

II

Concordata preventiva. A proibição ao concordatario de contrair novas obrigações.

Waldemar Ferreira

Uma sociedade fez um empréstimo em conta corrente a uma firma concordataria, imediatamente após a assembléa dos credores, na pendencia de diversos embargos. A concordata foi, afinal, homologada. Vencida e não paga a primeira prestação do acôrdo, sobreveiu a falencia.

Isto posto, pergunta-se:

I. Tendo a concordataria efetuado o pagamento do empréstimo antes do vencimento da primeira prestação devida aos demais credores foi, em face do art. 156 da lei de falencias, legitima a transação?

II. Tendo um dos credores da falencia movido uma ação revocatoria para anular este ato e compelir o credor a restituir á massa o que recebeu em pagamento do empréstimo feito, tal ação tem procedencia em face do que dispõe o art. 55, paragr. 2 da mesma lei?

III. A proibição de contrair *novas obrigações* contida no art. 156 da lei de falencias

abrange aquelas que a concordataria por ventura haja contraído e solvido sem afetar o patrimonio oferecido aos credores em garantia da concordata, de vez que a obrigação foi contraída e paga em dinheiro?

IV. Cabe, no caso, a ação revocatoria do art. 156?

P A R E C E R

Conservará o devedor, durante o processo da concordata preventiva, a administração de seus bens. Não tem por efeito a convocação dos credores despoja-lo da posse deles exatamente por ter por destino evitar isso. Por essa razão, de intuitivo entendimento, continuará ele com o seu negocio, desenvolvendo nele a sua atividade precisamente para evitar a declaração da falencia iminente e já caracterizada.

Estabelecendo esses principios, o art. 156 do decr. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, exarou certas restrições. Sujeitou a continuação do comercio ou negocio do concordatario á fiscalização do commissario. Tem este nela dever imposto pela lei, indispensavel, de resto, para o cumprimento dos seus demais deveres, tais como o de examinar-lhe todos os livros e papeis, verificando o ativo e o passivo e solicitando aos interessados todas as informações uteis. O de averiguar e estudar quaisquer reclamações dos interessados, emitindo sobre elas parecer para ser apresentado em assembléia dos credores. O de verificar se praticou o devedor atos revogaveis em beneficio da massa, em caso de falencia. E outros.

Não se contentou a lei com essa fiscalização. Tornou expressa a impossibilidade de alienar o devedor ou hipotecar bens imoveis. E tambem a de constituir penhores. Bem assim a de contrair novas obrigações, salvo com autorização expressa do juiz, por evidente utilidade, ouvido o commissario.

Aceita a proposta de concordata preventiva por credores em numero legal, quanto ás cifras dos creditos, e homologada por sentença, cessa, para o devedor, a impossibilidade de contrair novas obrigações. Poderá contrai-las livremente, dispensadas a audiência do commissario, por extintas as suas funções, e a autorização judicial, por iniciar-se nova fase na vida normal do commerciante, reajustada financeiramente pela aceitação da sua proposta de concordata.

Subsistirá apenas, como ficou expresso no paragrafo unico do art. 156 do decr. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, a proibição de alienar e onerar imoveis e constituir penhor enquanto não fôr a concordata cumprida. Poderá essa proibição, entretanto, ser relevada, mediante licença judicial, ouvido o representante do Ministerio Publico, salvo pacto expresso em contrario no ato da aceitação da proposta.

No caso vertente, o concordatario, logo depois de aceita, em assembléia de seus credores, por maioria legal destes, a sua proposta, e enquanto se processavam os embargos opostos pelos credores dissidentes, contraiu um emprestimo, em conta corrente. Não se alude á audiência do commissario. Não refere ter sido dada a autorização expressa pelo juiz, afim de celebrar-se a operação crediticia, depois de demonstrada a sua evidente utilidade. Certo é que a efetuou. Homologou-se, posteriormente, a concordata. Pagou o concordatario a divida contraída. Mas não pagou a primeira prestação da sua concordata preventiva.

Convolou-se ela, por isso, em falencia.

Isto posto, respondo:

I

1. Dois preceitos se encontram nas leis italianas disciplinadoras da concordata preventiva sobre a materia em foco.

Durante o processo da concordata preventiva, em face do art. 8 da lei n. 197, de 24 de maio de 1903, o devedor conserva a administração dos seus bens e prossegue todas as

operações ordinarias da sua industria e do seu commercio, sob a fiscalização do commissario judicial e a direção do juiz delegado. Poderão um e outro sempre examinar os livros comerciais do devedor.

O art. 9 daquela lei italiana, todavia, se desmanchou nestes dois enunciados:

a) são ineficazes em relação aos credores as doações e os atos a titulo gratuito e as fianças praticados pelo devedor no curso do processo da concordata preventiva;

b) são também ineficazes em relação aos credores os atos por via dos quais o devedor contraia mutuos, mesmo sob a fórmula cambiaria, transija, comprometa, aliene ou hipoteque bens imoveis, constitua penhores sem autorização do juiz delegado, que será dada somente nos casos de necessidade ou utilidade evidente.

Se o devedor infringir qualquer desses dois dispositivos, caso será, em face da lei italiana, o juiz delegado levará o fato ao conhecimento do tribunal, que declarará a falencia.

2. Não contem a lei brasileira dispositivo identico. Lançou a proibição, quasi nos mesmos termos, mas não preceituou dever a infração ser punida com a decretação da falencia.

No caso sujeito, foi a falencia decretada. Quando o foi, já o emprestimo tinha sido efetuado, mesmo sem autorização judicial, e resgatado.

3. Estudando a hipotese, salientou LEONE BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici* (Turim, 1932), pag. 86, classificarem-se em tres categorias os atos do devedor durante o processo da concordata preventiva. Os atos ordinarios do negocio e os atos ordinarios de administração do patrimonio privado, que ele pode praticar com a fiscalização do commissario judicial e sob a direção do juiz delegado. Os atos proibidos, de modo absoluto, ao devedor, como a doação, os a titulo gratuito, a fiança prestada de qualquer fórmula: estes atos, praticados não

obstante a proibição, são ineficazes em relação aos credores. E os atos que o devedor pode praticar somente com autorização especial do juiz delegado, concessível apenas nos casos de necessidade ou de utilidade evidente, de outro modo privados de efeitos em relação aos credores.

Os atos da primeira categoria sempre, advertiu o comercialista italiano, e os da terceira quando praticados sem expressa autorização judicial, são ineficazes em relação aos credores.

4. Não articulou a lei brasileira identica penalidade, tendo elaborado sistema identico ao da lei italiana. Não declarou, expressamente, ineficazes, relativamente aos credores, os contratos celebrados pelo concordatario, sem audiencia do commissario e sem autorização do juiz. Nem os incluiu no elenco dos atos e contratos ineficazes, do art. 55 da lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929.

Na systematica do direito brasileiro, entretanto, é nulo o ato juridico quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito ou quando fôr preterida alguma solenidade pela lei considerada essencial para a sua validade. Assim no regime do decr. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 682, paragr. 1; assim no regime do codigo civil, art. 145, ns. IV e V. Tendo a lei, portanto, exigido, para a validade das obrigações novas, assumidas pelo devedor, no curso do processo da concordata preventiva, a audiencia do concordatario digo do commissario e a autorização do juiz, sem essas solenidades substanciais nulas são elas.

Essa nulidade pode ser arguida na falencia superveniente, pelos credores interessados: podem eles argui-la quando o credito fôr declarado, para o efeito de sua verificação, nos termos do art. 118, n. 2, da lei falimentar.

5. Deu-se, entretanto, uma circumstancia de prol.

Celebrado, no caso em debate, o contrato do emprestimo, em conta corrente, depois de aceita, em assembléia, a proposta, e enquanto se processavam os embargos dos cre-

dores dissidentes, foi ela homologada por sentença. Podia o devedor, desde então, se coisa diferente não ficou pactuada na proposta homologada, contrair obrigações novas, sem necessidade de audiência do comissario e de autorização judicial.

Não podia ninguem impugnar a validade do contrato de mutuo. Estava o devedor na obrigação de cumpri-lo, no tempo e na forma ajustados. Nem lhe seria licito furtar-se ás obrigações por ele assumidas sob o fundamento de não ter sido ouvido o comissario e de não ter sido expedido o alvará contendo a autorização judicial. Não seria razoavel procurasse tirar proveito da sua propria imprudencia.

E ele, depois de homologada a concordata e antes de rescindida, efetuou o pagamento das suas dividas, encerrando-se a conta corrente, que se lhe abrira.

A nulidade, que era relativa e somente pelos credores podia ter sido invocada, se sanou com a homologação da concordata. Depois dela sanada foi que o mutuo se cumpriu e quitou-se.

A ratificação retroage á data do ato.

6. Tendo o concordatario efetuado o pagamento do emprestimo antes do vencimento da primeira prestação devida aos credores, na conformidade da proposta por eles aceita e homologada -- legitimou-se a transação por ele anteriormente efetuada, embora sem a estrita observancia do disposto no art. 156 da lei de falencias.

II

7. Não tem procedencia a ação proposta por um dos credores afim de anular-se o emprestimo em conta corrente e compellar-se o credor, que a abrira, a restituir o que recebera em pagamento dele. Não tem procedencia porque o art. 55, paragr. 2, da lei de falencias, invocado para fundamento da ação não se applica ao caso. Se se applicasse, che-

gar-se-ia até ao absurdo de invalidar todas as compras, que o concordatario tivesse feito, para a movimentação do seu negocio, e o pagamento das respectivas faturas ou contas assinadas.

8. A concordata, depois de passar em julgado a sentença de sua homologação, restitue ao devedor a faculdade de contrair novas obrigações, se isso não tiver sido proibido, expressamente, no ato da aceitação da proposta. Os pagamentos, por ele realizados, das dividas assim contraídas, são validos, se efetuados nos prazos estipulados.

Sobrevindo a falencia, validos continuarão a ser.

Só por um fundamento poderão ser invalidados — o do paragr. 3 do art. 117 da lei de falencias.

“Poderão ser anulados os atos do devedor posteriores á homologação” -- no texto ficou dito — “no caso de fraude aos direitos dos credores”

Eis porque não se aplica ao caso o disposto do art. 55, paragr. 2. Não produzirão efeito relativamente á massa falida os pagamentos de dividas vencidas e exigiveis dentro do termo legal da falencia, por qualquer meio que não seja em dinheiro ou na coisa devida pelo contrato ou em efeitos do comercio. E essa ineficacia se declarará tenha ou não o contratante conhecimento do estado economico do devedor, seja ou não intenção dele fraudar aos credores.

Desde que, no caso, como parece resultar da consulta, o pagamento foi realizado “em dinheiro ou na cousa devida pelo contrato”, valido é ele.

A sua nulidade somente poderá resultar de ter sido feito em fraude dos credores.

9. Inexistindo a fraude, valido scrá o pagamento em consecuencia da validade do emprestimo e, principalmente, da circunstancia de ter sido a respectiva importancia incorporada ao patrimonio do falido. Desde que, efetivamente, o emprestimo foi feito, a anulação dele, com a consequente

restituição do pagamento devidamente realizado, importará no enriquecimento ilícito da massa falida.

O resultado desse ato será contraproducente. No intuito de impedir situação de tal modo injurídica, foi que o art. 128, paragr. 2, d), considerou dividas da massa “as obrigações provenientes de enriquecimento indevido da massa” Comentando o texto, observou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 7, pag. 421, n. 411, que “fóra do dominio contratual a massa não é suscetível de aumento”, pois “é principio geral de equidade: ninguem deve enriquecer-se á custa alheia”

III

10. Sim. A proibição de contrair *novas obrigações*, contida no art. 156 da lei de falencias abrange as que o concordatario haja contraído e solvido sem afetar o patrimonio oferecido aos credores em garantia da proposta de concordata, embora a obrigação tenha sido contraída e paga em dinheiro.

Onde a lei não distingue não é licito ao interprete distinguir. Se a lei proíbe a contração de novas obrigações, basta que as obrigações sejam novas para serem proibidas. Não responderão por elas, mesmo se autorizadas judicialmente, depois de ouvido o commissario, os bens dados em garantia da concordata. Pouco importa. Se de outro modo se entendesse não teria sentido o art. 156, que ficaria reduzido a letra morta.

11. Não ha, pois, indagar se o concordatario garantiu o pagamento dos dividendos propostos aos seus credores com fiança ou com bens. Numa ou noutra hipotese carece ele de autorização judicial para novas obrigações.

IV

12. Se o pagamento do empréstimo em conta corrente, de que se trata, foi efetuado em dinheiro ou “na coisa devida pelo contrato”, ou, ainda, em efeitos do comércio — não cabe a ação revocatória a que se refere o art. 59 da lei falimentar. Caberá, no caso de ter sido fraudulento. Bem assim no de tal vício inquinar o próprio contrato de mútuo em conta corrente.

Poderão ser revogados, também, está escrito no art. 56, relativamente á massa, todos e quaisquer atos, enquanto não prescritos, praticados pelo devedor, na intenção de prejudicar credores, provando-se ambos os contratantes terem se ajustado nessa prática. A lei exige, essencialmente, a prova de fraude de ambos os contratantes, ou seja o *consilium fraudis*.

São Paulo, 20 de agosto de 1934.