

## Pressupostos da Quebra

JORGE LOBO (\*)

### 1. Estado de falência <sup>(1)</sup> ou quebra <sup>(2)</sup>

Para que se caracterize o estado de falência ou quebra, é indispensável a coexistência de três pressupostos <sup>(3)</sup>: (1º) o pressuposto subjetivo, (2º) o pressuposto objetivo <sup>(4)</sup> e (3º) o pressuposto formal.

### 2. Pressuposto subjetivo da falência

São sujeitos passivos da falência:

#### 2.1. *Ex vi* do artigo 1º da Lei de Falências:

a) o comerciante individual <sup>(5)</sup>, conforme definido no artigos 1º

<sup>(1)</sup> A falência, a concordata preventiva e a concordata suspensiva são disciplinadas pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.1945, vulgarmente conhecido por Lei de Falências.

<sup>(2)</sup> Falência ou quebra são expressões sinônimas. A nossa Lei de Falências vale-se, entretanto, exclusivamente, do vocábulo falência, a exemplo do que ocorre na Itália, em que a matéria é regulada pelo Código da Falência. Na Argentina, a preferência é pela palavra quebra, conforme se verifica da epígrafe da Lei 24.522, sancionada em 20.07.1995. Na França, a Lei nº 85-98, de 25.01.1985, não usa nem o termo falência, nem quebra, mas liquidação, conforme expusemos, longamente, em nosso livro *Da recuperação da empresa no Direito Comparado*, Ed. Lumen Juris. Por fim, anote-se que, outrora, bancarrota era a falência ou quebra criminosa.

<sup>(3)</sup> Entende-se por pressuposto, segundo o *Novo Dicionário Aurélio*, "a circunstância ou o fato considerado antecedente necessário de outro"; consoante o *Vocabulário Jurídico*, de DE PLACIDO E SILVA, Forense, 15ª ed., p. 636, pressuposto é "o que deve vir antes"; para o *Dicionário de Filosofia Oxford*, Jorge Zahar Editor, 1994, p. 311, é uma "afirmação cuja verdade é necessária para a verdade ou falsidade de outra afirmação".

<sup>(4)</sup> Os pressupostos subjetivo e objetivo são denominados por DE MARTINI "elementos constitutivos substanciais para a sentença declaratória da quebra", in "Gli elementi costitutivi de estintivi della stato d'insolvenza", *Dir. Fall*", 1943, I, p. 39.

<sup>(5)</sup> A Lei nº 8.934, de 18.11.1994, que criou o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ao invés de "comerciante individual", emprega a expressão "firma mercantil individual" (art. 2º, *caput*).

e 4º do Código Comercial <sup>(6)</sup>, nacional ou estrangeiro <sup>(7)</sup>, inscrito ou não no Registro Público de Empresas Mercantis <sup>(8)</sup>;

b) as sociedades comerciais de que tratam (1º) os artigos 311 (sociedade em comandita simples) <sup>(9)</sup>, 315 (sociedade em nome coletivo ou com firma) <sup>(10)</sup> e 317 (sociedade de capital e indústria) <sup>(11)</sup> do Código Comercial, (2º) o Decreto nº 3.708, de 10.01.1919 (sociedade por quotas, de responsabilidade limitada) <sup>(12)</sup> e (3º) a Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (sociedade anônima ou companhia e a sociedade em comandita por ações) <sup>(13)</sup>, e,

c) as filiais, agências, sucursais e estabelecimentos de sociedades comerciais autorizadas a funcionar no país <sup>(14)</sup>.

## 2.2. Ex vi do artigo 3º da Lei de Falências:

a) o espólio do devedor comerciante <sup>(15)</sup>;

b) o menor, com mais de 18 (dezoito) anos, que mantém estabelecimento comercial com economia própria <sup>(16)</sup>;

---

<sup>(6)</sup> De acordo com o artigo 4º do Código Comercial, é comerciante quem faz da mercancia profissão habitual, discriminando o artigo 19 do Regulamento nº 737, de 25.11.1850, os atos de mercancia. A sua vez, o artigo 1º do Código Comercial estabelece que podem comerciar no Brasil: 1º) todas as pessoas que se acharem na livre administração de suas pessoas e bens e não forem expressamente proibidas por lei; 2º) os menores legitimamente emancipados; 3º) os menores, que tiverem mais de dezoito anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. Sobre o tema, é importante atentar ainda para o item 2.2, letras b e c, *infra*, e respectivas notas.

<sup>(7)</sup> Sobre os documentos que o comerciante estrangeiro deve apresentar ao Registro Público de Empresas Mercantis, veja-se o DL 341, de 17.03.1938, art. 2º, par. único, alínea "b".

<sup>(8)</sup> Os atos das firmas mercantis individuais devem ser arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis, cfr. art. 2º da Lei 8934, de 1994.

<sup>(9)</sup> "Art. 311: Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita".

<sup>(10)</sup> "Art. 315: Existe sociedade em nome coletivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social".

<sup>(11)</sup> "Art. 317: Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a sua indústria somente".

<sup>(12)</sup> Dispõe sobre a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, cumprindo notar, entretanto, que a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, só será considerada comercial se o seu objeto social for a prática de atos mercantis.

<sup>(13)</sup> Dispõe sobre as sociedades por ações, regulando os artigos 1º a 279 as sociedades anônimas ou companhias e os artigos 280 a 284 as sociedades em comandita por ações.

<sup>(14)</sup> Cf. Lei 8934, de 18.11.94, arts. 1º, II, e 4º, X, regulamentada pelo Dec. 1800, de 30.01.96, art. 2º, par. único, alínea "b", e pela Instrução Normativa nº 59, de 13.06.96, do DNRC. Veja-se, também, a parte final do art. 7º da Lei de Falências.

<sup>(15)</sup> A falência do espólio não será declarada após um ano da morte do devedor, cfr. art. 4º, § 2º, da Lei de Falências.

<sup>(16)</sup> O artigo 9º, § 1º, V, do Código Civil prevê que cessa, para os menores, a incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

- c) a mulher casada que exerce o comércio <sup>(17)</sup>, e,
- d) os que, embora expressamente proibidos, exercem o comércio <sup>(18)</sup>.

### 2.3. *Ex vi* do artigo 4º da Lei de Falências:

- a) o ex-comerciante <sup>(19)</sup> e
- b) a sociedade anônima dissolvida <sup>(20)</sup>.

### 2.4. *Ex vi* dos arts. 325 c/c. 328 do Código Comercial, o sócio ostensivo da sociedade em conta de participação.

### 2.5. *Ex vi* de leis especiais:

- a) as empresas incorporadoras ou construtoras de imóveis <sup>(21)</sup>;
- b) as empresas de construção <sup>(22)</sup>;
- c) as empresas de trabalho temporário <sup>(23)</sup>;
- d) as instituições financeiras <sup>(24)</sup>,
- e) as companhias de seguro <sup>(25)</sup> e
- f) as usinas de açúcar <sup>(26)</sup>.

<sup>(17)</sup> A exigência de autorização marital para o exercício do comércio pela mulher casada (art. 3º, III, da Lei de Falências) foi suprimida pela Lei nº 4.121, de 27.08.1962.

<sup>(18)</sup> São proibidos de exercer o comércio, conforme dispõe o artigo 2º do Código Comercial: "(a) os presidentes e os comandantes de arma das províncias, os magistrados vitalícios, os juizes municipais e os órfãos, e oficiais de fazenda, dentro dos distritos em que exerceram as suas funções; (b) os oficiais militares de 1ª linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiais; (c) as corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares; (d) os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados".

<sup>(19)</sup> O ex-comerciante fica sujeito à falência durante o período de dois anos da cessação de sua atividade, provada pelo Registro Público das Empresas Mercantis, *ex vi* do art. 4º, VII, da Lei de Falências.

<sup>(20)</sup> Poderá ser declarada a falência da sociedade anônima dissolvida até no máximo dois anos da cessação de suas atividades (art. 4º, VII, da Lei de Falências) ou até a liquidação e partilha do seu ativo (art. 4º, § 2º, da Lei de Falências), o que ocorrer primeiro.

<sup>(21)</sup> Art. 43 da Lei nº 4.591, de 16.12.1964.

<sup>(22)</sup> Art. 1º da Lei nº 4.068, de 09.06.1962.

<sup>(23)</sup> Art. 16 da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

<sup>(24)</sup> Art. 12, alínea d, da Lei nº 6.024, de 03.03.1974.

<sup>(25)</sup> Art. 26 do DL 73, de 1966, alterado pelas MPs nºs 1.719 e 1.719-2, de 13/10/98 e 10/12/98, publicadas no DOU-I dos dias 14/10/98 e 11/12/98, respectivamente, que deixa evidenciado que, decretada a liquidação extrajudicial da seguradora, se o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver a ocorrência de crime falimentar, será decretada a falência da seguradora.

<sup>(26)</sup> Art. 28 do DL 3.855, de 21.11.1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira).

2.6. Por força de construção doutrinária e jurisprudencial, embora nem todas exerçam propriamente atividade mercantil:

- a) as sociedades de fato ou irregulares <sup>(27)</sup>;
- b) as sociedades em liquidação <sup>(28)</sup>;
- c) as empresas teatrais;
- d) as empresas de publicidade;
- e) as indústrias de minérios e demais riquezas do subsolo;
- f) a indústria de caça e pesca;
- g) o sapateiro;
- h) o alfaiate, quando não se limita à confecção;
- i) o barbeiro, se intermedeia a venda de artigos de perfumaria;
- j) o corretor oficial e de fundos públicos;
- k) as empresas editoras;
- l) as empresas cinematográficas.

## 2.7. Extensão da falência

De acordo com TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE <sup>(29)</sup> e RUBENS REQUIÃO <sup>(30)</sup>, o artigo 5º da Lei de Falências <sup>(31)</sup> distingue, para todos os efeitos de Direito, a pessoa jurídica da sociedade da pessoa física dos sócios solidários, não admitindo, em consequência, a extensão da falência da sociedade aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais.

Contudo, como doutrina WALDEMAR FERREIRA <sup>(32)</sup>, embora o sócio solidário não seja declarado falido, fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse, no que é seguido por SAMPAIO LACERDA <sup>(33)</sup>.

<sup>(27)</sup> O artigo 305 do Código Comercial estabelece: "Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1º) negociação promíscua e comum; 2º) aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum; 3º) se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; 4º) se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; 5º) a dissolução da associação como sociedade; 6º) o emprego do pronome *nós* ou *nosso* nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais; 7º) o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social; 8º) o uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9º) o uso de nome com a adição — e *companhia*". Anote-se, por oportuno, que a falência da sociedade irregular ou de fato se deduz do art. 8º, alínea III, que exige a juntada do contrato social na confissão de quebra, cfr. observa RUBENS REQUIÃO, *ob. e vol. cit.*, p. 52, nº 35.

<sup>(28)</sup> Vide artigos 335 e 355 e segs. do Código Comercial e 206 e 208 e segs. da Lei 6.404/76.

<sup>(29)</sup> *Comentários à Lei de Falências*, Forense, 1948, vol. I, p. 66, nº 43.

<sup>(30)</sup> *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1975, vol. I, p. 47.

<sup>(31)</sup> "Art. 5º. "Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produz em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido".

<sup>(32)</sup> *Instituições de Direito Comercial*, Freitas Bastos, 3ª. ed., vol. IV, p. 368, nº 1401.

<sup>(33)</sup> *Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos, 11ª. ed., p. 39.

São sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais aqueles que integram (a) as sociedades em comandita simples, chamados de sócios comanditados (art. 313 do C. Com.), (b) as sociedades em nome coletivo, (c) as sociedades de capital e indústria, denominados de sócios capitalistas (art. 320 do C. Com.), e (d) as sociedades em comandita por ações. Também são solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais das sociedades falidas: (a) os sócios fundadores das sociedades anônimas em formação, consoante dispõe o par. único do art. 92 da Lei de S.A., (b) o sócio único da sociedade anônima por obrigações e dívidas surgidas enquanto o número mínimo de dois não for reconstituído, na forma da alínea d, do inciso I, do art. 206, da Lei de S.A., (c) os sócios ocultos <sup>(34)</sup>, (d) os sócios aparentes, (e) os sócios de sociedades nulas, com objeto ilícito, com atividade ilícita e com objeto proibido, (f) os sócios de sociedades em que, por sentença transitada em julgado, for desconsiderada a personalidade jurídica, sobretudo quando há confusão patrimonial e unidade de direção, e (g) os sócios de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, quando, no exercício da gerência, adquirirem ações ou quotas de coligadas ou controladas que resulte em participação recíproca, conforme determina o par. 6º do art. 244 da Lei de S.A., aplicado subsidiariamente por força do art. 18 da Lei de Limitadas.

### 3. Pressuposto objetivo da falência

#### 3.1. Os diversos critérios legais e doutrinários

Segundo BENTO DE FARIA <sup>(35)</sup>, o estudo do Direito Comparado demonstra que, no Direito antigo, o estado de falência decorria do desequilíbrio do patrimônio do devedor, quando o ativo se mostrava inferior ao passivo, denunciando a impossibilidade de o devedor pagar a dívida exigível <sup>(36)</sup>.

“Esse (antigo) critério”, observa, ainda, BENTO DE FARIA, “foi substituído pelo da cessação de pagamentos — ou seja, a insolvabilidade —, expressiva da impossibilidade de pagar débitos vencidos e exigíveis, por falta de meios” <sup>(37)</sup>, e, posteriormente, no país, o da cessação de pagamentos pelo da impuntualidade

<sup>(34)</sup> O saudoso Prof. REQUIÃO, in *Curso* cit., p. 51, nº 33, declara que “o art. 6º sujeita à falência o sócio oculto”, com o que, d.v., não concordamos, pois a parte inicial do art. 6º deixa evidenciado que o sócio oculto será responsável solidário na falência da sociedade da qual faça parte, apurando-se a sua responsabilidade mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º, conforme determina a parte final do art. 6º.

<sup>(35)</sup> *Direito Comercial, Falência e Concordata*, Ed. A. Coelho Branco Fo., 1947, 1ª parte, p. 76.

<sup>(36)</sup> Atente-se, contudo, a bem da verdade, e atualmente é pacífico, que o devedor pode ser solvente, por possuir um ativo superior ao seu passivo, e encontrar-se impossibilitado de adimplir, nos respectivos vencimentos, as obrigações pecuniárias por absoluta falta de recursos financeiros disponíveis, quando, em alguns sistemas jurídicos, como o nosso, se encontrará, então, em estado de falência.

<sup>(37)</sup> *Ob. e loc. cit.*

e dos atos de bancarrota, como elucida PAULO DE LACERDA <sup>(38)</sup>, que vige até hoje <sup>(39)</sup>.

Embora variem os critérios, a doutrina tem ensinado, em sua maioria, que "o pressuposto essencial, fundamental da falência, é a insolvência" <sup>(40)</sup>.

RUBENS REQUIÃO, debruçando-se sobre o tema e batendo na mesma tecla, sustenta que "a insolvência é um fato, que geralmente se infere da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. Solvente é quem usou do crédito e está em condições de solver as obrigações contraídas", acrescentando que o estado de insolvência "pode ser confessado ou presumido por atos que exteriorizem a ruína da empresa" <sup>(41)</sup>.

SAMPAIO DE LACERDA, a seu turno, explica que, embora não haja "na lei brasileira qualquer passagem que autorize verificar que essa foi a intenção do legislador", é o que se infere, segundo o renomado autor, do artigo 1º, quando faz defluir da impontualidade a insolvência <sup>(42)</sup>, aduzindo que, mais importante do que "a impontualidade, é a situação do patrimônio do devedor. É o estado do patrimônio de alguém pelo qual se revela incapaz de fazer frente aos débitos que o oneram.

Tudo quanto a lei faz para caracterizar o estado de falência baseia-se na insolvência" <sup>(43)</sup>.

Logo após, reafirmando seu ponto de vista, SAMPAIO DE LACERDA esclarece que "essencial é o estado do patrimônio", embora obtempere, a seguir, que "o não-pagamento é apenas uma presunção de insolvência, que pode de fato não existir caso o ativo seja superior ao passivo, embora tenha ocorrido o inadimplemento da obrigação líquida e certa no vencimento", para, afinal, concluir: "o essencial, portanto, não é a insolvência, mas a insolvência presumida e não propriamente a insolvência", e, ademais, com arrimo em BOLAFFIO: "não raro a falência ocorre sem insolvência, porque o comerciante não sabe combinar, com precisão, as entradas e saídas de dinheiro", e, em PROVINCIALI: "a insolvência se caracteriza pela impossibilidade patrimonial do devedor em satisfazer regularmente a própria obrigação" <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> *Da Falência no Direito Brasileiro*, Cia. Editora Nacional, 1931, p. 131.

<sup>(39)</sup> Com efeito, o Código Comercial brasileiro, no artigo 797, dispunha que "todo o comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido", passando o Decreto 917, de 1980, artigo 1º e seu § 2º e o artigo 2º, ao sistema da "impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa e a ocorrência de circunstâncias denunciadoras da insolvência taxativamente enumeradas em lei", critério mantido pela Lei 859, de 1902, artigo 1º e § 1º, pela Lei 2.024, de 1908, artigo 1º e seu parágrafo único, pela Lei 5.746, de 1929, artigo 1º e seu parágrafo único, e, finalmente, pelo Decreto-lei 7.661, de 1945, artigos 1º e 2º.

<sup>(40)</sup> SAMPAIO DE LACERDA, *Manual de Direito Falimentar*, Ed. Freitas Bastos, 11ª ed., p. 39.

<sup>(41)</sup> *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1975, 1º vol., p. 55.

<sup>(42)</sup> *Ob. cit.*, p. 39/40.

<sup>(43)</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>(44)</sup> *Ibidem*, p. 40 e 41.

### 3.2. A precariedade do critério da insolvência

Como se vê, a doutrina pátria não tem sido feliz no desenvolvimento do tema (aliás, a alienígena também não se tem havido melhor), o que nos leva a propor, com os olhos voltados para o sistema adotado pelo DL 7.661, de 1945, um caminho diferente, partindo de noções econômicas básicas, sem, entretanto, descuidar dos seus reflexos no campo jurídico.

Em condições normais, o empresário, sensato e de boa-fé, leva em consideração, quando contrai uma dívida, três elementos distintos: o seu ativo, que é o complexo de bens e direitos de que é titular; o seu passivo, que é o conjunto de obrigações contraídas com terceiros, e a liquidez do seu ativo, que consiste na possibilidade de transformar os bens e direitos que possui em moeda corrente para atender às suas obrigações.

Quando ocorre um desequilíbrio entre o ativo e o passivo do devedor, ou, para ser mais explícito, quando, no vencimento, o devedor não dispõe de meios financeiros para pagar uma dívida líquida e certa, em geral diz-se, impropriamente, que ele está insolvente ou, como, acertadamente, doutrina ALFREDO ROCCO, que ocorreu "um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia".

Contudo, se atentarmos bem para o fenômeno econômico do descumprimento de uma obrigação líquida e certa no vencimento, vamos verificar que o inadimplemento pode ser provisório ou definitivo.

O inadimplemento é provisório quando o devedor não dispõe de meios financeiros para liquidar as dívidas vencidas, embora possua suficientes bens e direitos em seu ativo para cumprir todas as suas obrigações vencidas e vincendas, cuja realização, no todo ou em parte, poderá ser obtida em tempo útil.

O inadimplemento é definitivo quando o devedor não possui um ativo superior ao seu passivo, nem logra obter, em tempo hábil, os meios financeiros necessários à liquidação de suas obrigações vencidas, seja através de recursos dos próprios sócios ou de terceiros, sob a forma de subscrição de ações decorrentes de aumento de capital social, seja através de empréstimos e financiamento de curto, médio ou longo prazo, seja através de lançamento de debêntures etc.

Do exposto, fácil é concluir que o inadimplemento provisório não passa de uma situação de iliquidez, enquanto o definitivo, de uma situação de *deficit* patrimonial, sendo certo que somente este deveria poder autorizar a decretação da falência e aquele legitimar exclusivamente a execução da dívida vencida com fundamento no Código de Processo Civil.

Com efeito, se o devedor está apenas numa situação de iliquidez, o credor só deveria ser legitimado a propor a ação própria para o reconhecimento judicial do seu direito e a execução de seu crédito, e não a recorrer ao instituto da falência, que pressupõe a existência de uma pluralidade de credores insatisfeitos, porque deficitário o patrimônio do devedor, que contraiu mais obrigações e dívidas do que podia atender a tempo, a hora e nas condições pactuadas.

Como é curial, embora a impontualidade, o inadimplemento de obrigação líquida e certa no vencimento seja, em geral, uma manifestação exterior do estado de falência, ou, como enfatiza J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "a manifestação típica, direta, o sinal ostensivo qualificado da impossibilidade de pagar e conseqüentemente do estado de falência" (45), muitas vezes ela apenas expressa a disposição do devedor de discutir a dívida, por entender que não deve pagá-la na forma e nas condições exigidas pelo credor; outras, por negligência ou deficiente controle do devedor das "contas a pagar"; algumas, por fatos imprevistos, tais como a falência ou a concordata de um devedor do devedor, ou a retratação do crédito bancário, ou encurtamento dos prazos de pagamento aos fornecedores etc.

Destarte, se não há *deficit* patrimonial, se a situação é apenas de iliquidez, se a impontualidade do devedor 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.

A propósito, o eminente Professor NELSON ABRÃO doutrinou: "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. Afigura-se nos inconsistente o preceito que autoriza o ajuizamento do pedido de falência à ocorrência de uma simples impontualidade. A cessação de pagamentos é simplesmente o indício que a revela, mas não é senão um indício e o juiz não se atém a ele para abrir os procedimentos coletivos quando a dívida não é paga. A cessação de pagamentos é o sinal de alarme que atrai a atenção do juiz e o conduz a pesquisar por que o devedor pára de pagar. Se o magistrado encontra outros indícios (protestos, hipotecas, salários não pagos, demandas fiscais, efeitos de comércio avalizados, existência de títulos de favor), ele inferirá um clima geral de insolvência... etc. Acreditamos que a próxima lei de falências que vier, consentânea com a realidade sócio-econômica, possibilitará a abertura do procedimento concursal, só em caso de insolvência, devendo a impontualidade, que é sinal exterior desta, ser corroborada por outros sintomas" (46).

A crítica do saudoso Prof. NELSON ABRÃO é, sem dúvida, procedente, pois o instituto da falência, desde priscas eras, tem por objetivo pôr a salvo a *pars conditio creditorum*, a fim de que o credor mais bem orientado, mais bem informado, mais esperto, mais atirado, não desfalque o patrimônio do devedor comum em detrimento da universalidade de credores, não sendo aconselhável que apenas um único título líquido e certo, vencido e não pago, qualquer que

(45) *Das Falências e dos Meios Preventivos de Sua Declaração*, Tipografia Brasil, 1899, vol. I, p. 84.

(46) *Curso de Direito Falimentar*, RT, 3ª ed., pp. 53/55.



seja o seu valor, seja fundamento suficiente para a decretação da quebra de uma empresa solvente, embora ilíquida, momentaneamente.

Mas, se a constatação do estado de *deficit* patrimonial demanda a verificação da situação do ativo e do passivo do devedor, o que, por certo, exige tempo e até mesmo, por vezes, a realização de perícia contábil; se a idéia da impontualidade é rigorosa e drástica, qual deve ser o pressuposto objetivo da quebra, sabido que o sistema anglo-americano acaba de abandonar os atos de bancarrota?

A orientação mais consentânea com a realidade atual parece ser a do Anteprojeto de Lei Concursal espanhol, que elegeu como pressuposto objetivo da falência o "estado de crise econômica da empresa" <sup>(47)</sup>, dispondo o seu artigo 9º:

"Art. 9º — A efectos de la solicitud de concurso instada por um acreedor, se considerarán reveladores de una situación de crisis económica del deudor aquellos hechos que por su naturaleza manifiesten la existencia de un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos y en particular los siguientes:

1º. El sobreseimiento en los pagos que, aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de las obligaciones del deudor o de una manera general a algunos de los siguientes supuestos:

a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida.

b) Cuotas de la Seguridad Social, por el mismo período.

c) Rentas del local de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, por el mismo período.

d) Sallarios y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas.

e) Intereses, amortizaciones, reembolsos o outras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento.

<sup>(47)</sup> Anteproyecto de Ley Concursal, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Madrid, 1983, art. 9º.

f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito.

g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios.

2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º. El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor esté obligado a llevar contabilidad.

4º. La desaparición injustificada del deudor del lugar de su domicilio o residencia, o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno o otro caso se haya dejado representante con facultades generales.

5º. El abandono, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor".

### 3.3. A impontualidade: critério do art. 1º da Lei de Falências

Segundo o artigo 1º da Lei de Falências, que adotou a teoria da impontualidade, é mister que, sem relevante razão de direito, o devedor não pague, no vencimento, obrigação líquida <sup>(48)</sup>, constante de título que legitime a ação executiva <sup>(49)</sup>.

<sup>(48)</sup> A definição de obrigação líquida é ministrada pelo art. 1533 do Código Civil, *verbis*: "Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu objeto".

O artigo 1º, § 1º da Lei de Falências dispõe sobre a liquidez da obrigação provada por conta extraída dos livros comerciais e verificada judicialmente nas condições de seus incisos I a V, e, ainda, o § 3º do mesmo artigo dispõe sobre a liquidez das duplicatas não aceitas.

<sup>(49)</sup> Legitimam a ação executiva: (a) os títulos executivos judiciais: I — a sentença condenatória proferida no processo civil; II — a sentença penal condenatória transitada em julgado; III — a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo; IV — a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; V — o formal e a certidão de partilha (previstos no art. 584, I a V, do CPC); (b) os títulos executivos extrajudiciais: I — a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II — a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III — os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade; IV — o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel e renda de imóvel, bem como os de condomínio desde que comprovado por contrato escrito; V — o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VI — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na renda da lei; VII — todos os demais títulos, a que por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (previstos no art. 585, I a VII, do CPC).

### 3.4. Os atos de falência ou quebra: critério do art. 2º da Lei de Falências

Consoante o artigo 2º da Lei de Falências, que adotou a teoria dos atos de falência ou quebra, caracteriza-se, também, a falência se o comerciante: "I — executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal; II — procede à liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; III — convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; IV — realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado, ou alienação de parte ou da totalidade do seu ativo a terceiro, credor ou não; V — transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo; VI — dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos; VII — ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio." (conforme incisos I a VII do art. 2º da Lei de Falências).

#### 4. Pressuposto formal

A falência ou quebra tem, basicamente, três significados.

O primeiro, econômico, que consiste na situação anormal do patrimônio do devedor comerciante.

O segundo, um significado jurídico, quando o estado econômico da falência se transforma em estado jurídico especial, por força de uma sentença declaratória proferida por juiz competente.

O terceiro, processual, pois a falência é, sem dúvida, uma série de atos processuais, com finalidades específicas, que, resumidamente, são: (a) buscar a satisfação de todos os credores (princípio da generalidade ou da universalidade subjetiva); (b) assegurar tratamento igualitário a todos os credores (princípio da igualdade ou da *pars conditio creditorum*); (c) garantir que todos os bens se destinarão à liquidação de todas as dívidas (princípio da unidade patrimonial ou da universalidade objetiva) e, finalmente, (d) defesa da economia coletiva (princípio publicístico da falência).

Para que se caracterize a quebra, é mister que o fato econômico da falência se transforme em estado jurídico da falência, o que se dá com a sentença declaratória da falência, que é o seu pressuposto formal.

---

<sup>(1)</sup> JORGE LOBO é Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ e advogado.