, e, principalmente, quando se satisfaz o direito declarado, no processo de execução, e se restabelece o direito violado.

22. Já na atividade anômala do Poder Judiciário inexistente a prática de qualquer jurisdição. A atividade, no caso, é de índole administrativa. A solução do conflito de interesses, que não se deu no campo do Direito Material, pela aplicação da lei primária, é feita com a cooperação, maior ou menor, de órgãos estranhos ao Judiciário, colaboração dos próprios interessados ou mesmo de terceiro, não interessado no conflito a resolver.

23. Na providência parajurisdicional há uma atividade homologatória do órgão jurisdicional, que não exercita a jurisdição, no caso, insista-se. As partes unilateral, bilateralmente ou com ajuda de terceiro estranho à relação jurídica que os vincula, dão a solução do conflito. O órgão jurisdicional, após exame externo, formal, da solução (sem entrar no campo de saber se a solução é boa ou má, certa ou errada, justa ou injusta), empresta ou não à mesma força obrigatória, ensejando até processo de execução para cumpri-la.

Há as soluções *egoístas* (unilaterais) de uma só das partes (legítima defesa, desforço pessoal, estado de necessidade, etc.) e soluções *altruístas* (bilaterais umas, com a cooperação dos interessados mesmos, como na desistência, na transação, na renúncia, etc. com a colaboração de terceiros, outras, como o juízo arbitral, a estimação do artigo 194 do velho Código Comercial). De toda a sorte, para a exigibilidade, carecem as soluções em apreço de homologação judicial, por meio de atos sucessivos, de procedimento, não de processo. Não há declaração do direito aplicável pelo órgão jurisdicional, mas atribuição de validade ou negativa de atribuição à solução, ao conflito de interesses, dada por estranhos ao órgão jurisdicional.

24. Na jurisdição voluntária há o que se designa "administração pública de interesses privados" pelo órgão jurisdicional. Atividade, também, anômala, de natureza administrativa, traduz a interferência de órgão público em determinados negócios jurídicos a que se soma, ao interesse dos particulares envolvidos, o interesse público.

Há uma participação do órgão jurisdicional no negócio jurídico, necessariamente (exemplo na separação e na conversão em divórcio amigáveis, na interdição de incapaz, na proteção ao nascituro). Não há o exercício da jurisdição. Há só procedimento. Não há processo. Nem contenciosidade, no máximo controvérsia sobre fatos.

25. Acentuem-se estes aspectos da jurisdição voluntária (que não é jurisdição, nem é voluntária):

- 1.º *Administração Pública;*
- 2.º *Interferência de órgão da jurisdição;*
- 3.º *Interesses privados (um negócio jurídico);*
- 4.º *Interesse público (concorrente pela repercussão do negócio jurídico no meio social).*

Mais adiante se verá a razão de se sublinharem os aspectos *supra*.

V — O Processo Falimentar

26. À luz das noções recordadas e com a expressa exclusão da matéria criminal falimentar (artigos 186/199 da Lei de Falências), objeto, sem dúvida, do Direito (*material*) Penal, cumpre ver que a lei de quebras se constitui de normas estritamente processuais, instrumentais, secundárias, objetivando a solução do conflito de interesses antes mencionado: do devedor comerciante insolvente não só com a universalidade de seus credores mas, a bem ver, com toda a comunidade social.

27. A solução deste conflito se dá através de atos sucessivos vinculados aos seguintes fins:

1.º) à *declaração do direito dos credores a rateio do produto da liquidação da universalidade dos bens (patrimônio) do devedor comerciante insolvente — Processo de Conhecimento*. (Os procedimentos respectivos estão nos artigos 7.º a 22 da Lei Falimentar: o artigo 11 trata do requerimento de falência fundado no artigo 1.º; o artigo 12, do requerimento com base no artigo 2.º; os artigos 14 e 15 cuidam da sentença; os artigos 17 a 19 dos recursos, como adaptados ao sistema do C. P. Civil, pela Lei n.º 6.014, de 27-12-73, artigo 5.º; artigos 52/55 se referem às ações reconvatórias, etc.);

2.º) à *satisfação dos credores do devedor comerciante insolvente, na medida das possibilidades da massa, através do Processo de Execução que, na verdade, é a parte principal do instituto da falência;*

3.º) à *garantia dos processos supra-indiciados, mediante o Processo Cautelar, desde a verificação de conta do artigo 1.º, § 1.º, I a III, da Lei de Falências, o seqüestro de livros, correspondência e bens do devedor comerciante, antes, mesmo, da eventual declaração da quebra (art. 2.º, § 4.º da lei falimentar), até a alienação antecipada de bens da mesma (art. 73 da mesma lei) e à prisão do falido (art. 35).*

VI — As Correntes de Entendimento

28. Com os elementos relembrados até agora, é possível o exame e a crítica das variadas correntes de entendimento a respeito da natureza jurídica da falência.

Cumpre afastar, de plano, convém esclarecer de logo, as discussões sobre a sede própria da falência, se no âmbito do Direito Civil (ou Comum) ou se na esfera do Direito Comercial. Em que pese

figurasse o instituto no Direito Estatutário de algumas cidades medievais (portanto como Direito Comum), o seu caráter comercial é aceito pacificamente (*Georges Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 3.^a edição, Paris, 1954, n.º 2.504, pág. 1.008).

Foi no Direito Civil que se operou o notável progresso do princípio, ora assente, de que os bens do devedor são a garantia comum dos credores. No Direito romano, respondia pelos seus débitos a pessoa do devedor, que podia ser vendido como escravo (*trans Tiberim* — “além do rio Tibre”, fronteira metropolitana de Roma) — ou mesmo morto pelo credor. *Miranda Valverde (ob. cit., n.º III, págs. 6/7)* faz referência a que, nos estatutos das cidades italianas, nos séculos XV e XVI, veio a figurar o processo de execução coletiva, pela universalidade dos credores sobre a universalidade dos bens do devedor, “como um instituto do direito comum”, concluindo, no entanto, ser incontestável o seu caráter eminentemente comercial. O Direito Comercial Marítimo, com o instituto do abandono (sub-rogatório e liberatório) contribuiu para a síntese histórica do que é a falência nos dias que correm, produto acabado do laboratório em que se constituiu o velho Direito italiano (*J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6.^a edição, 1957, Freitas Bastos, vol. I, n.º 20 e nota 2, e, principalmente, vol. VII, 5.^a edição, n.º 10, pág. 17).

A discussão em aberto é sobre a natureza de Direito Material ou de Direito Processual da falência.

29. *Vivante*, o grande comercialista italiano, já no início deste século, em conferência no Círculo Jurídico de Roma, em fevereiro de 1901, sustentava ser o Direito Falimentar de natureza processual. Desde então, passou a figurar como um apêndice, nas edições sucessivas de seu *Tratado de Direito Mercantil*, cuja 1.^a edição é de maio de 1893, o que ensinou a respeito na aludida conferência, sob o título “A falência civil”, em que expôs a tese. Lê-se no aludido apêndice, n.º 2:

“O instituto da falência não pertence às leis substantivas porque não se propõe a determinar quais são os direitos; pertence, melhor, às leis processuais posto que o seu objetivo essencial é fazer reconhecer direitos já existentes na abertura da falência, para satisfazê-los proporcionalmente. E se insere entre os institutos processuais especialmente nos procedimentos executivos, pois, tal como eles, busca a satisfação dos direitos através do pagamento forçado, fazendo a liquidação dos bens pertencentes ao devedor” (*Cesare Vivante, Tratado de Direito Mercantil, vol. I, apêndice, n.º 2, versão espanhola da 5.^a edição italiana, Editorial Réus (S.A.), Madrid, 1932*).

30. Com o surto posterior do Direito Processual notadamente na Itália, após *Chiovenda*, o pensamento de *Vivante* foi retomado.

Sem intenção de historiar, nem mesmo de fazer uma síntese im- perfeita, é de se valer do resumo que faz *Carlo D'Avack* sobre as correntes de entendimento na definição da natureza jurídica da falência. Advirta-se que de uma idéia radical, pura, absoluta (a falência é instituto do Direito Comercial, portanto do Direito Material), se envolve, com nuances, até a corrente inteiramente oposta (a falência é instituto do Direito Processual, exclusivamente). A sustentação radical dos comercialistas está superada. A tese processualista reconhece, como acima colocado (n.º 25), que o Direito Falimentar Penal é Direito Material.

31. Em que pese a obra de *Carlo D'Avack*, já citada, ser de 1939, não perdeu atualidade. O desenvolvimento posterior da polêmica, em verdade, se manteve inteiramente fiel aos caminhos então entrevistos na monografia aludida (pág. IX, da Introdução).

32. Uma corrente, ligada aos juristas mais antigos, tem o Direito Falimentar com um caráter genérico, seja do ponto de vista do Direito Material, seja do lado do Direito Processual. Vinculam-se ao antigo entendimento de que a falência é de natureza comercial, mas admitem um temperamento: é principalmente comercial, mas tem partes que são do Direito Comum, do Direito Administrativo, do Direito Penal e, até, do Direito Processual. Representativa desta corrente é a obra, consagrada, de *Gustavo Bonelli (Del fallimento)*, citada por *D'Avack*.

Esta diretriz, na verdade, se mantém hesitante, observa *D'Avack*: de um lado se reconhece que há, na falência, elementos conducentes a limitá-la ao Direito Processual, mas, de outro lado, tantas são as anomalias, que destacam a falência do processo habitual, e tais as conseqüências da sua estrutura, com a predominância do interesse coletivo, tornando a falência um Direito Quase Público, de intensidade tão forte, que leva os defensores desta ordem de idéia ao convencimento de que a autoridade judiciária, na falência, tem função mais administrativa do que judicante, a ponto de que deve ser excluída do Direito Processual.

33. Uma segunda corrente busca uma posição intermédia: a falência é um processo *sui generis*, regulado por lei própria, em que tem o órgão da jurisdição, dado o interesse público dominante, uma atividade administrativa-jurisdicional, voluntária e contenciosa.

A referência a processo *sui generis* é imprecisa: nada explica. É o recurso utilizado quando se ignora como qualificar algum insti-

tuto (na verdade quando se desconhece do que se trata!), muito cômodo para classificar sem, realmente, classificar. "É do seu gênero"! Mas, de que gênero?

O apelo à atividade administrativa-jurisdicional é válido. Não o que se refere à jurisdição voluntária, que, se acentuou (*supra* n.ºs 24/25), pressupõe um *Negócio Jurídico* entre particulares de que participa o órgão jurisdicional. Na solução do conflito de interesses, seqüente à insolvência, não é de um negócio (ato consensual) que se trata, mas, de uma obrigação decorrente da lei, de não lesar a comunidade, credora e social (*supra* n.ºs 10/12). Não é do inadimplemento da obrigação entre os particulares que se cuida, mas da insolvência! A jurisdição voluntária, por outro lado, viu-se (n.ºs 24/25), não é contenciosa. A falência é.

Representativa desta corrente é a obra de *Brunetti (Lezioni di Diritto Commerciale)*, citada por *D'Avack*, que declaradamente se copia.

34. Uma terceira orientação, que decorre da reformulação, nestes tempos, do Direito do Processo, em geral, e do processo de execução em particular, chega a uma construção dogmática: a falência é instituto do Direito Processual, mais precisamente do processo de execução. Não se nega o interesse público dominante desde a abertura e em todo o desenvolvimento da falência.

Representante, precípuo, desta linha de pensamento é *Renzo Provinciali*, em seu notável *Manuale di Diritto Fallimentare*, obra escrita na década de 40, em memória de seu filho *Bruno*, morto na guerra, como herói, aos 21 anos de idade, por se negar ao abandono de um companheiro ferido (4.^a edição, *Giuffrè*, 1962, vol. I, págs. 3/11, n.ºs 1/4).

O item seguinte desenvolve, resumidamente, a tese de *Provinciali*.

VII — Processo de Execução Coletiva

35. O autor parte da responsabilidade patrimonial decorrente do princípio básico do artigo 2.740, I, do Código Civil italiano:

"o devedor responde pelo adimplemento das obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros."

Há, para os credores, um direito *igual* de serem satisfeitos com os bens do devedor, ressaltadas as causas legítimas de preferência. O adimplemento, pelo devedor, pode ser espontâneo (atuando diretamente a norma de Direito Material de que se trata), o que constitui a normalidade das relações jurídicas, causa primeira da própria edição das leis substantivas, como acima visto. Mas, não atuando

da forma aludida, a norma legal, o cumprimento da obrigação, pelo devedor, será *forçado*, autorizado que é o credor a provocar o Estado para que, coativamente, seja o devedor levado ao cumprimento da obrigação. Neste caso, atua a *norma processual*, no desenvolvimento de uma função primária do Estado, assegurando a paz e a tranqüilidade sociais, o pacífico desenvolvimento das relações coletivas, eliminando, no caso, o conflito de interesses. Já foi relembrado, *supra*, o que se refere ao exercício da jurisdição e aos processos próprios (n.ºs 15/25). Repita-se: o Estado assume a atuação da norma violada, e o restabelecimento do direito ferido, mediante a declaração do direito, no processo de conhecimento. Paralelamente deve, em conseqüência, atuar sobre os meios de realização prática do direito declarado, para a adequação da norma acertada como aplicável ao caso concreto. O complexo de meios de que se vale o Estado na satisfação do direito declarado é previsto no Processo de Execução, cuja designação completa é *Processo de Execução Forçada*.

36. Pode a execução forçada ser *Singular* ou *Coletiva*.

Singular, em princípio, quando visa a resguardar um só interesse, sejam titulares deste interesse (assim individual) uma ou mais vontades, e quando incide sobre determinado *bem* ou determinados *bens* do devedor, eleito ou eleitos como objeto da ação. Há, assim, paradoxalmente, a possibilidade de que, em uma execução *Singular*, interfira uma pluralidade de credores e de que os procedimentos sejam mais de um. No antigo concurso de credores do C. P. Civil de 1939, artigo 1.017, doutrinariamente "*Concurso Particular de credores*", se tem exemplo do que se expõe. Não há concorrência senão sobre o preço de bens, ou sobre os bens ainda não alienados, em casos de arrematação, remição ou adjudicação. Veja-se *Cláudio Vianna de Lima, Processo de Execução, Forense*, pág. 217, n.º 2, em que os outros credores acodem para incluir o próprio crédito em procedimento já em curso, para haver, também, em rateio, o produto do/ou dos bens em execução. Basta, para haver concurso de credores, na execução singular ou coletiva, a participação, no mesmo processo, de uma pluralidade de credores, cada qual procurando realizar o próprio crédito insatisfeito. Não basta o concurso de credores para atribuir caráter coletivo à execução. Assinale-se que, em que pese a inovação do atual C. P. Civil brasileiro, ao instituir a execução por quantia certa contra o devedor insolvente, em que se adotou a execução coletiva contra o devedor não-comerciante, persiste o concurso de credores, em execução singular, nos artigos 711 a 713 do mesmo Código, em que há disputa sobre direito de preferência e da anterioridade de penhora entre os credores. *Celso Neves*, em seus *Comentários ao C.P. Civil* (Forense, pp. 136/138), se refere a "concurso entre credores do devedor solvável", no con-

curso de ações executórias, decorrente da pluralidade de penhoras sobre os mesmos bens. O saudoso *Amílcar de Castro*, na 2.^a edição de seus *Comentários ao C. P. Civil* (Editora Revista dos Tribunais, 1976, pág. 347, n.º 472), bem observou:

“É certo que a insolvência se presume, quando o devedor não possui outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora (art. 750, I), e também se presume que o credor só penhora bens já penhorados, porque não encontra outros pelos quais possa ser pago. Mas, não é menos certo que o devedor, enquanto não foi judicialmente declarado insolvente (art. 751 do C. P. Civil), deve ser tratado como solvente, nada importando a suspeita de não estar em condições de pagar. E a insolvência não pode ser declarada de ofício (art. 753). Por conseguinte, quando dois ou mais credores penhoram os mesmos bens, torna-se necessário que entrem em concurso de preferências, disciplinado pelos artigos 711 a 713, para que possa o Juiz verificar qual seja o quociente que, da quantia em depósito, há de caber a cada qual.”

Nota, ainda, o mesmo processualista:

“Trata-se de um processo de conhecimento, intercalado no processo executivo, com pontos de semelhança, mas, inconfundível com o antigo concurso de credores, tratado pelos artigos 1.017 e seguintes do anterior C. P. Civil” (ob. cit., loc. cit.).

37. A execução é **coletiva** quando é *universal*, na idéia de abranger a *totalidade dos credores* e a *totalidade dos bens* do devedor comum. Este caráter *totalizante* (escreva-se assim) da execução, sob os aspectos subjetivos (totalidade dos credores) e objetivo (totalidade dos bens) existe como princípio fundamental: cada universalidade — de credores e de bens — existe uma em função da outra. É liquidado **todo** o patrimônio do devedor comum justamente para satisfazer a **todos** os credores do devedor. E vice-versa. Em decorrência há uma condição de *igualdade de todos os credores* (*par conditio omnium creditorum*).

38. Para a *Execução Coletiva*, assim vista, visando à participação global dos credores e à liquidação de todos os bens do devedor comum, se faz mister toda uma organização que facilite o seu bom termo. Esta organização não é exigida por uma execução *singular*. Na execução coletiva nada mais se faz do que tornar efetiva a garantia patrimonial do devedor a que o artigo 2.740, I, do C. Civil italiano já transcrito, faz menção.

Esta organização é formada, justamente, pelos órgãos judiciais (principais e auxiliares) e nela se consubstancia o interesse público, o interesse do Estado na execução coletiva. Se este interesse é maior, a organização é mais forte. Daí as conseqüências retiradas por *Provinciali* e que se resumem:

a) não se pode fazer uma separação absoluta entre a execução singular e a coletiva;

b) a diferença é de grau, de intensidade: na execução coletiva o Estado, em substância, expropriando o devedor, não age diferentemente de quando faz o mesmo na execução singular. Apenas é mais drástica a atuação do Estado, em razão do maior interesse que há na matéria;

c) esta diferença de intensidade é notada no próprio exercício da jurisdição, variável, em força, em função da natureza e finalidade do procedimento, se se cuida de procedimento de processo de conhecimento, de execução ou cautelar, se há maior ou menor exigência de atuação, forte ou menos forte, do Estado. No processo de execução há uma atividade *Contenciosa-Executiva* (ou *Expropriativa*), não sendo a administração da Justiça mais do que um dos modos mediante os quais se expropriam os bens do devedor. No processo cautelar há uma atividade *Contenciosa-Assecurativa*, na função de custódia administrativa, inseparável da medida acautelatória;

d) há uma ingerência pública na execução coletiva, na *Organização* mencionada,

“tanto que se fala em administração pública de direitos privados, acentuando-se uma intervenção do Estado no exercício da tutela do crédito e da economia nacional, no exercício de funções administrativas dependentes da autoridade judiciária, protegendo interesses privados conexos com os interesses gerais.”

39. Combate *Provinciali* a classificação dos atos de ingerência do Estado, aludidos, como se fossem “administração pública de interesses privados”.

A expressão (“administração pública de interesses privados”) é, a seu ver, equívoca, unilateral e imperfeita.

Equívoca por se prestar a uma compreensão, por assim dizer, *administrativa, stricto sensu*, da atividade considerada, confundindo-se, até, com a que se tem na jurisdição voluntária. Não se pode pensar em administração pública em termos de jurisdição voluntária, quando a atuação é eminentemente contenciosa e, com toda propriedade, efetivamente jurisdicional.

Unilateral e, antes do mais, imperfeita porquanto se atém, apenas, a um aspecto do fenômeno, meramente exterior e instrumental, sem ver a sua essência e a sua verdadeira natureza. Não é possível dizer que nesta atividade se tenham por objeto, antes de tudo, direitos privados, quando se volta, mais acentuadamente, para a tutela dos interesses públicos e privados em si, mas com a constante prevalência da consideração para com os primeiros.

40. Em segundo lugar, observa, ainda, *Provinciali*, a ingerência do órgão judiciário não é mais do que uma *componente* da atividade exercitada, variável em função da natureza e da finalidade do procedimento. Se se trata de um procedimento executivo expropriatório (por exemplo, na falência), é uma atividade *Contenciosa-Executiva* e *Expropriativa*. A administração da massa não é mais do que um dos modos de conservação dos bens expropriados. Se se cogita de um procedimento cautelar (o seqüestro de bens do devedor comercial, por exemplo), se está diante de uma atividade *contenciosa-assecurativa*, própria da função de custódia-administrativa do procedimento cautelar, elemento instrumental inseparável do provimento cautelar. Mas, veja-se, se está sempre no campo da *Jurisdição*, do *Contencioso*, cautelar ou executivo, e dentro da atuação específica da Jurisdição.

41. As *conclusões* de *Provinciali*, no ponto, são no sentido do caráter processual da própria gestão do patrimônio do devedor, desde o provimento que determina a abertura do procedimento judicial. A característica deste provimento é a *substituição* do devedor pelo Juízo na administração do seu patrimônio, com vistas à solução do conflito de interesses, seqüente à verificação da insolvência. O escopo é a atuação da lei, no exercício de funções de garantia (na segurança e conservação do acervo, da empresa, do estabelecimento ou de bens individuados), de ordenamento (ou organização) da tarefa de liquidar o patrimônio, mantendo uma continuidade na gerência do todo, do início ao fim do procedimento. Mesmo quando a administração é confiada ao próprio devedor (continuação de negócios pelo falido, concordata), quando quem, realmente, tem a titularidade e o comando da gestão é o Juízo, do qual os outros sujeitos não são, senão, órgãos.

É uma situação indubiosamente processual por toda a vigência desta administração, a ponto de ser qualificada judiciária ou processual. O procedimento, ali, é contínuo e unitário, do qual *Alpha* é representado pelo requerimento de falência (ou de autofalência!) e *Omega* o ato conclusivo, final, da administração.

Pondera *Provinciali*:

"Durante todo o tempo em que o procedimento dura e se desenvolve, enquanto o órgão judiciário permanece in-

vestido de sua função, superintendendo a atividade dos órgãos executivos, inclusive os estranhos ao Judiciário (Síndico, Depositário, Comissário, etc.) e interferindo, quando é o caso; enquanto perduram a instância, e o provimento sucessivamente requerido e deferido: em tudo não há mais do que atos processuais (das partes e do Juiz) no desenvolvimento do processo" (ob. cit., n.º 4, pág. 11).

VIII — Reação dos Comercialistas

42. Muitos Comercialistas, principalmente em nosso país, reagem à idéia de que o Direito Falimentar seja *Processo*.

O saudoso mestre, amigo e companheiro da Magistratura, José Cândido Sampaio de Lacerda (*Manual de Direito Falimentar*, 11.ª edição, póstuma, Freitas Bastos, 1982, pág. 17,1), ensinava:

"A falência pode ser analisada sob dois aspectos: o estático e o dinâmico.

Estaticamente, é a situação do devedor comerciante que não consegue pagar pontualmente seu débito líquido, certo e exigível.

Dinamicamente, é um processo de execução coletiva instituído por força da lei em benefício dos credores."

Mais adiante (pág. 23), na mesma obra, o consagrado autor retoma a sua idéia:

"Conforme acentuamos anteriormente, a falência não pode ser apenas considerada como lei exclusivamente processual, desde que nela se contêm normas de direito substantivo" (Grifou-se).

Menciona a lição contrária de Vivante (*supra* n.º 20) e a opinião oposta de Ripert, que se lê no seu *Traité Élémentaire de Droit Commercial* (3.ª edição, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954, n.º 2.492, pág. 1003), quando preleciona:

"Como este Processo de Execução e Liquidação é específico dos comerciantes, o estudo da falência é vinculado ao estudo do Direito Comercial e não àquele do Processo" (Grifou-se novamente).

Sampaio de Lacerda fazia a distinção, nas leis falimentares, entre a parte material ou substantiva e a parte formal ou adjetiva (*sic*),

"embora estejam tão vinculadas que não seria de conveniência separá-las",

citando Brunetti em suas *Lezioni di Diritto Commerciale* (Cedam, 1940, n.º 1).

A parte substantiva ou material compreende tudo o que disser respeito:

- 1) à determinação do estado de falência;
- 2) aos efeitos jurídicos de sua decretação;
- 3) aos direitos e preferências dos credores e
- 4) aos direitos e obrigações do devedor.

A parte formal abrange as normas que regulam o procedimento de abertura e desenvolvimento do processo falimentar, inclusive os recursos admitidos.

43. A colocação é a mesma do douto e saudoso *Miranda Valverde*, que, na *Introdução* dos seus consagrados *Comentários à Lei de Falências* (ob. cit., pág. 13, n.º VII), referindo-se à lei de quebras, escreveu:

"São regras de fundo e de forma, destinadas a tutelar não só o interesse privado, mas também o interesse público, ambos em íntima e estreita relação no estado de falência. As regras de fundo, que constituem, na esfera do interesse privado, o direito substantivo da falência, enunciam quase sempre princípios derogatórios do direito comum, limitações ou transformações de direitos e obrigações preexistentes, ou presidem ao nascimento de direitos e obrigações, que o estado jurídico da falência provoca.

Tais são as regras que estatuem sobre os efeitos da falência em relação aos bens do devedor e aos direitos dos credores, particularmente sobre a condição jurídica do falido, a resolução dos contratos bilaterais, a retenção, a compensação, os atos ineficazes, os privilégios de certos créditos, os pedidos de restituição, os encargos e dívidas da massa falida, etc.

As regras de forma organizam o processo de execução coletiva, estabelecendo os meios pelos quais se há de resolver essa situação jurídica, de natureza essencialmente transitória.

Fazem parte do Direito Processual."

Carvalho de Mendonça (J.X.), em seu *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* (Freitas Bastos, 5.^a edição, 1954, vol. VII, n.º 34), lembra que a falência, instituto de extrema complexidade, não se restringe

“aos domínios do Direito Comercial, penetra nos do Direito Público, do Direito Civil, do Direito Internacional Público e Privado, do Direito Criminal, do Direito Judiciário, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modificá-los, a fim de adaptá-los ao grande meio de execução coletiva, que trata de organizar.”

Mais recentemente, o insigne professor da Universidade Católica de Minas Gerais, *Walter Alvares* (*Direito Falimentar*, 3.^a edição, 1970, Sugestões Literárias, pág 1, n.º 1), insiste na mesma orientação:

“O Direito Falimentar é um direito concursal, isto é, aquele que, para sua existência, concorrem regras de diferentes tipos autônomos da Ciência do Direito. Assim, ao mesmo tempo que apresenta regras próprias do Direito Comercial, também tem ao seu lado normas de Direito Civil e Direito Penal, de Direito Administrativo, Internacional e, em salutar quantidade, de Direito Processual (grifou-se). Esta sua natureza concursal é que lhe dá especial autonomia, porque, em virtude deste pormenor, não é divisão alguma de nenhum destes ramos da Ciência do Direito.”

E conclui o douto mestre mineiro:

*“Ainda que **Provinciali** reconheça que no Direito Concursal sejam prevalentes as normas de natureza processual, a verdade é que elas estão longe de esgotar o conteúdo do Direito Falimentar e muito menos satisfazer às suas necessidades. Se essas regras processuais podem ser encaradas como as referentes às **regras de forma**, do instituto da falência e como expõe Miranda Valverde, acentuando que, por sua natureza, são de natureza transitória, por outro lado, as **regras de fundo** são inumeráveis e com vitalidade extraordinária ao estabelecer princípios próprios, quase sempre derogatórios, limitativos ou transformadores do direito comum e de obrigações preexistentes.”*

Ora! Afirmar-se a natureza concursal do Direito falimentar, na verdade, por um lado, nada se afirma quanto à natureza jurídica da

falência. Direito concursal é a execução por quantia certa contra o devedor insolvente e é o concurso de credores dos artigos 711/713 do C. P. Civil, que não são partes do Direito Falimentar. "Concursal", como a concorrência de credores, seja para a execução singular, seja para a coletiva, é, na verdade, o mesmo que se ater à cobrança da responsabilidade do devedor, fora do Direito Material (vendo-se o inadimplimento da obrigação, singularmente, ou a efetivação das conseqüências patrimoniais da insolvência, no concurso universal, entre estes a falência). É mencionar *Direito Processual!*

44. O douto professor *Nelson Abrão*, de São Paulo, em seu *Curso de Direito Falimentar* (Saraiva, 1978), sustenta que a execução é um dos aspectos da falência, mas não o único:

"Observa-se no Direito Falimentar moderno uma forte tendência em realçar o aspecto substantivo, em contraposição à tendência prevalecentemente processual" (ob. cit., pág. 1, n.º 1, nota 1).

É de se ver, contudo, que a tendência a dar ênfase ao chamado aspecto substantivo da falência é antiga e comprometida com o interesse dos comercialistas em não deixar fora do Direito Comercial o instituto da falência. Na verdade é idéia superada, hoje!

Significativo é o fato de que, relativamente novo, o *Manuale di Diritto Fallimentare*, de *Domenico Mazzoca* (Jovene Editore, Napoli, 1980), centra-se na natureza processual do instituto da falência, que:

"se deve definir como um procedimento especial, seja sob o perfil normativo, enquanto regulado por uma lei especial, seja sob o perfil subjetivo, enquanto não se aplica a todo o devedor, mas só ao empresário comercial, seja, enfim, sob o perfil objetivo substancial, sendo aplicável só no caso de insolvência (isto é, não pelo simples fato do inadimplimento)", (págs. 7/8, n.º 2, ob. cit., em que se invoca o apoio de Ferrara, Il Fallimento, pág. 39 (apud Mazzoca).

Procedimento, especial ou não, é Direito Processual.

IX — Em Resposta

45. Respondendo às colocações aludidas, cabem as seguintes ponderações, em resumo, embora reiterando conceitos antes expressos:

1.º) O chamado aspecto *estático* da falência (o estado do devedor comerciante que não consegue pagar pontualmente seus dé-

bitos, *supra* n.º 34), na realidade está no campo fático, é o conflito de interesses que, levado ao Judiciário, declarado existir, dispara todo o processo de execução coletiva, que decorre, já se viu, (*supra* n.ºs 9 e 10), não propriamente do conflito de interesses individual (devedor × credor), mas do conflito de interesses pertinentes à Sociedade toda (por isso coletivo) entre devedor e a comunidade credora mais a própria comunidade social, pelos reflexos que aí repercutem (*supra* n.º 10). Só com a declaração da insolvência, *Judicial*, nasce, a rigor, a falência. Antes, não havia como, no campo do Direito *Material* ou *Substantivo*, ensejar a solução, veja-se bem, não do inadimplemento (individual), mas da insolvência (fenômeno a afetar a coletividade). Só existe falência na esfera processual, portanto. O aspecto dinâmico, na verdade, é o único a considerar. O estático nele se absorve.

2.º) A argumentação de que as regras processuais na falência seriam *transitórias* e de que as regras de fundo têm *vitalidade* e *definitividade* é falha. A falência, como conflito de interesses, que se impõe eliminar para o pacífico desenvolvimento das relações coletivas (*supra* n.ºs 5/10), é, por sua natureza, toda ela, *transitória*. Destinam-se as normas falimentares à solução do conflito que, como visto no item 1.º antecedente, não pode ser equacionado no campo do Direito Material. Não há, assim, como distinguir, na matéria, entre normas transitórias e não transitórias. O conflito de interesses deve ser resolvido, deve ser eliminado, deve desaparecer, para o pacífico desenvolvimento das relações coletivas. Transitório é ele!

3.º) A referência a que a Falência é Direito Concursal não ajuda muito, pelo contrário, a aproxima, até, de outro instituto nitidamente processual, da mesma natureza de concurso universal, que é a execução por quantia certa de devedor insolvente (arts. 748/786 do C. P. Civil). Não que impressione o argumento de *Carlo D'Avack*, na obra já citada antes, n.º 58, quando, se opondo à natureza de Direito Concursal da falência, lembra que pode existir a falência com um só credor, de que resulta, teoricamente, a possibilidade de falência sem concurso de credores, como é a previsão da lei italiana de falência por débito fiscal (*Murano, Il fallimento per debito di imposto*, Nápoles, 1936, pág. 14, *apud* Walter Alvares, *ob. cit.*, loc. cit., nota 1, pág. 2). Já foi acentuado que o que configura o concurso coletivo é o chamamento da universalidade dos credores e a execução da universalidade dos bens do devedor comum (*supra* n.ºs 26/28). Se ao chamamento não acode credor, o fato não desnatura o concurso universal. Pode, apenas, influir na simplificação do procedimento.

4.º) O que importa, contudo, é que, ao se referir a Direito Concursal, na verdade, se está nomeando a falência como Direito Processual. Só no Direito Processual, em que se faz a efetiva atuação

do princípio de que os bens do devedor são a garantia comum dos credores, há, na verdade, *Concurso de Credores* (*supra* n.ºs 6 e 7).

5.º) O que se refere à distinção entre regras de forma e de fundo na falência, é melhor desenvolvido a seguir.

X — *Um Dado Novo*

46. Há, realmente, uma diferença básica entre a norma substantiva, ou de Direito Material (que define, ou estabelece, direitos subjetivos) e a norma formal, ou de Direito Processual (que regula o exercício da jurisdição, declarando o direito aplicável, obrigando o seu cumprimento forçado ou, ainda, assegurando declaração e cumprimento aludidos).

O notável José Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 1.ª edição, 1958, n.º 20, pág. 50) bem disserta sobre o relacionamento das duas espécies de normas jurídicas:

“A observância, dentro do processo, da norma processual civil, é meio preordenado a um fim: o restabelecimento, fora do processo, da observância do direito objetivo material. Ela tem, portanto, como *Prius*, norma de outra natureza, da qual é modo e meio para a realização jurisdicional. Diz-se, por isso, que a norma processual civil é instrumental.”

Observe-se que também a norma processual penal é *instrumental*, natureza de toda a norma de Processo. Na verdade, todo o Direito é instrumental, nada cria fora do mundo jurídico, apenas regula (*Pietro Cogliolo, Scritti Varii di Diritto Privato — “Il Progresso del Diritto Privato nell’ultimo cinquantennio” — Setima edizione, Milano — Giuffrè, 1945, pág. 88*). Mas, se todo o Direito é instrumental, a norma de Processo é, além, meio de realização do próprio Direito violado. Mais *instrumental* ainda!

Faz José Frederico Marques as diferenças:

“A norma jurídica instrumental difere da norma jurídica substancial. Esta última disciplina diretamente relações da vida procurando compor conflitos de interesses entre os membros da comunhão social, bem como regular e organizar funções socialmente úteis, ao mesmo tempo que assegura o seu cumprimento através de sanções, às vezes, específicas, e em outras ocasiões imanentes à ordem jurídica em seu conjunto. Norma instrumental, ao revés, é a que disciplina a aplicação das normas substan-

ciais, seja regulando a competência para fazê-la atuar, seja regulando os meios de tornar estas efetivas e ainda as vias adequadas para provocar o seu cumprimento e efetivação."

Mesmo

"pelo prisma da atividade jurisdicional, que se desenvolve no processo, pode-se dizer que as normas jurídicas materiais constituem o critério de julgar, de modo que, não sendo observadas, dão lugar ao **error in iudicando**; e as normas jurídicas processuais constituem o critério do proceder de maneira que, uma vez desobedecidas, ensejam a ocorrência de **error in procedendo**",

prelecionam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, 3.^a edição, 1983, pág. 54, n.º 28).

47. Importante a advertência de José Frederico Marques, que ora se reproduz:

"Normas processuais existem, no entanto, de caráter material-instrumental, tais como as que tratam da condenação nas custas, de certos direitos de terceiros, etc." (*ob. cit., loc. cit.*).

48. Estas normas processuais de natureza material-instrumental, que se podem designar *mistas*, participam do caráter da *norma substantival*, ou *material*, porquanto estabelecem ou definem direitos, embora só o façam em razão, em decorrência, em função do próprio processo: não teriam motivo de ser não fosse a necessidade da definição de direitos no campo processual. A condenação em custas é um direito do vencedor face ao vencido na demanda. É por demais óbvio que não haveria razão para impor as custas processuais ao vencido se não houvesse a demanda, a provocação da declaração jurisdicional, nem vencedor, nem vencido.

Por outro lado, tais normas mistas se destinam, como toda a norma processual, a restabelecer a norma de Direito Material violada. Fazem parte, aí, da natureza da norma processual.

Desde que tais normas, necessárias à solução processual do conflito de interesses não resolvido com a norma substantiva, se situem entre as chamadas *leis secundárias* (*supra* n.ºs 12/13), só surgem no campo do Direito Processual, pertencem, a rigor, ao mesmo Direito, onde são previstas.

Além da condenação nas custas, um direito do vencedor de que trata o artigo 20 do C. P. Civil (*Victus Victoris Expensae Comndenatur*),

são exemplos de *Normas Mistas* o direito do querelado à extinção da punibilidade (art. 58, parágrafo único, do C.P. Civil), o benefício de ordem do fiador executado (art. 595 do C. P. Civil), a preferência do credor, na execução da obrigação de fazer, para executar ou mandar executar obras e trabalhos necessários à prestação, face à oferta de terceiro (art. 637 do C. P. Civil), etc.

49. A detecção das normas mistas não é de valor, apenas, acadêmico. O douto *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, em seu *Derecho Procesal Penal*, 1945, vol. I, pág. 130, aponta a sua utilidade. São normas processuais, e, por conseguinte, submissas às regras do Direito Processual, quanto à sua exegese, à sua validade no tempo e no espaço, quanto às suas eventuais omissões, supríveis pelas leis processuais, em linha de princípio.

XI — Conclusões

50. Ora bem! Atendo-se ao elenco de normas de natureza material, na falência, conforme indicação do saudoso *Sampaio de Lacerda* (*supra* n.º 35), quais sejam, aquelas que dizem respeito:

- 1.º à determinação do estado de falência;
- 2.º aos efeitos jurídicos de sua decretação;
- 3.º aos direitos e preferências dos credores;
- 4.º aos direitos e obrigações do devedor

ou à relação apontada pelo também saudoso *Miranda Valverde* (*supra* n.º 36), que se reporta às regras que estatuem sobre:

- 1.º os efeitos da falência, em relação aos bens do devedor;
- 2.º os direitos dos credores;
- 3.º a condição jurídica do falido;
- 4.º a resolução dos contratos bilaterais;
- 5.º a retenção;
- 6.º a compensação;
- 7.º os atos ineficazes;
- 8.º os privilégios de certos créditos;
- 9.º os pedidos de restituição;
- 10.º os encargos e dívidas da massa falida

é pronta a conclusão de que tais normas são mistas (logo, processuais).

À uma, porque atuam como leis secundárias, para a efetiva observação de normas realmente materiais.

A duas, porque, definindo, embora, direitos, o fazem em função do processo de execução coletiva de que se trata na falência, sem o que não teriam, sequer, razão de existir.

Em terceiro lugar, porquanto não se atém à *Obrigaçã*o e ao *Inadimplemento* do devedor (no campo do *Direito Material*), mas à sua *responsabilidade patrimonial*, à sua *insolvência* (no âmbito do *Direito Processual*).

Em quarto lugar, porque se vinculam a um conflito de interesses (a insolvência, o choque de vontades do devedor, de um lado, e a universalidade de seus credores e, via de consequência, a própria sociedade — vejam-se os efeitos nocivos, reflexos da falência — n.ºs 9/10 acima, de outro lado), que não pode ser resolvido no campo do *Direito Material*, sob pena de dano ao princípio da *par conditio Creditorum*, entre outros. Observe-se que a solução fora do Judiciário, e do processo regular, das situações de insolvência é proscriita pela lei. O artigo 8.º da Lei de Falências obriga a confissão da insolvência do devedor comerciante, no prazo e condições que estipula. O artigo 2.º caracteriza a falência com o fato de dadas iniciativas do devedor insolvente, para soluções amigáveis, com os credores, de suas dificuldades. A lei falimentar tipifica certas condutas, no mesmo sentido, como crimes falimentares (artigos 186, III, e 188, II).

De todo o exposto é possível assentar:

- I. o instituto de falência configura forma processual de solução de conflito de interesses;
- II. tal conflito de interesses não é na relação singular entre duas ou mais pessoas, em torno do inadimplemento de uma obrigação, no campo do *Direito Material*, mas, é o choque de vontades face ao patrimônio, inteiro, do devedor insolvente, na esfera de atuação do *Direito Processual*, e que não é, excepcionalmente, possível solucionar com as normas do *Direito Material* ou *Substantivo*, direta, espontânea e automaticamente pelos interessados;
- III. são levados os interesses, assim conflitantes, para a solução processual, mercê da sua necessária substituição pelo órgão próprio do Estado, o Poder Judiciário;
- IV. as normas jurídicas desta sorte aplicadas são processuais, mesmo aquelas que definem direitos subjetivos são leis secundárias, necessárias a atuar o *Direito Material* que, excepcionalmente, as partes interessadas não podem, por si sós, aplicar.

Os comercialistas, na verdade, com as colocações agora assumidas, de ser o *Direito Falimentar* um *Direito genérico*, abrangente de *Direitos Administrativo*, *Penal*, *Processual*, *Comercial*, etc., fazem concessões entre vendo normas de *Direito Material* e de *Direito Processual* entremeadas, aspectos estático e dinâmico, na falência, Di-

reito *sui generis*, etc., etc. Na verdade, configuram um exército, vencido, em retirada. Não hostilizam, mais, com eficácia, o *ex-adverso*, e se o fustigam com argumentos de antemão insustentáveis, o fazem, tão-só, para atenuar a desonra da saída do campo da batalha.

É polêmica a série de conclusões, mas necessária a sua trazida à Mesa de debates para a definição — tão importante como visto! — da natureza jurídica da falência.

Grato pela atenção.

Bibliografia

- 1) CESARE VIVANTE — *Tratado de Direito Mercantil*, vol. I, apêndice, n.º 2, versão espanhola da 5.ª edição italiana, Editorial Réus (S.A.) — Madrid, 1932;
- 2) CARLO D'AVACK — *La Natura Giuridica del Fallimento* — CEDAM, Pádua, 1939;
- 3) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE — *Comentários à Lei de Falências* — Forense, Rio, 1948, vol. I;
- 4) ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — *Comentários ao Código de Processo Civil* — Forense, Rio, 1985, 4.ª edição, vol. VI;
- 5) RODOLFO MEZZERA ALVAREZ — *Curso de Direito Comercial* — Alcalí Editorial, Montevideo, 1977, 2.ª edição, Tomo V;
- 6) GEORGES RIPERT — *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 3.ª edição, 1954;
- 7) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Freitas Bastos, vol. I, 6.ª edição, 1957; vol. VII, 5.ª edição, 1954;
- 8) RENZO PROVINCIALI — *Manuale di Diritto Fallimentare* — 4.ª edição, Giuffrè, 1962, vol. I;
- 9) CLÁUDIO VIANNA DE LIMA — *Processo de Execução*, Forense, 1973;
- 10) CELSO NEVES — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1975;
- 11) AMÍLCAR DE CASTRO — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, 2.ª edição, 1976;
- 12) J. C. SAMPAIO DE LACERDA — *Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos, 11.ª edição, 1982;
- 13) WALTER ALVAREZ — *Direito Falimentar*, 3.ª edição, 1970, Sugestões Literárias;
- 14) NELSON ABRÃO — *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1978;
- 15) DOMENICO MAZZOCA — *Manuale di Diritto Fallimentare* — Jovene Editore, Napoli, 1980;
- 16) JOSÉ FREDERICO MARQUES — *Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 1.ª edição, 1958;
- 17) ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO — *Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, 3.ª edição, 1983;
- 18) PIETRO COGLIOLO — *Scritti Varii di Diritto Privato* — *Il progresso del Diritto Privato nell'ultimo cinquantennio* — Setima edizione, Milano, Giuffrè, 1945;
- 19) NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO — *Derecho Procesal Penal*, 1945, vol. I.