

O DIREITO DOS CREDORES HYPOTHECARIOS PEDIREM A FALLENCIA

DO DEVEDOR COMMERCIANTE

em face da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902

A situação jurídica dos credores hypothecarios na fallencia do seu devedor, devido ao facto de até um certo ponto, escaparem elles aos graves e excepçionaes effeitos desse instituto; offerece um aspecto interessante, e tem dispertado tão vivas polemicas, que não será inoportuno esplanar uma das questões mais attrahentes, que se levantam a esse proposito, qual a da legitimidade da abertura da fallencia devida ao vencimento de dividas hypothecarias.

A oportunidade do presente estudo é indiscutivel no momento actual, em que começa a ser applicada a nova Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que neste particular, é verdadeiramente nova, pois veio modificar o direito vigente.

Apezar do indifferentismo incomprehensivel que presidio a discussão do projecto n. 143 de 1900, mais tarde convertido na Lei n. 859 de 1902, chegando a Comissão de Legislação e Justiça da Camara dos

Deputados, ao dar parecer sobre as emendas do Senado, a dizer que, embora alguma dessas emendas pudessem ser vantajosamente combatidas, e outras viessem affectar a substancia do projecto primitivo, deixava de impugnal-as, porque as esplanações doutrinarias ou os conceitos theoreticos serviriam apenas para retardar a conversão da reforma projectada em lei do paiz; foi este ponto um dos poucos, que mereceu alguma attenção.

Os resultados daquelle aqodamento não se fizeram esperar, e ahi temos a lei cheia de erros, confusões e contradicções, que o poder executivo procura incompetentemente corrigir, sob a mascara de regulamentação, com o Decr. 4855 de 2 de Junho de 1903.

Já o projecto primitivo alterava profundamente o direito vigente sob o dominio do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, em relação á faculdade do credor hypothecario pedir a fallencia do devedor commerciante, e a Commissão do Senado propoz duas emendas ao projecto neste ponto, sendo ainda approvada uma sub-emenda do Snr. Senador Coelho e Campos.

Em doutrina não ha inteira uniformidade de vistas, quanto ao modo de considerar esta faculdade dos credores hypothecarios, e a jurisprudencia, mais de uma vez reflecte a disparidade de opiniões dos escriptores.

São estes motivos sufficientes, para justificarem um ensaio sobre a materia, considerando-a sob as suas differentes modalidades, particularizando o estudo pela analyse da nossa lei, e examinando algumas das difficuldades praticas, que podem surgir.

Para a conveniente elucidação do assumpto convirá examinar o direito do credor hypothecario em

these; analysar as restricções que a nova lei introduzic, e estudar o processo dessas limitaçoẽs.

*
* *

Desde logo, é preciso deixar firmado um ponto, que vem limitar o nosso despretencioso estudo, e delle excluir uma série de questões, que embora interessantes; importariam em alongal-o demasiadamente, e é assim que preliminarmente, devemos dizer que sómente nos occuparemos com a hypotheca destinada a garantir um credito mercantil, isto é, uma obrigação resultante de um acto de commercio.

E' certo que nem por garantir um credito commercial diversifica, ou modifica-se a natureza juridica e os effeitos leaes da hypotheca; mas não é menos verdade que a nossa lei, afastando-se aliás, da melhor doutrina, e aferrada ao systema francez e italiano, nega aos creditos civis a virtude, de por si, quando não pagos no vencimento caracterisarem o estado de cessação de pagamentos, e determinarem e fallencia. (art. 1.º *obrigação mercantil*, combinado com o art. 5.º, § 2.º).

Dahi segue-se que a hypotheca deve, para ser considerada como exercendo alguma influencia na abertura da fallencia, garantir uma obrigação mercantil, e quando garantir uma obrigação civil, sómente depois de protestadas obrigações commerciaes, ou de aberta a fallencia, é que ella entrará em linha de conta, pelo principio de que a fallencia torna exigiveis tambem as dividas civis do fallido, mesmo ainda não vencidas (art. 29 da Lei 859 de 1902).

Esta distincção nem sempre tem sido feita, e graves erros teem sido commettidos por isso.

E' conhecida uma decisão do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, onde não só deixou-se de fazer essa diferenciação, mas até chegou-se a dizer que *«tal é a força ou efficacia civil que a hypotheca imprime ao titulo commercial a ella vinculado, que a propria letra de cambio ou titulo semelhante, perde o seu character mercantil, etc.»* (Revista de Jurispr., vol. III, pag. 204).

Se assim fosse, nos paizes filiados como o nosso ao grupo francez da classificação de Thaller e Luciani; um credor hypothecario nunca poderia, por força do seu proprio credito requerer a fallencia do devedor commerciante, porque o seu credito seria sempre civil, e o credor civil só pode requerer a fallencia, quando ha dividas commerciaes vencidas, não pagas e protestadas; mas felizmente assim não é, e como observa o illustrado Dr. Miranda Montenegro, annotando esse Accordam na Revista citada; hoje a jurisprudencia não vacilla mais sobre o character principal ou accessorio das letras de cambio ou de terra garantidas com hypotheca.

A mesma cousa deve-se dizer de toda e qualquer outra obrigação mercantil fornecida de garantia hypothecaria, pois a hypotheca é um contracto accessorio, representando um direito real e assecuratorio da solução da obrigação, e não seria nem juridico, e nem logico que o accessorio pudesse absorver e desnaturar o principal.

Nada obsta que uma obrigação mercantil de qualquer natureza seja garantida por uma hypotheca, por uma antichrese, ou por um penhor agricola, e ninguem dirá que aquella obrigação, por esse facto, transmuda-se em obrigação civil; e para verificar-se desde logo o erro, bastará considerar o caso em que a obrigação, que fôra civil durante a existencia do

imovel hypothecado ou da cousa apenhada, voltaria a ser commercial pelo seu perecimento.

O engano em que laborava uma parte da jurisprudencia antigamente, provem talvez do facto de terem a Lei de 24 de Setembro de 1864 e o Reg. de 26 de Abril de 1865, revogado as disposições do Codigo Commercial relativas á hypotheca mercantil, estabelecendo que a hypotheca regula-se exclusivamente pela lei civil; mas a conclusão a que chegava é forçada, é injuridica, e não resulta da lei, e mesmo se alguma modificação se pudesse operar na natureza da relação juridica, seria antes para considerar como mercantil a hypotheca em garantia de um acto de commercio, em virtude da theoria dos actos de commercio accessorios.

Feita esta observação preliminar, e abandonando a questão de saber se os credores civis podem requerer a fallencia do devedor commerciante; impõe-se desde logo a investigação do fundamento juridico do direito do credor hypothecario pedir a fallencia do seu devedor.

Não teem faltado escriptores e codigos, que negam aos credores hypothecarios, como aos demais credores privilegiados garantidos com um direito real sobre certos e determinados bens do devedor, aquelle direito.

Os motivos pelos quaes os primeiros seguem essa opinião, e os segundos a consagram; podem se resumir na exposição, que a respeito faz Thaller, em sua notabilissima monographia sobre a fallencia em direito comparado. Diz elle na pag. 2 do vol. II da sua obra: «Os credores a quem a boa organização da fallencia mais interessa; os unicos, a bem dizer, que a lei entende proteger, quando instituiu este modo de liquidação, são os credores chirographarios;

«estes fizeram credito á pessoa, não estipularam garantias, e sujeitar-se-hão aos dividendos. A fallencia tem por principal fim manter entre todos elles a egualdade a mais escrupulosa, e impedir que os mais habeis e os mais diligentes criem para si uma situação mais favoravel. *Si elle n'est pas précisément le coup de baguette qui décapite les pavots, du moins n'admet-elle pas que les tiges les plus fortes s'alimentent aux dépenses des autres.* Os credores que se muniram de garantias, taes como um penhor ou uma hypotheca, não verão os seus interesses em perigo pela queda pecuniaria do devedor; sua garantia subsiste, a hypothese de um desastre foi prevista, sem o que teriam feito credito á pessoa e não á cousa; a cousa affectada á divida é liquidada e a somma paga integralmente ao credor, para quem o objecto serve de caução».

Seria precipitação concluir dessas palavras, onde o notavel mestre faz simples exposição de doutrina, que elle aceite o systema a que nos referimos, pois em seu *Traité Elementaire de Droit Commercial*, publicado mais tarde, nós o vemos dizer: «*Nous dirons encore que la faillite est justement encourue: même si le créancier a une HYPOTHÈQUE ou un GAGE sur un bien du débiteur*», op. cit. n. 1747, pag. 901, 2.^a edição.

Isto posto; temos que o fundamento da theoria que nega aos credores hypothecarios a faculdade de pedirem a fallencia do devedor commerciante, está na falta de interesse que têm os mesmos de provocar a immediata liquidação do activo do devedor, impedindo que a continuação do estado de desequilibrio economico dô mesmo, augmente os prejuizos futuros.

Será, entretanto, juridicamente verdadeiro este fundamento?

Acreditamos que não, seguindo a maioria dos escriptores italianos e francezes, e estendendo a solução até os credores privilegiados em geral.

Antes de tudo, é de consignar que nesta materia de faculdade para requerer a fallencia do devedor commum commerciante; a regra geral entre nós é que todo credor, gosando de capacidade civil, e munido de um credito mercantil, não sendo parente do devedor em gráo mencionado pela lei, e satisfazendo a exigencia da inscripção da firma, quando domiciliado no Brazil, e dando fiança ás custas e ao damno, quando domiciliado no estrangeiro; póde requerer a fallencia do seu devedor, desde que prove, pelos meios legaes, a sua cessação de pagamentos; pouco importando para o exercicio de desse direito o maior ou menor valor do seu credito; a natureza do mesmo (contractual ou não, uma vez que seja mercantil); o seu objecto, comtanto que convertivel em dinheiro; a sua data, e a circumstancia de ser a termo ou condicional.

Ora, se o credor condicional e a termo póde requerer a fallencia do seu devedor; parece que o credor hypothecario, que se póde tornar chirographario em caso de insufficiencia da garantia, está nessas condições, e, que o credor condicional tem aquelle direito é indiscutivel.

Sobre este ponto existe entre os escriptores, quasi unanimidade de vistas, tanto na Italia, como em França e na Allemanha; e para assim pensarem, partem do principio que tambem os credores a prazo ou sob condição têm interesse na abertura da fallencia do seu devedor, de modo a evitarem que desapareça, em virtude de malversações e contractos ruinosos o activo destinado á sua satisfacção; sendo a fallencia, como é, sob certos aspectos, tambem um meio conservativo de direitos.

Accresce, no dizer justo de Luciani — *I Fallimenti* — (n. 162), que o credor quando requer a fallencia do devedor baseado em factos graves equipolentes da cessação de pagamentos, não faz mais do que agir de accôrdo com o interesse legitimo da generalidade dos credores; ou como diz Thaller, «*chacun des créanciers devient ici gérant d'affaires de l'ensemble des autres*» (op. cit. n. 174), e nessas condições a lei não pode deixar de ver com bons olhos um pedido destinado a impedir que um patrimonio desequilibrado economicamente, e desorganizado financeiramente; continue confiado á má gestão do devedor.

Dentre os escriptores italianos, o unico divergente é Bolaffio em seu commentario «*Fallimento*», porque para elle só existe fallencia, quando ha effectiva, real, e material cessação de pagamentos (BONELLI.— *Com. al Cod. di Com.—Del Fallimento*—n. 112, pag. 184, nota 6); theoria inaceitavel, e facilmente contestavel.

Os escriptores francezes, como Boulay-Paty; o classico Renouard, Bravard-Veyrières, Lyon Caen et Renault seguem aquella primeira opinião a respeito dos credores condicionaes ou a praso, sendo de mencionar o argumento produzido por Delamarre et Le-Poitvin, ao dizerem que, produzindo a sentença declaratoria da fallencia, entre outros effeitos, o de tornar exigiveis os creditos a termo, ninguem terá maior interesse do que os credores a termo, em uma immediata applicação da lei, quando o devedor descuidando-se da sua obrigação, deixa de declarar em tempo o seu estado de fallencia. (*Droit Com.*, vol. VI, n. 21).

Do mesmo modo de sentir são os escriptores allemães, comquanto não seja expressa a lei de 1877 nem a de 1898, e bastará invocar a respeito a autoridade de Sarwey, o notavel presidente da commissão dos 14 membros do Reichstag, que discutiram o pro-

jecto do chanceller de 1875 (SARWEY, *Konkursordnung* § 95 n. 4).

Justificado assim o interesse que tem o credor a prazo ou condicional, em requerer a fallencia do devedor; interesse, que aliás, e em ultima analyse, resulta da maxima consagrada pelos codigos civis, de que o beneficio do prazo cessa para os devedores insolventes, (art. 1.176 do Cod. Civ. Ital. e 1.180 do Cod. Civ. Franc.); não será difficil demonstrar o mesmo interesse em relação aos credores hypothecarios.

O credor hypothecario tem apenas um privilegio sobre o producto dos bens dados em garantia, e se esses bens não produzirem a quantia necessaria para a integral satisfação da divida, pelo que faltar, elle é considerado como um simples chirographario.

Isto é trivial em materia de hypothecas, e é expresso em nossa lei de fallencias no § 1.º e letra c do n. IV do art. 78.

Ora, se o credor hypothecario, póde se tornar chirographario quando houver insufficiencia da garantia para cobrir a totalidade do credito; o que se segue muito logicamente, é que o credor hypothecario póde ser considerado como um credor chirographario quanto a essa parte do credito, sob a condição de dar-se a mencionada insufficiencia; e como tal, tem legitimo interesse para pedir a fallencia do devedor.

Além disso o interesse individual do credor, que pede a fallencia, diante da construcção juridica desse instituto, figura em um segundo plano. A cessação de pagamentos não recebe da lei os effectos que lhe são attribuidos, exclusivamente porque um ou outro credor não foi pago no vencimento, e sim porque esse facto é symptomatico de uma desordem e desequilibrio economicos, que interessam a massa geral dos credores. (Bonelli op. cit. n. 46 pag. 72).

Nos paizes que pertencem ao grupo chamado francez, e onde se admite a abertura da fallencia *ex officio*, pelas autoridades judicarias, como uma funcção social, como um acto mais de imperio do que de jurisdicção; aquelle interesse geral assume proporções mais elevadas, e é até considerado de ordem publica, não só para protecção da situação economica do paiz, mas tambem para a descoberta e investigação de crimes, que sem a fallencia ficariam impunes.

Para essas legislações, onde a funcção do credor ao pedir a fallencia, é antes a de um denunciante, dando logar a que as autoridades judicarias interveham em razão do seu cargo e officio, parece que a allegada falta de interesse dos credores hypothecarios, não póde ser objecto de graves preoccupações, ou duvidas.

Mesmo para as legislações, que consideram a fallencia principalmente como um meio de execução, e taes são as que se filiam ao grupo germanico, e onde o credor exerce um direito proprio pedindo a fallencia do devedor; o interesse da massa credora sobreleva o interesse do credor isolado, e portanto ainda ahi; o verdadeiro interesse em jogo na abertura da fallencia é sempre o da generalidade dos credores, e a falta de pagamento de uma divida commercial garantida com hypotheca deve caracterisar o estado de fallencia, e consequentemente autorisar a sua declaração, quer provocada pelo credor não pago, quer pelos outros credores chirographarios ou não, que julgarem conveniente e opportuno usar do seu direito, prevenindo maiores prejuizos futuros.

Esta consideração augmentará de vulto, se attendermos a que as dividas garantidas com hypotheca, são sempre e em toda a parte protegidas por uma acção violenta e rapida, que affecta directa e imme-

diatamente a vida economica do devedor, iniciando-se pelo desapossamento judicial de uma parte do seu patrimonio. Quando mesmo se admitta a possibilidade de distinguir-se o patrimonio civil do patrimonio commercial do negociante; a cessão de pagamentos de taes dividas, para os effeitos da fallencia, reveste-se de um character mais grave e serio, e em vez de difficultar a declaração da fallencia do devedor, devia até facilitá-la.

Nem se deve perder de vista que as dividas dessa natureza, representando uma modalidade do credito real, que é menos usado em commercio do que o credito pessoal; são destinadas a consolidar ou reforçar os negocios mercantís, e que a sua não satisfacção no momento do vencimento revela com maior clareza do que qualquer outro symptoma, o estado de impotencia patrimonial do devedor.

Dizer-se que o credor hypothecario não tem interesse directo na declaração da fallencia do devedor, só porque acha-se a coberto de prejuizos, por ter uma garantia real, é, além do mais, desconhecer os intuitos funcçionaes da fallencia.

E' sabido que a fallencia appareceu para satisfazer as exigencias e necessidades do commercio, que não se compadeciam com os processos de execução de direito commum, excessivamente formalisticos, pesadamente lentos e complicados, e demasiadamente dispendiosos; e assim sendo, não ha motivos para que dessas vantagens se prive o credor hypothecario, por ter uma garantia. Não valeria tão pouco dizer-se que a execução de uma hypotheca é tambem rapida, ao que já alludimos; porque nunca o será tanto e tão commoda como a liquidação na fallencia.

O facto do credor hypothecario poder prevalecer-se de uma determinada porção immobiliaria do pa-

trimonio do devedor, sobre a qual recahe o seu privilegio, será antes um motivo para approximal-o da fallencia, do que para della afastal-o; pois, é somente por essa forma que se consegue estabelecer a separação perfeita daquella parte do mesmo patrimonio com a qual podem eventualmente contar os credores chirographarios para a satisfação dos seus creditos. Não é nova esta observação, pois nós encontramos o notavel especialista allemão Wilmowsky, em sua obra *Deutsche Reichs-Konkursordnung*, ed. de 1878, ao tratar da parte historica da fallencia e seu desenvolvimento, dizendo que a circumstancia dos outros credores só adquirirem a livre disposição dos bens do devedor, depois de satisfeitos os credores com privilegio real; fez com que estes fossem chamados ao processo da fallencia, afim de lhes ser ahí designada uma situação de preferencia sobre os outros. «*Der Umstand, dass erst nach Befriedigung der Pfandgläubiger die übrigen Gläubiger für sich freie Disposition erhielten, führte dazu, die Pfandgläubiger zum Verfahren zuzuziehen und ihnen darin eine Stelle vor den anderen Gläubigern anzuweisen.*» op. cit., pag. 3.

Deante desta consideração cahe a objecção de que a intervenção do credor hypothecario pudesse ser prejudicial aos credores chirographarios, iniciando-se uma liquidação em que o promovente escapa á *par conditio creditorum*; objecção já de si mesma quasi insubsistente, porque muito difficilmente se comprehenderia o restabelecimento do equilibrio economico de um commerciante, que tivesse deixado de pagar no vencimento obrigação mercantil liquida e certa garantida por hypotheca. Por muito menos do que isso todas as legislações permitem a declaração da fallencia do commerciante, quando se trata dos casos chamados pelos escriptores de manifestação indirecta

da cessação de pagamentos, isto é, quando não ha uma formal recusa de solver obrigação mercantil.

Não nos parece procedente a opinião dos que pensam que o credor hypothecario estatuinto uma garantia real para o seu credito, munida de uma execução especial; tenha renunciado implicitamente o direito de prevalecer-se da fallencia, como meio de execução, da qual se desinteressára; em que pese a autoridade do Snr. Caetano P. de Miranda Montenegro, entre nós, criticando o já citado Accordão do Superior Tribunal do Paraná, e chegando aliás á mesma consequencia por este novo fundamento; e a opinião de Bolaffio, na Italia, baseando-se na disposição do art. 567 do Cod. do Proc. Civil desse paiz, segundo a qual não é licito accumular-se meios diversos de execução da mesma divida. (Com. al *Fallimento*, n. 16, pag. 43). Os dois preopinantes partem de um ponto falso, consistente em considerarem ambos, a fallencia, só e exclusivamente como um meio de execução; além de que a supposição de uma renuncia do credor neste caso é absolutamente arbitraria.

São dignas de transcripção as palavras de Luciani, ao dizer: «*Il creditore, d'altronde, stipulando de-
«terminate garanzie a sicurezza del proprio avere, non
«si preclude l'uso cumulativo o separato d'ogni altra
«azione amessa dalla legge che valga a fargli conseguire
«più sollecitamente il pagamento, e ciò in applicazione
«dell'art. 1949 del cod. civ. per cui i beni del debitore
«sono la garanzia comune dei suoi creditori, e dell'art.
«2078 che esonera il creditore dall'osservanza di un
«ordine nell'escussione dei detti beni.»* *Tratatto del Falli-
mento*, n. 161, pag. 309.

E de facto, desde que ha a cessação de pagamentos, e apparece a consequente declaração da fallencia; aquella maxima recebe a mais completa appli-

cação pratica; o devedor é desapossado da administração de todos os seus bens, moveis e immoveis, e o credor hypothecario vê a sua garantia passar para a posse e administração dos representantes da massa; é chamado e arrastado para o processo da fallencia; não poderá mesmo obstar a venda judicial do immovel, ainda quando a divida não esteja vencida; fica privado de exigir as clausulas penaes estipuladas, se o vencimento da divida teve logar por effeito da fallencia; e não é justo que quem tem de soffrer os inconvenientes inevitaveis desse processo excepcional de liquidação, veja-se privado de recorrer a elle, quando se vencer o seu credito, afim de auferir os commodos e vantagens, que lhe são peculiares.

Na Allemanha seria ainda admissivel a denegação do direito de pedir a declaração da fallencia ao credor hypothecario, não só porque a fallencia para o systema allemão é principalmente um meio de execução, e dahi vem a sua applicabilidade aos não commerciantes (*Sacerdoti—Teorica del Fallimento*, pag.), mas tambem por causa do chamado *Absonderungsrecht*, em virtude do qual são considerados como fóra da massa os bens gravados por um privilegio real, e não são considerados como credores na fallencia os titulares desses privilegios, senão pela porção ou quantidade de que tiverem desistido, ou pelo que faltar, quando os excutirem judicialmente, de accordo com os preceitos do direito commum. (§§ 47 a 52 da Lei de 17 de Maio de 1898. *Jaeger—Die Konkursordnung*, ed. de 1902, pag. 340).

Apezar dessas duas circumstancias admite-se alli que todo credor separatista, *ex jure crediti*, e portanto tambem o hypothecario; tem o direito de requerer a fallencia do seu devedor; e esse principio foi sustentado especialmente perante a Commissão do Reichs-

tag pelo seu secretario o Geheims-Rath Carl Hagens de Berlin, como sendo perfeitamente consentaneo com a propria natureza do instituto da fallencia.

Desenvolvendo esse pensamento, dois dos mais notaveis tratadistas da materia, dizem que é mister não perder de vista, em primeiro logar que aquelle direito de separação só pode ser exercido na propria fallencia, e em segundo logar que esses credores podem desistir e renunciar ao seu direito, tornando-se simples chirographarios.

«Vorerst hat der Absonderungsberechtigte, da das Absonderungsrecht erst nach der Konkurseröffnung ausgeübt, und ausserdem, auch auf dasselbe verzichtet werden kann; die Stellung eines einfachen Konkursgläubiger.» (Pettersen und Kleinfeller. *Konkursordnung für das Deutsche Reich*. 2.^a edic. 1890, pag. 372). Conf. *Fitting—Das Reichskonkursrecht*—pag. 284, § 35, *Völderndorf—Die Konkursordnung*, vol. 2.^o, pag. 175 e *Wilmowsky—Deutsche Reichskonkursordnung*, pag. 306.

Portanto, mesmo perante aquellas legislações, que consideram os bens hypothecados, como excluidos da massa da fallencia, não é licito negar aos credores hypothecarios o direito de provocarem a mesma fallencia.

E depois, seria um verdadeiro contrasenso voltar a qualidade de credor hypothecario ou privilegiado, contra aquelle que della se deve aproveitar; *«egli ha «semplicemente un diritto di più, non uno di meno che «gli altri.»* (Luciani, op. cit., n. 161, pag. 309).

O argumento tirado da renuncia presumida feita pelo credor hypothecario de requerer a fallencia, que se pretende induzir do facto de ter estipulado uma garantia especial para o seu credito, provida de um meio executivo excepcional; é, além dos motivos já expostos, muito contestavel, porque sérias duvidas levan-

tando-se sobre a legitimidade de qualquer pacto expresso celebrado entre credor e devedor, em virtude do qual aquelle se tenha obrigado a não requerer a a fallencia deste, maiores serão essas duvidas sobre a renuncia tacita.

Sustentam os escriptores francezes e italianos, aliás, com bons fundamentos em face do *systema* vigente nesses paizes, admittindo a fallencia *ex-officio*; que o direito do credor denuncia-a não pode ser objecto de convenção, porque elle é de ordem publica, e o credor não age nessa emergencia em nome do seu interesse individual, e sim no da collectividade, (*Bonelli*, op. cit. n. 111), e nem se trata de um caso, em que cada um pode «*eis quae pro se introducta sunt renuntiare.*»

O interesse colectivo é tão attendivel e preponderante na fallencia, que até na Allemanha, onde não se conhece a fallencia *ex-officio*, os escriptores sustentam a mesma doutrina, e os citados Petersen e Kleinfeller, baseando-se na autoridade de Kohler, dizem expressamente que semelhante convenção não seria valida. . «*ein solcher Vertrag nicht rechtverbindlich ist,*» op. cit., pag. 375.

Finalmente dizer-se que o credor hypothecario está á salvo dos prejuizos que resultam da fallencia, é fazer uma asseveração graciosa, porque não é da natureza da hypotheca, servir sempre e infallivelmente de garantia integral do credito. Si o devedor não pode dar outros bens, e o credor se contenta com a cobertura apenas de uma parte do seu credito; si a divida augmenta-se por effeito de juros ou por qualquer outra causa; se o immovel desvalorisa-se ou deprecia-se; não são porventura todas essas hypotheses perfeitamente admissiveis, e em todas ellas não virá a falhar o argumento?

Além disso, um tal argumento sómente seria ponderavel e mereceria contestação, em face de legislações, que fizessem consistir o estado de fallencia na insolvabilidade do commerciante, porque só perante ellas é que conviria saber se o valor da divida é inferior ou superior ao valor da sua garantia. Hoje, porém, quando o systema da insolvabilidade foi geralmente repudiado, tanto pela sua inefficacia, como pelos seus perigos; uma e outros tão claramente demonstrados pela Commissão Parlamentar Italiana encarregada da reforma do codigo commercial de 1865, em seus trabalhos preliminares; hoje, repetimos pouco importa que o activo do commerciante seja superior ao passivo; bastando que se tenha dado a cessação de um unico pagamento, ou que tenham occorrido factos, que revelem a incapacidade, embora momentanea, de satisfazer os seus compromissos, para que o negociante se repute fallido. As leis preveem até o caso, em que, feita a liquidação do activo, ainda restam sobras depois de pagos integralmente os credores.

Temos assim considerado os differentes e principaes aspectos, que offerece o direito do credor hypothecario de requerer a fallencia do devedor commerciante, em face da doutrina; e chegamos a concluir pela improcedencia de todos os argumentos, contra elle adduzidos. Se particularisarmos o nosso estudo ao direito patrio, como passamos a fazer, novos argumentos resultarão do espirito e letra da lei.

* * *

O Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, dispunha no art. 4.º: «*A fallencia será declarada pelo juiz commercial, em cuja jurisdicção o devedor tiver seu principal estabelecido*»

«mento, ou casa filial de outra situada
«fora do Brazil, si não operar por conta
«e sob a responsabilidade do estabelecimento principal (art. 91) a requerimento:

«

«c) DO CREDOR CHIROGRAPHARIO
«OU NÃO, EXHIBINDO O TITULO DE DI-
«VIDA, AINDA QUE NÃO VENCIDA.»

A lei usava ahi de uma terminologia sufficientemente clara para excluir qualquer duvida relativamente aos credores hypothecarios, que não havia negar; estavam incluídos nos termos «*chirographario ou não.*»

O Snr. Carvalho de Mendonça, em seu notavel livro *Das Fallencias*, referindo-se á opinião, que combatemos diz, com um certo receio, justificado pela jurisprudencia anterior: «*A disposição do art. 4 c do Dec. 917 PARECE não autorisar esta doutrina,*» (op. cit. vol. I, n. 126, nota 2), quando, na realidade, elle a excluía abertamente, e nisso estava de accordo com a doutrina e jurisprudencia dos povos cultos.

Entretanto, tinha apparecido o já citado Accordam do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, negando aos credores hypothecarios aquelle direito; e tinha apparecido a critica do Snr. Caetano Montenegro, chegando á mesma conclusão, embora por fundamentos diversos (*Revista de Jurisprudencia*, vol. III, pag. 203 *usque* 206), e ao elaborar-se o projecto de lei que vinha modificar o Decr. 917 de 1890; julgou-se opportuno esclarecer este ponto, que não precisava aliás de esclarecimentos; e o que foi ainda peor, julgou-se necessario submeter o direito do credor hypothecario a certas restricções difficeis de defender e de justificar.

A disposição do projecto primitivo referia-se apenas aos credores hypothecarios e pignoratícios e era concebida nos seguintes termos: *Art. 5.º § 1.º*: «*O credor hypothecario ou pignoratício só será admittido a requerer a fallencia do devedor no caso de falta de pagamento, provando que os bens dados em garantia não chegam para pagamento da divida.*»

Fazia-se ahí uma referencia expressa aos credores hypothecarios, mas . . ., para limitar o exercicio da faculdade de pedirem a fallencia, que até então era ampla; e estendia-se tambem aquella referencia aos credores pignoratícios, devido talvez a uma decisão da Relação do Rio de Janeiro de 10 de Março de 1885, (*Direito*, vol. 38, pag. 409), á qual se referia o Tribunal do Paraná, no Accordão já citado, e onde se assentára que o credor pignoratício não podia pedir a fallencia do devedor por estar fóra do preceito do art. 807 do Codigo Com., então vigente em materia de fallencias.

A Commissão de Legislação e Justiça da Camara dos Deputados, ao apresentar o projecto n. 143 de 1900, em seu parecer justificava a restricção nos seguintes termos: «*E' verdade que o patrimonio do devedor é a garantia commum dos seus credores. A fallencia, sendo um meio de assegurar essa garantia, não devem ficar privados della os credores que teem uma garantia especial para os seus credits, taes como os hypothecarios e pignoratícios. Mas, por isso mesmo que elles teem uma garantia especial e ficam, por assim dizer, desinteressados da massa geral do patrimonio do devedor, salvo o caso de não chegarem os bens para o pagamento da divida, caso em que concorrem com os demais credores; e que neste caso deve a lei lhes dar o direito de requerem a fallencia do devedor, etc.*»

E' difficil dizer si foram essas considerações, que influíram no espirito da Camara dos Deputados para que fosse adoptada a disposição, pois, já o dissemos, o projecto correu nessa casa do parlamento, no meio da mais absoluta indifferença, apenas tomando parte na discussão o illustrado Snr. Paranhos Montenegro, que ahi, e posteriormente, continuou a revelar verdadeiro interesse pelo assumpto; o caso é que a disposição passou tal como fora proposta, apesar de ser insustentavel o seu fundamento.

No Senado a Commissão respectiva extranhou que a restricção se referisse exclusivamente aos credores hypothecarios e pignoraticios, e não a todos os credores privilegiados; e ainda, extranhou que se não tivesse previsto o caso desses credores renunciarem o seu privilegio, tornando-se assim chirographarios, quando semelhante renuncia é permittida, por occasião das votações de concordatas.

Quanto á primeira parte, se é certo que a redacção do projecto primitivo, admittido o ponto de vista em que se collocou, era perfeita, porque excluia outros credores com garantias reaes, perfeitamente equiparaveis aos credores hypothecarios e pignoraticios; não foi mais feliz a emenda do Senado estendendo a restricção a todos os credores privilegiados, pois abrange assim aquelles que teem um privilegio sobre a massa geral dos bens do devedor, massa essa que só pode ser verificada pelo levantamento de um balanço geral da situação economica do mesmo, e portanto mediante exame geral dos seus livros, o que não se comprehende antes da declaração da fallencia, porque até então nenhuma autoridade sob qualquer pretexto poderá exigir a exhibição dos livros por inteiro, salvo o caso de *quebra*, e outros mencionados no art. 17 do Cod. Com.

E' justamente por causa dessa prohibição, que se encontra em todos os codigos, que o systema de adoptar a insolvabilidade como criterio caracterizador do estado de fallencia tem sido inteiramente abandonado, e que, entretanto, a nova lei pretende restaurar para esta especie de credores.

Mesmo deixando de lado os credores reivindicantes *ex jure domini* e os credores separatistas *ex jure crediti*, (arts. 76 e 77), e não os incluindo na classe dos privilegiados a que se refere a lei, de modo a evitar discussões superfluas para o nosso fim; fica ainda a numerosa classe dos credores que a lei denomina propriamente privilegiados (art. 78), entre os quaes encontramos os de salarios, os de alugueis, os de fornecimentos de materiaes, os hoteleiros, etc., etc., para os quaes é materialmente impossivel fornecer antes da fallencia, a prova da insufficiencia da sua garantia.

Quanto á segunda parte da emenda proposta, nas palavras accrescentadas: «*ou renunciando a garantia,*» sobre ser desnecessaria ella seria incompleta.

Desnecessaria, porque é maxima geral de direito que cada um pode dispor do que lhe pertence como entender, e a renuncia é uma desistencia de direitos; sendo admiravel, que apezar da Commissão do Senado alludir a esse principio tivesse accrescentado aquellas palavras.

E' incompleta, porque, nos termos em que está concebida, exclue a possibilidade de uma renuncia apenas parcial, o que é possivel em direito, e nem é obstado pelo principio da indivisibilidade da hypotheca, quando se trata de credores hypothecarios, e se pratica no direito allemão, quanto á votação das concordatas, (Jaeger, op. cit., pag. 426, nota 11, Pettersen und Kleinfeller, op. cit., pag. 289)

Deante dessas considerações parece que a emenda do Senado, longe de melhorar, a disposição do projecto primitivo, já de si mesma muito criticavel; veio dar logar a novas duvidas.

* * *

Dissemos que a disposição do projecto primitivo, que foi mantida com as emendas do Senado no art. 5.º § 1.º da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, restringindo o direito do credor hypothecario, e só permitindo-lhe o pedido de pedir a fallencia do devedor commerciante quando provar insufficiencia de garantia, é passivel de critica, e não será difficil demonstral-o.

Entre as legislações dos povos cultos, e entre os tratadistas que se occupam da materia, nem sempre encontramos uniformidade de vistas quando tratam deste ponto particular da questão, mas é prevalente a opinião contraria á innovação introduzida pela nova lei.

Na França não havendo disposição especial sobre a hypothese vertente, os escriptores e a jurisprudencia não fazem depender o direito do credor hypothecario de qualquer demonstração preliminar da insufficiencia do immovel para garantir a totalidade da divida, e isso em primeiro logar porque se admite ahi a declaração da fallencia *ex officio* o que tira toda importancia á questão do interesse do credor hypothecario em provocal-a; sendo consequentemente indifferente que elle fique a descoberto em parte do credito, e é o que diz o classico Renouard:

«*La loi n'interdit á aucun créancier le droit de faire déclarer la faillite; le caractère essentiel de toute faillite, la généralité de la cessation des paiements, demeurant toujours soumis á l'appréciation du tribunal,*

«qui peut déclarer la faillite même d'office, LES CONSIDERATIONS TIRÉES DE LA POSITION SPECIALE DU CRÉANCIER REQUÉRANT PERDENT LEUR FORCE». (*Faillites et Banqueroutes*, vol. II, pag. 279, n. 10).

Em segundo lugar, porque a sua situação privilegiada não pôde servir de fundamento para tirar-lhes uma faculdade de direito commum:

«Dans tous les cas, leur situation privilégiée ne saurait leur être objectée pour leur enlever une faculté de droit commum». (Lyon Caen et Renault, vol. VII, n. 93, pag. 82.)

E ainda em terceiro lugar, porque a sua garantia pôde ser, ou tornar-se insufficiente: . . . «peut-être la sûreté est elle insuffisante, l'ayant-droit aura à s'inscrire dans la masse au marc le franc pour un de-couvert.» (Thaller. *Trait. Elem.*, n. 1.747, pag. 901.)

Na jurisprudencia desse paiz ha uma decisão importante a esse respeito exarada no *Journal du Palais* de 1876, pag. 1008, onde se resolveu de modo preciso, que o credor hypothecario não é obrigado a demonstrar preliminarmente a insufficientia da hypotheca, pois o contrario seria tirar uma consequencia exaggerada do character convencional da mesma hypotheca, induzindo della uma renuncia ao direito de pedir a fallencia, em tanto quanto fosse sufficiente a garantia e «cette renonciation ne doit pas être admise trop facilement.»

Na Italia o art. 687 do Cod. Com. dispõe que: «Ogni creditore per causa di commercio può chiedere al tribunale competente la dichiarazione del fallimento del commerciante suo debitore, dimostrandone la cessazione dei pagamenti», de onde admittir-se, em jurisprudencia, (Bonelli, op. cit. nota 1 ao n. 113) que esse direito pertence tambem, sem limitação quanto ao suffi-

ciente ou insufficiente valor da garantia; ao credor hypothecario, não só pelos fundamentos de doutrina já expostos, mas ainda pela maxima; «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», e porque como diz Borsari «*non vi ha creditore senza interesse in questa organizzazione del patrimonio del fallito.*»

No terreno da doutrina a questão da limitação resultante do maior ou menor valor do immovel affectado ao credito é considerada diversamente pelos escriptores.

Tito Masi, por exemplo, faz uma distincção entre a hypotheca convencional e a hypotheca legal ou judiciaria, e em relação á primeira exige a prova preliminar da insufficiencia da garantia, porquanto, nesse caso, diz elle: «*Non é da credere che il commerciante, che per questa stessa sua qualità é da stimare avveduto nella trattazione degli affari, consenta a ricevere un pegno o la iscrizione a favor suo di una convenzionale ipoteca, se non é sicuro che l'uno o l'altra gli sia idonea malleverie della integrale realizzazione del suo credito, fino a che non provi, o la perdita, o il deterioramento delle cose ricevute a pegno, o del fondo a lui convenzionalmente ipotecato.*» (*Fallimento e Bancarota*, vol. II, pag. 196.)

Quando se trata, porém, de hypotheca legal, ou judiciaria; uma vez que o credor não tem a faculdade de submeter o immovel a um exame anterior para certificar-se do seu valor idoneo em relação a divida; a prova preliminar da insufficiencia é dispensavel, na opinião do presidente do Tribunal de Commercio de Bologna.

Parece-nos que ha ahi um erro ao lado de uma incoherencia; erro consistente em considerar toda a hypotheca convencional, como sufficiente para cobrir o valor do credito, quando é certo que desde a sua

constituição ella pôde ser insufficiente, independentemente de circumstancias accidentaes supervenientes, e que apezar disso tenha sido acceita pelo credor, em falta de outra garantia ou por qualquer outra circumstancia; de fórma que a presumpção de sufficiencia em que se apoia o escriptor citado é gratuita; incoherencia consistente, na exclusão das hypothecas legaes e judicarias do onus daquela prova preliminar, partindo de uma supposição tão gratuita como a primeira, de que ellas não são sufficientes para cobrir todo o debito, quando é certo que o contrario pôde se dar facilmente.

Um outro escriptor não menos notavel, Bolaffio, entende que a restricção, que examinamos é admissivel sómente quando o DEVEDOR puder provar que a garantia hypothecaria ou pignoratícia é sufficiente para cobrir o credito, e então o juiz deverá sobreestar a declaração da fallencia. (*Nuovo Codice de Commercio*. Lib. III, pag. 43).

Com isso elle desloca o onus da prova do credor para o devedor, e faz consistir-a não mais na insufficiencia do immovel e sim na sua sufficiencia.

Vidari, não faz distincção alguma, quer quanto á natureza da hypotheca, quer quanto ao valor eventual do immovel. Bonelli, mostra os perigos da doutrina adoptada pela nossa lei, ao dizer que o exame preliminar do valor da garantia «*equivarrebbe a costringere il creditore a esperire primà la azione ipotecaria, e compiere l'escussione del fondo ipotecato, lasciando nei frattempo il debitore, che supponiamo in stato di cessazione, svolgere la sua pericolosa attività*» (op, cit. n. 113, pag. 185.)

Com esta restricção uma lei de fallencias vem a perder uma das suas mais salutaes virtudes, que é a de ser um meio acautelador de interesses em perigo,

e de ser um remedio de applicação prompta e de effeitos immediatos.

Emquanto se examina o immovel, e se discute sobre o seu valor; e sempre haverá discussões a respeito, pois o devedor, usará de todos os meios possiveis de defeza e de recursos; elle que já é um fallido, porque já cessou os seus pagamentos; poderá augmentar o prejuizo dos seus credores, fazendo transacções desvantajosas, que talvez não possam ser annulladas, e a gravidade da situação crescerá ainda de ponto se o credor hypothecario fôr o seu unico credor, hypothese que não é impossivel de dar-se.

O Codigo Argentino consagra disposição identica á da nossa lei em seu art. 1393, e bem assim a lei sueca no § 5.º n. 2.

Quanto ao primeiro, é certo que, como diz Obarrio, aquella disposição incluída entre as que se referem á fallencia das sociedades, deve ser applicada como principio geral; mas não é menos verdade que esse mesmo escriptor, em seguida, e referindo-se á faculdade que teem os credores em processo civil de provocarem o concurso de preferencia diz: «*En la doctrina es otro el principio generalmente establecido, admitiéndose que «cualquiera acreedor, sea quirografario, privilegiado ó «hipotecario, puede ejercitar la facultad que acuerde la «ley.»*» (*Estudio sobre las quiebras*, n. 50, pag. 52), parecendo assim reconhecer que tambem a restricção resultante do eventual maior valor do immovel é repudiado pela boa doutrina.

Argumenta-se frequentemente com a lei ingleza de 1883, art. 6, § 2, que exige a prova preliminar da insufficiencia da garantia, mas o argumento não nos impressiona, porque a lei ingleza no § 1.º desse mesmo artigo não admite a fallencia requerida por um credor de quantia inferior a 50 £, e deante disso,

a exigencia da avaliação anterior da garantia, principalmente posta no logar em que se acha na lei; pôde se explicar por uma outra causa, isto é, pela necessidade de saber, se o credor hypothecario, passará a ser chirographario por uma somma, que o autorise a pedir a fallencia.

O legislador inglez, parece evidente, teve um intuito muito diverso daquelle que se lhe attribue, incluindo na lei a disposição do § 2.º do art. 6; e se restringia o direito do credor hypothecario, não era porque o considerasse como desinteressado da fallencia, quando o valor do immovel fosse tão elevado, que o puzesse a salvo do rateio.

Finalmente é de advertir ainda, quanto á lei ingleza de 1883 (*The Bankruptcy Act 46 e 47 Vict. Ch. 52*), que ella não exige propriamente prova da insufficiencia do immovel, e sim contenta-se com que o credor declare em quanto reputa a sua garantia; se a julgar insufficiente, sendo desde logo admitido como chirographario pela differença, e esta circumstancia influe grandemente sobre a situação juridica do problema na Inglaterra. (Alfredo Lenzi. *La Leggi Inglese sui Fallimenti*, pag. 5, n. 6, a lin. 2).

Deante de todas essas considerações, e não perdendo de vista os motivos que justificam a intervenção do credor hypothecario na abertura da fallencia do devedor commerciante; parece-nos licito concluir que o principio adoptado pela nossa lei, de exigir a prova preliminar da insufficiencia da garantia, está muito longe de ser o que em direito se chama um principio pacifico, isto é, isento de contestações; e ao contrario disso, é patente a fragilidade dos motivos, com que se o pretende sustentar.

Além desses argumentos de ordem geral doutrinaria, a nossa propria legislação positiva vem nos offerecer novos elementos de convicção.

Dizer-se como o fez a Comissão de Legislação e Justiça da Camara dos Deputados, que o credor hypothecario fica desinteressado da massa geral do patrimonio do fallido, «*porque tem a sua divida sufficiente e garantida*»; sobre ser uma affirmacão gratuita, como já fizemos sentir; é contraria á realidade dos factos, que observamos todos os dias, assistindo a execuções hypothecarias em que o producto do immovel fica muito aquem do valor da divida.

E nem se objecte com a crise pela qual atravessamos, pois esse mesmo facto é de observação constante em outros paizes, que se encontram em situação financeira normal, e a respeito dizem Lyon Caen et Renault. . . . «*mais il est rarement certain que le bien qui leur est affecté, suffise a les desinteressar.*» (Op. cit. n. 93, pag. 82, vol. VII).

A mesma cousa dá-se na Italia e Bonelli o diz nas palavras: «*E del resto il creditore ipotecario, la cui garanzia è d'incerta valutazione. . . .*» (Op. cit. n. 113, pag. 185).

E depois, se o fundamento da disposiçãõ está, como pensa a Comissão, em ter o credor acceito a garantia como sufficiente para cobrir o seu credito integralmente; a logica mandaria que se excluísse definitivamente o credor hypothecario do numero daquelles que podem requerer a fallencia; salvo casos de perecimento ou desvalorisaçãõ accidental, imprevisiveis e supervenientes á constituicão da hypotheca; e todavia ella não distingue entre a desvalorisaçãõ superveniente e a congenita com a propria garantia; o que aliás de facto não podia fazer, pois não é da substan-

cia da hypotheca cobrir inteira e integralmente o credito que garante.

Ainda é de considerar a incoherencia da nossa lei que, fazendo consistir muito correctamente, aliás, o estado de fallencia na cessação de pagamentos, revelada directa ou indirectamente; não exige que o credor chirographario ao pedil-a, prove que o patrimonio do devedor, garantia commum dos devedores; é no caso, inferior ás dividas; isto é, que elle acha-se insolvel; e nem admitte que o devedor se defenda, allegando e provando que o seu activo é superior ao passivo; e faz entretanto depender de semelhante prova o pedido do credor hypothecario.

Nessas condições o credor que procurou garantir-se, vê-se, por isso mesmo, menos protegido do que os outros; pois, emquanto se discute sobre o valor do immovel; ir-se-ha depauperando o activo do devedor.

A incoherencia da lei n. 859 de 1902 neste ponto mais se revela quando consideramos o nosso regimen legal hypothecario, ao exigir que as hypothecas convencionaes, que são as que nos preoccupam neste momento; sejam constituídas por escriptura publica (art. 4.º § 6.º do Decr. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, e art. 130 do Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890), de onde se conclue que a divida garantida pela hypotheca é tambem provada pela mesma escriptura, em que ella deve vir confessada, e determinada com precisão ou pelo menos estimada (art. 4.º do Decr. 169 A e 115 do Reg. 370 de 1890).

Ora, se a lei n. 859 de 1902 diz no art. 1.º que reputa-se fallido o commerciante que sem relevante razão de direito deixa de pagar no vencimento divida mercantil liquida e certa; e se a divida neste caso não pôde deixar de ser liquida; porque vem já de-

terminada com precisão em relação á sua especie, quantidade e qualidade, e não póde deixar de ser certa porque resulta de uma escriptura publica; parece que a disposição do art. 5.º § 1.º veio collocar-se em opposição com a regra geral alli instituida, ou pelo menos, que a restricção alli estabelecida devia constar do dispositivo do mesmo art. 1.º, sob a fórma de excepção.

Em qualquer caso, porém, essa restricção será sempre antagonica com o systema geral adoptado pela lei, de caracterisar a fallencia pela cessação de pagamentos, e não pela insolvabilidade; systemas esses divergentes entre si dos quaes decorrem acentuadas differenças praticas no desenvolvimento juridico do instituto.

Além disso tudo, não nos devemos esquecer de que a fallencia entrou para o quadro das instituições judicarias como um succedaneo das acções e execuções do direito commum, com as quaes não se accommodavam a indole e as necessidades do commercio; de modo que no seu desenvolvimento pratico dever-se-ha attender a essa circumstancia, que é inteiramente desprezada e até contrariada pela disposição em exame.

E de facto; se o credor hypothecario entre nós, mesmo quando se trata de divida civil e de devedor não commerciante tem á sua disposição uma acção executiva, que póde exercitar desde o momento do vencimento da divida, sem necessidade de qualquer prova preliminar de insufficiencia de garantia ou da sua desvalorisação superveniente; casos estes em que apenas póde exigir reforço da garantia não é logico e nem consentaneo com a natureza da fallencia, que tratando-se de devedor commerciante e divida mercantil, difficulte-se-lhe o passo, e recuse-se-lhe a vanta-

gem instituída a seu favor, exigindo o cumprimento antecipado daquella formalidade.

Cabe ainda fazer uma observação interessante sobre o nosso direito positivo anterior á lei de 16 de Agosto de 1902, relativamente ao assumpto em exame.

Notava-se desde certa epocha entre nós uma caracterizada tendencia para uniformisar as regras, que regulam o credito agricola, pelas que regem o credito mercantil, e isso ficou bem claro na exposição de motivos que precedeu o decreto n. 165 A de 17 de Janeiro de 1890, que dispunha sobre as operações de credito movel a beneficio da lavoura e industrias auxiliares, creando os empréstimos a breve termo, e instituindo os bilhetes á ordem pagaveis em mercadorias.

Nesse facto descobria o Snr. Carvalho de Mendonça, (op. cit. n. 24), uma tendencia para equiparar-se a insolvencia civil á fallencia commercial; interpretação aliás justa, porque se o bilhete á ordem pagavel em mercadoria, pode ser usado pelos commerciantes; historicamente, ao menos, o seu fim é servir á industria agricola, (Visconde de Ouro Preto, *Credito Movel*, pag. 138, n. 4), e apezar de não se considerar mercantil essa industria; o cit. Dec. n. 165 A equiparou os bilhetes de mercadoria ás letras de cambio, (art. 4.º), e consequentemente sujeitou-os á jurisdicção commercial, e concedeu-lhes a acção de-
cendiaría.

Esta tendencia caracterisou-se mais fortemente com o apparecimento do Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 e o Reg. n. 370 de 2 de Maio do mesmo anno, dispondo, aquelle no art. 20 e este no art. 380, precisamente no Cap. III, quando trata dos bilhetes de mercadorias que «*Ficam sujeitos á jurisdicção commercial E Á FALLENCIA todos os signatarios*

«*de effectos commerciaes*, COMPREHENDIDOS OS QUE CON-
«TRAHIREM EMPRESTIMOS MEDIANTE HYPOTHECA OU PE-
«NHOR AGRICOLA, POR QUALQUER SOMMA OU BILHETE
«DE MERCADORIA.»

O Decr. n. 917 de 1890 attribuiu, por sua vez, aos bilhetes de mercadoria, a virtude de determinarem a fallencia dos seus signatarios, quando vencidos, não fossem pagos, (art. 2.º, letra c), e a disposição passou para a lei n. 859 de 1902, art. 2.º, letra c.

E' verdade que aquella disposição nunca teve entre nós applicação pratica, deante das difficuldades que se levantavam em virtude do proprio Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, que só permittia a fallencia dos negociantes (art. 1.º), e que declarava nas Disposições Geraes, que os devedores por titulo civil só podiam ser considerados insolvaveis e não fallidos, operando-se a liquidação do seu activo e passivo pelos meios communs (art. 140); mas isso não obsta a affirmação de que existia a alludida tendencia de estender a fallencia, senão a todos os devedores civis, ao menos a um grande numero delles, o que representaria um passo largo para a futura generalisação da fallencia aos não commerciantes.

As vantagens que dahi poderiam resultar para o credito agricola são demonstradas, com clareza e farta copia de argumentos por Vivante no *Appendice* de seu *Tractado de Direito Commercial*, vol. IV, parte II, ns. 11 a 15, e seriam dignas de estudo no nosso paiz, em um momento, em que debate-se a lavoura em uma crise acutissima.

Apezar de ser essa a tendencia manifestada pelo nosso direito, o que era importante para o nosso ponto de vista, porque admittindo-se que até o devedor civil pudesse fallir e que o credor por titulo civil garantido com hypotheca pudesse requerer a sua fallencia,

e, deante dos termos expressos do citado art. 380 do Reg. de 2 de Maio de 1890, seria impertinente toda e qualquer discussão relativa ao sufficiente ou insufficiente valor do immovel; veio a lei n. 859 de 1902, e no seu ultimo artigo (139) declarou que ficava revogado o art. 380 do regulamento mandado observar pelo Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, na parte em que sujeitava á jurisdicção commercial e á fallencia os que contrahissem emprestimos mediante hypotheca ou penhor agricola.

Semelhante revogação não influe comtudo de modo decisivo sobre a nossa maneira de pensar em relação á disposição do § 1.º do art. 5.º da nova lei, porque os dois dispositivos são independentes entre si.

Tambem não encontramos embaraço para a nossa opinião nas disposições do art. 4.º, § 3.º do Dec. n. 169 A de 1890 e art. 123 do Reg. de 2 de Maio do mesmo anno, quando autorizam o vencimento anticipado da divida se os immoveis perecerem ou soffrerem deterioração, que os torne insufficientes para segurança da divida, e o devedor recusar o reforço da hypotheca.

Poderia parecer que a lei n. 859 de 1902 não fez mais do que reproduzir e applicar no § 1.º do art. 5.º um principio de legislação hypothecaria vigente; entretanto, assim não é, porque alli trata-se de uma divida ainda não vencida, e aqui nós pressupomos um credito já exigivel, sem o que não teriamos a cessação de pagamentos, que é o nosso ponto de partida.

Se sobrevier a deterioração ou perecimento, e o devedor recusar o reforço, tornando-se assim a divida exigivel; é bem de ver que o credor, sendo a divida mercantil e o devedor commerciante; poderá requerer

a sua fallencia, não porquê tenha se dado o perecimento ou deterioração a que se refere a lei de fallencias, mas porque a divida tornou-se vencida pela recusa do reforço, e então a fallencia fundar-se-ha na cessação de pagamento de divida mercantil liquida e certa, ficando estranha a ella a desvalorisação da garantia.

Si se trata de divida já vencida, o Regulamento hypothecario e a lei não exigem prova de desvalorisação para que o credor use da acção executiva.

Uma prova da dessimilhança entre as duas hypotheses está em que, dada a *deterioração* ou *perecimento*, em face da lei hypothecaria, o devedor poderá dar reforço á hypotheca; ao passo que dada a *desvalorisação*, pela lei de fallencias, o devedor não poderá excluir o pedido de fallencia, offerecendo o mesmo reforço.

Ainda exclue a applicabilidade daquellas disposições á fallencia, o facto de se referirem exclusivamente ao perecimento ou á deterioração sobrevinda ao immovel, emquanto que a lei n. 859 de 1902, abrange na generalidade da sua disposição, não só esses phenomenos accidentaes supervenientes; mas ainda o facto da insufficiencia da garantia vir desde a data da constituição da hypotheca.

* * *

O argumento usado pela Commissão da Camara dos Deputados, e que é baseado na situação dos credores hypothecarios, quando se trata de deliberar sobre a concordata, caso em que taes credores só podem negal-a ou concedel-a, mediante a renuncia expressa ou tacita do seu privilegio, a nosso ver prova demais; porquanto, devendo ser essa renuncia absoluta e inte-

gral, segundo a disposição do art. 54, § 2.º; a mesma disposição só poderia servir logicamente para justificar a ultima parte do § 1.º do art. 5.º, que se refere á renuncia do privilegio, que aliás consideramos superflua; tanto mais quanto a renuncia regida pelo § 2.º do art. 54, não é subordinada nem directa nem indirectamente ao maior ou menor valor da garantia.

Si a nossa lei admittisse que o credor hypothecario renunciasse parcialmente o seu privilegio, como o fazem a lei allemã e o codigo italiano, para poder votar a concordata, pela somma renunciada; nesse caso seria em parte explicavel a disposição do § 1.º, art. 5.º, mas mesmo assim, seria necessario abandonar a questão do valor do immovel, pois que da maior ou menor quantidade renunciavel é unico juiz o credor, que tem ampla liberdade para isso, segundo a lei allemã; e que deve renunciar pelo menos um terço do valor do privilegio, segundo o Codice Italiano.

Embora explicavel, não seria justificavel a disposição que fosse assim concebida, e isso pelos motivos que já expendemos, e que naturalmente influiram no espirito dos legisladores allemão e italiano, que admitindo a renuncia integral ou parcial para a votação da concordata, nem por isso julgaram necessario restringir de qualquer fórma o direito do credor hypothecario requerer a fallencia do devedor commerciante.

Perante o direito italiano ainda se poderia objectar que o credor apenas *denuncia* a cessação de pagamentos do devedor; mas o argumento cahiria inteiramente em face do direito allemão, que não admitte a fallencia *ex-officio*.

Por todas estas considerações somos levados a crer, e estamos intimamente convencidos de que a modificação introduzida pelo § 1.º do art. 5.º da lei

n. 859 de 16 de Agosto de 1902, não se justifica, e constitue um dos muitos defeitos dessa lei.

* * *

Mas... uma vez que *legem habemus*, restam apenas duas questões mais a abordar, consistentes em saber se o credor hypothecario pode usar do seu direito nos termos da disposição, que analysamos, mesmo depois de ter iniciado o executivo hypothecario, e em indagar qual deverá ser o processo para a prova da insufficiencia do immovel.

Quanto á primeira, não vemos porque se deva resolvê-la pela negativa, se attendermos a que a fallencia em sua parte processual constitue um juizo universal, que absorve todas as acções e execuções, movidas contra o fallido e pendentes no momento da sua decretação, e o credor que abandona o executivo para pedir a fallencia seria o unico prejudicado nesse caso.

Nem se trataria de variar de pedido ou de acção, porquanto a fallencia não é uma verdadeira acção judicial, na rigorosa accepção do termo.

Por ultimo, é de considerar que o perecimento e a deterioração, podem se verificar por factos posteriores á propositura da acção executiva hypothecaria, e que a insufficiencia da garantia pode ser constataada a todo tempo, nos termos do art. 5.º, § 1.º; tanto mais quanto, entre os meios de defeza outorgados pela lei ao fallido para illidir o pedido de fallencia feito pelo credor, quando se trata de obrigação liquida e certa, e tal é a que resulta da escriptura publica de hypotheca; não figura o que se fundar em litispendencia, (art. 12, § 1.º da lei n. 859).

A este respeito encontramos o seguinte em Bonelli: «*Ma più recentemente l'A. Brescia 31 marzo 1895 (Mon. 96, 501) negava a un creditore ipotecario, che avea già messo in vendita gl'immobili del debitore, di poter chiedere la dichiarazione di fallimento, prima di attender l'esito della graduazione, tanto più che aveva rinunciato con apposito atto a procedere all'escuzione mobiliare. DECISIONE CHE NON SAPPREMO IN «NESSUN MODO APPROVARE.» (op. cit., nota ao n. 113, pag. 185).*

Quanto ao modo de provar a insufficiencia da garantia, a lei nada diz a respeito, e o Reg. mandado observar pelo Decr. n. 4855 de 2 de Junho de 1903, no art. 16 reproduz a disposição do art. 5.º, § 1.º da lei, reportando-se ao art. 123 do Decr. n. 370 de 1890, que por sua vez nada diz sobre o processo da prova da deterioração ou perecimento do immovel, casos unicos de que se occupa.

Já em uma occasião tivemos de recorrer á disposição do § 1.º do art. 5.º da nova lei, e adoptamos o processo de requerer ao juiz a designação de dois avaliadores officiaes, que, precedendo intimação do devedor, fizessem a avaliação do immovel; que é aliás o processo da avaliação no executivo hypothecario.

Semelhante processo soffreu censuras na instancia superior por um illustre juiz, que entendia que a avaliação devia ter logar por meio de avaliadores nomeados pelas partes em louvação em audiencia, o que importaria em um processo de vistoria preliminar, sujeito a embargos e contestações, absolutamente contrarios aos intuitos da fallencia, destinada a salvar interesses sujeitos a imminente perigo, e sem precedentes nos logares onde ha avaliadores officiaes.

O Snr. Bento de Faria, anotando esta disposição da lei nova assim se exprime: «*Uma vez que o*

*«artigo não precisa qual a prova requerida, qualquer
«podrá ser produzida: testemunhas, vistoria, etc., de-
«vendo sempre ser ouvido o devedor.» (Cod. Com. Braz.,
pag. 559.)*

Esta interpretação está de accordo com o art. 7.º da lei que admite nos casos em que não ha protesto por falta de pagamentos (art. 6.º) a prova testemunhal dos factos, que caracterizam o estado de fallencia.

Trata-se ahi apenas de acertar judicialmente o valor actual dos immoveis que servem de garantia ao credito, e recebem applicação os principios que, regem a prova em materia commercial.

Com estas considerações damos por terminado este ligeiro e despretençioso estudo, que outro merito não tem senão o da oportunidade, quando se patenteiam no proprio parlamento os defeitos da nova lei de fallencias, que apenas nascida já se pensa em matá-la, substituindo-a por uma outra.

S. Paulo, Julho 1903.

Dr. F. Verqueiro Steidel.
