

O AVAL NA FALÊNCIA

JOÃO EUNÁPIO BORGES

SUMÁRIO: 1 — Falência do avalista. 2 — Falência de um coobrigado. 3 — Direitos do avalista na falência do avalizado. 4 — Conclusões práticas.

1 — Produzindo a falência o vencimento antecipado de tôdas as dívidas do falido, constitui estudo interessante o das conseqüências da falência de um coobrigado, e particularmente de um avalista, em relação à vida e ao vencimento do título cambial. Se, ao decretar-se a falência, o título já estiver vencido e houver sido protestado oportunamente, nenhuma dúvida haverá, naturalmente, quer em relação ao avalista do coobrigado principal (aceitante ou emitente), quer em relação ao avalista de qualquer outro coobrigado. A situação merece referência especial nos casos em que, por ocasião da falência, não estiverem vencidos os títulos avalizados, variando então os efeitos da falência do avalista, em conformidade com a posição dêste, segundo seja devedor direto, como avalista do aceitante ou emitente, ou seja devedor de regresso, como avalista de outro coobrigado.

Falido o avalista do aceitante de letra de câmbio ou do emitente de nota promissória, não vencidas, a obrigação do avalista tem vencimento antecipado, podendo o portador do título habilitar-se, na falência, nos termos do art. 25 da Lei de Falências. Não se vence o título, evidentemente, não podendo ser exigido, antes de seu vencimento de qualquer dos outros coobrigados.

Se o falido fôr avalista do sacador ou de um endossador, sendo sua obrigação condicional, uma vez que ela só se tornará efetiva se o título fôr oportunamente protestado (art. 32 da Lei Cambial), não terá ela o vencimento antecipado e, de acôrdo com o § 2.º do art. 25 da Lei de Falências, poderá o portador habilitar-se na falência, ficando o pagamento deferido até que se verifique o implemento da condição, isto é, até que, vencido normal ou extraordinariamente o título (arts. 17 e 19 da Lei Cambial) seja tirado o protesto (1).

A condição que está subordinada à obrigação do avalista do sacador ou dos endossadores é evidentemente suspensiva, apesar de dizer o art. 32 da Lei Cambial que, à falta do protesto, o portador

(1) Carvalho de Mendonça (J. X.) — Tratado de Dir. Com. Bras., 2.ª Ed. vol. VII, n.º 382, pág. 391: "Entre os credores condicionais figuram os endossadores de letras de câmbio".

perde o direito contra êles. O certo é, porém, que, sem o protesto, o portador não chega a adquirir tal direito. Suspensiva, pois, e não resolutiva, a obrigação de tais avalistas.

2 — Falindo um dos coobrigados, a situação do avalista variará também, de acôrdo com a posição daquele no título.

Assim, se o falido fôr o sacador ou um dos endossadores, não operando essa falência o vencimento do título, mas, unicamente o das obrigações do falido, nada poderá ser exigido dos avalistas, antes do vencimento do título. O portador dêste poderá habilitar-se, condicionalmente, na falência daquele coobrigado, na forma mencionada em o número 1, supra. E nada mais, em relação a qualquer coobrigado.

Se o falido fôr o coobrigado principal — aceitante ou emitente — poderá o portador do título, levando-o a protesto, provocar o seu vencimento extraordinário, nos têrmos do art. 19 da Lei Cambial.

Nesse caso, o título será exigível de todos os coobrigados, de qualquer avalista, inclusive.

Se, porém, o portador do título preferir aguardar o vencimento normal, omitindo o protesto, poderá habilitar-se na falência do aceitante ou emitente, não podendo agir contra os demais coobrigados. Nem mesmo contra o avalista do falido.

Falindo mais de um coobrigado, e levando-se sempre em conta, na forma exposta, o caráter puro e simples ou condicional de suas obrigações, o credor se habilitará em tôdas as massas, pela totalidade da soma cambial, observando o que dispõem o art. 27 e seus parágrafos, da Lei de Falências.

3 — Questão interessante e de fácil solução, apesar das dúvidas que sôbre ela lançou MIRANDA VALVERDE, é a que diz respeito aos direitos do avalista e demais coobrigados solventes perante o obrigado falido. De acôrdo com o art. 29 da atual Lei de Falências, no qual se fundiram os arts. 28 e 31 das leis anteriores (2.024 e 5.746), tais coobrigados «podem apresentar-se na falência por tudo quanto houverem pago e também pelo que mais tarde devam pagar, se o credor não pedir a sua inclusão na falência, observados, em qualquer caso, os preceitos legais que regem as obrigações solidárias».

As dúvidas que, provindas da alta autoridade de MIRANDA VALVERDE, ensombram a inteligência dêsse dispositivo, resultam por um lado do art. 913 do Código Civil, que se refere ao devedor que satisfaz a dívida *por inteiro*, e por outro, do equívoco em que, a meu ver, incorre o consagrado comercialista ao interpretar gramaticalmente o art. 29. É que a subordinada condicional «se o credor não pedir a sua inclusão na falência» refere-se exclusivamente ao

segundo caso previsto naquele dispositivo e não a ambos, como pensa e afirma VALVERDE (2).

É assim que,

A) em certos casos e independentemente de qualquer condição, os coobrigados solventes «podem apresentar-se na falência por tudo quanto houverem pago» peça ou não peça o credor a sua inclusão na falência;

B) poderão ainda tais coobrigados apresentar-se «também pelo que mais tarde devam pagar, SE O CREDOR NÃO PEDIR A SUA INCLUSÃO NA FALÊNCIA».

Isso resulta em primeiro lugar de uma análise do período. Porque é incivil atribuir ao legislador incorreção tão grave como a que decorre da interpretação de MIRANDA VALVERDE, tal a falta da clareza e a ambigüidade com que êle teria construído aquêle período. Qualquer pessoa acostumada a escrever corretamente, sem necessidade de recorrer a um gramático esclarecido, sabe que para dizer clara e corretamente o que lhe atribui MIRANDA VALVERDE, deveria o legislador colocar no princípio a oração condicional, ou hipotética, de sorte que ela, sem equívocos e sem ambigüidade, restringisse igualmente as duas orações principais. E o art. 29 teria a seguinte redação: «Se o credor não pedir a sua inclusão na falência.... podem apresentar-se na falência por tudo quanto houverem pago e também pelo que mais tarde devam pagar...»

Como está redigido o art. 29, seria pelo menos temerário acompanhar a lição de MIRANDA VALVERDE. Dir-se-á que a posição da vírgula é decisiva e afasta qualquer dúvida: estivesse esta logo após o «*houverem pago*» e a conclusão seria a favor da tese que sustento; não estando ali, porém, sua colocação depois do «*devam pagar*» forçaria a extensão da operação condicional, em igualdade de condições, as duas orações principais, como pensa VALVERDE.

Mas... seria confiar demasiadamente em uma vírgula, e na sua exata colocação, cometer-lhe tamanha responsabilidade, sabido como é que elas mudam de lugar freqüentemente, nas diversas edições de uma lei.

(2) Miranda Valverde, Comentários a Lei de Falências, ed. Rev. For. n.º 210, pág. 201: Vimos que entre os coobrigados do falido, o direito de regresso está condicionado ao pagamento integral do credor. Segue-se aqui a regra do direito comum que, com fundadas razões, não consente que, ao lado do credor de uma obrigação solidária, concorra sobre os bens, que constituem a sua garantia, um codevedor ligado a essa mesma obrigação, dela ainda não completamente exonerado" e "A lei atual impede... ao contrário da lei revogada, não só o fiador, como também os codevedores solventes de reclamar na falência do coobrigado quanto parcialmente por êle pagaram, se o credor tiver pedido a inclusão do seu crédito na falência".

Se, entre nós, palavras e frases inteiras costumam insinuar-se, como contrabando, em textos de leis, cuja edição oficial não as contém, o que esperar da simples posição de uma vírgula? (3).

Mesmo, porém, que fôsse possível admitir-se a interpretação de VALVERDE e que, ao contrário do que felizmente acontece, faltassem outros elementos para a perfeita inteligência do dispositivo em exame, impor-se-ia ao intérprete a conveniência de adotar, entre duas igualmente possíveis, aquela que tenha por si as imposições da boa linguagem. E ninguém nega ser a clareza da frase a primeira de suas qualidades. Nas leis, sobretudo.

Não são, porém, unicamente de ordem gramatical as objeções que se contrapõem ao ensino do ilustre comercialista. Nas duas leis de falência anteriores, o art. 28 dispunha, de modo semelhante, que os fiadores «poderão apresentar-se na falência por tudo quanto tiverem pago, em descarga do afiançado, ou também, pelo que mais tarde possam satisfazer, se o credor não pedir a sua inclusão na falência». E nunca, na vigência de tais leis, se pôs em dúvida que a condicional «se o credor não pedir a sua inclusão na falência» se referia unicamente ao caso de habilitação do fiador pelo que mais tarde pudesse satisfazer. É o que ensinaram CARVALHO DE MENDONÇA (4) e o próprio VALVERDE (5). E a circunstância de haver a lei atual fundido em um só artigo os dois (28 e 31) das leis anteriores e incluído o «*total ou parcialmente*» daquelas leis no «*tudo quanto houverem pago*» da lei vigente, não justifica — contra a equidade, contra a justiça e contra as boas normas gramaticais — que se repudie a boa e antiga lição daqueles mestres.

Aliás, MIRANDA VALVERDE é o primeiro a lamentar que, com a inteligência por êle atribuída ao art. 29, tenha sido cancelada «uma regra de direito falimentar, geralmente aceita, em matéria de obrigações solidárias, a qual, embora divergente da do direi-

(3) Exemplo significativo do que afirmamos é o art. 204 do código comercial. Em tôdas as edições recentes e populares, figuram em sua parte final as palavras “*POR CONTA E RISCO DE QUEM PERTENCER*”.

Pois bem, tais palavras não existem na edição oficial de 1850, figuraram em uma das edições de BENTO DE FARIA, havendo desaparecido na edição de 1929 (quarta); não aparecem na Consolidação de VIEIRA FERREIRA. Ninguém sabe como e porque passaram a *integrar* aquêlê artigo... E tais palavras, introduzidas clandestina e inexplicavelmente na lei, já foram invocadas como argumento em favor do reconhecimento de efeitos reais ao nosso contrato de compra e venda mercantil.

Diante disso e depois disso, não será demais repetir que a simples colocação de uma vírgula não pode ser elemento decisivo para a interpretação de nossas leis. Mormente quando tal interpretação importar restrição de direitos.

(4) Carvalho de Mendonça, ob. cit. vol. VIII, n.º 857, pág. 196 e vol. VII, n.º 505, pág. 497.

(5) Miranda Valverde — A Falência no Dir. Brasileiro (ed. 1931) n.º 205, pág. 252.

to comum, comportava um tratamento de equidade para com o devedor *integri statu*, o qual, impossibilitado de regresso parcial, em concorrência com o credor habilitado, dificilmente poderá reaver do coobrigado falido a parte dêste na obrigação comum» (6).

Nessa parte, porém, a lei atual nada modificou, uma vez que o outro argumento, baseado nos preceitos legais que regem as obrigações solidárias, o qual o art. 29 manda observar «em qualquer caso» não tem, igualmente, o alcance que lhe empresta VALVERDE. Aliás, o art. 31 já mandava observar «as regras do direito civil sôbre as obrigações solidárias» ao mesmo tempo que permitia expressamente o regresso baseado em pagamentos parciais.

Porque, ao contrário do que ensina VALVERDE, (6) invocando a lição de CLÓVIS, o art. 913 do código civil não constitui obstáculo ao regresso contra os demais coobrigados por parte daquele que efetuou um pagamento parcial, sem haver extinto, *por inteiro*, a dívida comum. «Também o código francês usa das mesmas expressões *en entier* (art. 1.214 al. I) e o italiano *intero debito* (art. 1.199) e não obstante, a doutrina geral, em obediência aos princípios que não permitem distinção, é no sentido de que: se a lei supõe a dívida paga por inteiro é por ser hipótese ordinária de extinção da obrigação e também para determinar o alcance do recurso de quem pagou, de maneira a restringi-lo à parte e porção pela qual cada um responde na dívida. Mas, certamente não quis recusar o recurso a quem fez apenas um pagamento parcial...». São palavras de TITO FULGÊNCIO (7). E a mesma coisa ensinam CARVALHO SANTOS (8) e CARVALHO DE MENDONÇA. (9)

4 — Firmado assim:

A) que a inclusão do credor na falência só constitui impedimento absoluto à habilitação dos coobrigados solventes em relação àquilo «que mais tarde devam pagar»,

B) que em relação ao que pagou parcialmente NEM SEMPRE a inclusão do credor comum é obstáculo à habilitação do coobrigado solvente, há naturalmente que distinguir entre as hipóteses examinadas abaixo, tendo-se em conta a regra contida nos arts. 27 e 28 da atual Lei de Falências, assim como o espírito que a ditou.

Se, nos termos do art. 27, o credor de obrigação solidária concorre pela totalidade de seu crédito às massas de todos os coobrigados falidos é porque sômente assim terá êle a possibilidade de ser integralmente pago. É o pleno funcionamento e a integral efi-

(6) Miranda Valverde, Comentários à Lei de Fal., 1.º vol., n.º 210, págs. 200 e 201.

(7) Tito Fulgêncio, Obrigações, in Manual Lacerda, pág. 352.

(8) Carvalho Santos, Cód. Civil Bras. Interp. XI, pág. 273 e segs.

(9) Carvalho de Mendonça, ob. cit. VI, 1.ª parte, nota ao n.º 294.

cácia da solidariedade que a lei procura resguardar. Como é sabido, a regra do art. 27 é legado, através do CODE DU COMMERCE, da velha prática francesa, inspirada no bom-senso e no espírito de equidade de seus comerciantes e comercialistas. Entre as explicações e justificativas da norma, tão salutar e tão justa, com as quais os juristas procuram harmonizá-la com o direito comum, perfeita me parece a de DESSERTAUX, definitivamente prestigiada pela adesão que lhe deu PERCEROU, que repudiou sua anterior teoria (10).

A habilitação integral do credor, em tôdas as massas, tem lugar simplesmente porque a lei suprime em favor dêle, ou melhor, atribui a êle os direitos de regresso que, normalmente, caberiam aos coobrigados. Para melhor compreensão, figuremos o caso de um credor *C* perante a falência de um emitente *E* e um avalista *A*. *C* habilita-se em ambas as falências, pela totalidade de seu crédito, 100.

Suponhamos que a massa de *A* tenha dado um dividendo de 40%, ficando, pois, seu crédito reduzido a 60. Por que motivo permite a lei que, na falência de *E* continui êle a figurar como credor de 100? Não seria razoável que, sem prejuízo para a massa de *E* que continuaria responsável pelos mesmos 100, o credor *C* (que já recebeu 40) passasse a figurar apenas por 60, ao lado do avalista *A*, que se habilitaria pelos 40 que pagou?

A lei quis evitar precisamente esta concorrência do coobrigado, antes do integral pagamento do credor. E atribui a êste o direito que caberia ao coobrigado. Êle se habilita e continua habilitado por 100, sem qualquer injustiça, porque vai exercer, ao mesmo tempo, perante a massa de *E*, o seu direito próprio e o direito do avalista *A*, que a lei, com a regra do art. 27, a êle atribui, até seu integral pagamento (11). E daí também a possibilidade de recursos entre as massas dos diversos coobrigados falidos, uma vez satisfeito inteiramente o credor, nos têrmos do art. 28.

E o art. 29 precisa ser entendido à luz do mesmo princípio: o coobrigado somente poderá concorrer à falência quando o credor não concorrer ou quando NÃO TIVER MAIS O DIREITO DE CONCORRER PELA TOTALIDADE DA DÍVIDA.

E daí as duas hipóteses que, sem desrespeito às normas dos arts. 27 e 29, comportam solução diferente:

(10) J. Percerou, Des Faillites et Banqueroutes, 2.^a Ed., 2.^o vol., ns. 833 e 833 bis, págs. 132 e segs.

(11) J. Percerou, ob. e vol. citados, n.º 833 bis, pág. 133: "Or, justement le législateur veut empêcher cette production parasite de la caution... tant que le créancier n'est pas satisfait. C'est parceque ce recours est supprimé que l'on peut permettre, sans injustice, au créancier de produire pour 100; il produit por 100, parcequ'il exerce en même temps sa propre production et celle de la caution".

1.º) O credor recebe pagamento parcial do avalista, **DEPOIS** de decretada a falência do emitente.

Se também o avalista estivesse falido, nenhuma dúvida haveria: o credor se habilitaria em ambas as massas pelo total de seu crédito. E qualquer direito da massa do avalista, uma vez satisfeito integralmente o credor, se apuraria conforme o disposto no art. 28 e seu § único.

A hipótese considerada é, porém, a de continuar o avalista *in bonis*. E a solução será a mesma do art. 27. O credor se habilitará pelo total de seu crédito na massa do emitente. O avalista, evidentemente, não poderá habilitar-se porque, em tal caso, estaria agravando a posição da massa. Esta deve apenas 100, o total da dívida, e não 100 mais a parte que o avalista houver pago.

2.º) O credor recebeu pagamento parcial do avalista *in bonis* ANTES de decretada a falência do emitente.

Por conseguinte, ao sobrevir a falência, o crédito já estava reduzido na proporção do pagamento parcial efetuado. Se a dívida era de 100 e o credor recebeu 60, seu crédito reduziu-se a 40. Decretada a falência do emitente, poderá êle habilitar-se unicamente por 40, pois que, no momento da falência, a «TOTALIDADE DE SEU CRÉDITO» a que alude o art. 27, era apenas de 40 (12).

Mas, se o crédito do portador está reduzido a 40, a dívida do emitente e, pois, da massa, continua sendo de 100. O portador só pode habilitar-se por 40; e, habilitando-se êle, a interpretação do art. 29, contra a qual nos insurgimos, teria como conseqüências: o enriquecimento indevido da massa e o prejuízo integral do avalista, sem qualquer proveito para o portador do título, isto é, para o credor que «pediu sua inclusão na falência».

Se o credor não houvesse recebido ANTES DA FALÊNCIA, habilitar-se-ia por 100; se o avalista pagasse integralmente o título, habilitar-se-ia por 100. Pelo fato do pagamento parcial feito antes da falência, é evidente e é justo que a dupla *portador-avalista* se habilite igualmente por 100.

E como o credor só poderá habilitar-se, na hipótese, por 40, é claro que caberá ao avalista habilitar-se por 60, isto é, pelo que pagou em benefício do falido, apesar de haver o credor pedido sua inclusão na falência.

Não há, não pode haver, creio eu, quer em face da lei, quer em face da equidade e da justiça, assim como perante os princípios

(12) Percerou, ob. cit. n.º 840, pág. 145: "Du fait même que, lorsqu'il a reçu un acompte avant tout faillite, le créancier doit réquiere sa production au solde de sa créance, il résulte qu'en pareil cas les débiteurs accessoires ne s'effacent plus en sa présence".

relativos aos títulos de crédito, à solidariedade e à falência, nenhuma outra solução.

Mas, perguntar-se-á, não tem o credor direito de executar o avalista *in bonis*, penhorando-lhe o crédito contra o falido? Tem, sem dúvida, e é por isso mesmo que tal solução, consentânea com os termos do art. 29, é ainda a que melhor atende aos fins da solidariedade, isto é, a maior garantia da integral satisfação do credor.

E é por isso também que tal solução constitui o melhor argumento contra a interpretação literal do «*por inteiro*» do art. 913 do Código Civil.

Suponha-se que, no patrimônio de um devedor solidário, só existia seu direito de crédito contra o coobrigado, em virtude de pagamento parcial por aquêle efetuado. E que contra tal coobrigado se instaure concurso de credores, se o credor principal só pode concorrer pelo remanescente de seu crédito e se o coobrigado que pagou parcialmente, nada pode exigir, naquele concurso, o prejuízo será, afinal, do credor.

A exata interpretação do art. 913, que não se pode fazer perdendo-se de vista o fim do instituto da solidariedade, constitui, ao mesmo tempo, o melhor argumento contra a tese que combatemos, em relação ao art. 29. Aliás, como vimos, é, em parte, sôbre a errada inteligência do art. 913 que VALVERDE assenta suas conclusões em relação ao art. 29 da L. de Falências.

Donde, em conclusão, as seguintes afirmações de ordem prática:

1.º) Se o avalista nada pagou: poderá habilitar-se na falência do emitente como credor condicional pelo valor do título, SE O PORTADOR NÃO PEDIR SUA INCLUSÃO NA FALÊNCIA.

2.º) Se o avalista pagou integralmente o título, quer antes, quer depois da decretação da falência: irá êle habilitar-se pela totalidade da dívida, que pagou.

3.º) Se o avalista pagou parcialmente a dívida, DEPOIS da decretação da falência do emitente: quando o credor pedir a sua inclusão na falência «PELA TOTALIDADE DO CRÉDITO» como lhe faculta o art. 27 da L. de Falências, o avalista não poderá habilitar-se. Ou o fará condicionalmente para receber as sobras, se houver, do que tocar ao portador.

4.º) Se o avalista pagou parcialmente a dívida ANTES de decretada a falência do emitente: o portador só poderá pedir sua inclusão pelo SALDO de seu crédito. Pelo que houver pago, po-

derá habilitar-se o avalista, haja ou não haja o portador pedido sua inclusão. Os créditos somados, do portador e do avalista, perfazem a soma cambial, isto é, o DÉBITO do emitente falido.

Tais soluções, parece-me, respeitando e atendendo a todos os direitos e interesses da massa falida, do portador do título e do avalista — obedecem rigorosamente, não só ao espírito, como à própria letra dos dispositivos legais aplicáveis.