

Há mais de dois anos, com todo o excelente material que a filosofia grega legou, tenta a humanidade resolver tal problema, que apaixona os nossos discípulos de hoje, como apaixonava — quatrocentos anos antes de CRISTO — os discípulos de SÓCRATES, que lhe tomavam as últimas lições, na vigília de condenado.

No revezamento das gerações já estais habilitados, ou quase, a tomar o bastão de autoridade que comanda, na difícil contenda que todas as sociedades vivem a seu tempo, entre os impulsos que os sonhos deflagram e a inércia que as realidades fazem pesar. Os sonhos correspondem, hoje, ao vosso idealismo, que vos há de levar vitoriosos nos rumos do futuro, desde que não descureis de que as realidades devem ser consideradas, sob pena de padecerdes a decepção de quem investe moinhos de vento.

E o Brasil precisa de vosso idealismo esclarecido e de vossas energias, porque estais armados cavaleiros da boa luta pelo progresso social e pelo engrandecimento desta nação.

CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO FUNDADO EM CONTRATO DE CÂMBIO

HEITOR GOMES DE PAIVA

Advogado no Estado da Guanabara. Livre Docente nas Faculdades de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e da Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMARIO: 1 — Crédito quirográfico admitido com fundamento no art. 75, e seu § 1.º, da Lei do Mercado de Capitais. 2 — Posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3 — Sistemática da lei do Mercado de Capitais. 4 — Ação executiva fundada no protesto do contrato de câmbio, e seu objeto. 5 — O pedido de restituição falimentar fundado no § 3.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965. 6 — Efeitos desse pedido, alcance e conteúdo do § 3.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965. 7 — Disciplina do contrato de câmbio. 8 — O fato gerador do crédito quirográfico fundado no § 3.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965. 9 — Crédito quirográfico e pretensão exercitável no juízo falencial. 10 — Acaso acolherá a falência a admissão de crédito ilíquidos?

I

1. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por acórdão da Egrégia Terceira Câmara Cível ao Agravo de Petição n.º 167.917, da lavra do eminente e douto Des. FERRAZ DE SAMPAIO, assentou jurisprudência sobre a importância do crédito a ser admitido na falência ou na concordata preventiva, resultante do contrato de câmbio e da diferença entre a taxa de câmbio do

contrato e a data em que se efetuar o pagamento, conforme a cotação fornecida pelo Banco Central.

Trata-se de matéria regida pelo art. 75, e seu § 1.º, da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, também conhecida sob a denominação de Lei do Mercado de Capitais.

A matéria não é pacífica, e ainda não foi motivada senão no conflito processual da concordata e da falência, não tendo sido, por isso, objeto de investigação científica e indagação doutrinária isenta do entrechoque de posições antagônicas.

No que tange ao direito falencial, o v. acórdão sobreleva e se apresenta com real interesse para o estudioso do Direito Comercial, sobretudo para fixação do alcance e profundidade da norma jurídica assentada no referido dispositivo legal.

O v. acórdão introduziu na sistemática do direito falencial pátrio, sobretudo no elenco do art. 102, mais uma categoria de créditos, dentre a classificação ali assentada. É a categoria dos *créditos ilíquidos*.

Entendeu o Tribunal que no quadro de credores seja admitido crédito cujo montante deve ser determinado no *dia da liquidação*, isto é, na fase da liquidação, no processo da falência.

Arrimando-se no § 1.º, do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais, decidiu o Tribunal no “sentido de incluir o crédito no quadro de credores, compreensivo da diferença entre o valor da taxa do dolar, para compra, na data ed 18 de março de 1965, e aquele vigente na época da liquidação, entendido como tal o dia do pagamento”. E teve, também, por devidos os acessórios, para serem incluídos no crédito, embora não tenha se reportado, como no caso do principal, à data até quando serão devidos.

O direito, em sua substância e conteúdo, nutre-se da elaboração da doutrina e da construção da jurisprudência. O intérprete, já disse TOYNBEE, é um intermediário (TOYNBEE, O Desafio do nosso Tempo, pág. 158, in fine).

O jurista, intérprete da lei e construtor da doutrina, é, também, intermediário entre a *mens legis* e o conteúdo mandamental da norma jurídica, e, ao mesmo tempo, entre esta e a construção da jurisprudência, e está colocado equidistante entre esta e aquela.

O Juiz, em face da controvérsia, não é livre para tomar uma posição de inquiridor da norma jurídica. Forma seu livre conve-

cimento em face da lei, ante a postulação e a oposição das partes em conflito.

A jurisprudência não é fonte do direito porque dela não brota *norma agendí*, abstrata e impessoal. O direito aplicado em face da controvérsia suscitada perante o tribunal pode compor norma para aperfeiçoar, senão suprir, na conjuntura sócio-econômica, o desequilíbrio entre o princípio de direito assentado na lei e o pressuposto de fato que lhe serve de suporte, que a norma jurídica teve em vista disciplinar.

Em tais circunstâncias, os tribunais não julgam a lei, nem contra ela, apenas fazem aplicação dela, desdobrando o conteúdo do direito substantivo, outrora restrito, ou simplesmente reconhecendo sob certas circunstâncias e na direção da eclosão dos fenômenos sociais contemporâneos, a evolução do fato então objeto da elaboração do legislador.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, estudando as fontes do direito, tem que, em algumas matérias, a jurisprudência antecipa-se ao trabalho legislativo, e alinha diversos casos concretos em que a construção jurisprudencial sedimentou a formação do direito.

No direito de família, longa série de julgados alterou o entendimento do art. 358, do Código Civil, do que resultou o Decreto-lei 4.737, de 24-9-1942 e a Lei 883, de 21-10-1949; o Decreto-lei 3.200, de 19-4-1941, a propósito da comunhão de bens adquiridos na constância do matrimônio, quando o regime deste fosse o de separação; na relação *ex-locato*, a jurisprudência, reconhecendo reiteradas vezes ao compromissário-comprador o direito à retomada, ensejou o texto expresso do art. 11, números III, VIII, IX e X, da Lei 4.494, de 25-11-1964; a consagração jurisprudencial da purgação da mora pelo locatário como não incidente em abuso de direito, posteriormente assentada no texto da Lei 3.085, de 29 de dezembro de 1956, art. 11; na locação comercial, a construção da jurisprudência estendeu ao locatário o direito à indenização no caso de retomada para realização de obra de vulto, também autorizada com fulcro da interpretação jurisprudencial.

Por fim, arrimando-se no Supremo Tribunal Federal, considera que a invariável seqüência dos julgados torna-se como suplemento da própria legislação WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO,

Curso de Direito Civil, Vol. 1, pág. 23/4, 7.^a ed. Saraiva, São Paulo, 1970).

De *jure condendo*, a elaboração doutrinária não é senão a construção em que se arrima a jurisprudência para explicitar a interpretação e aplicar a norma de direito positivo, por obra de cujo tecnicismo também se desdobra a investigação científica.

De *jure dondito*, perquire a elaboração doutrinária, ora investindo contra a construção jurisprudencial, ora aprofundando-lhe a substância, fonte, também, de sua construção lógica.

Com o presente comentário, preocupa-se a doutrina com a substância da norma jurídica e com o alcance e a importância do acórdão que lhe deu interpretação.

Importa separar a profundidade e o poder mandamental das disposições estabelecidas na Lei do Mercado de Capitais a *par das já existentes*, da Lei Falencial, para assentar o direito constituído naquela e a convivência ele com o regime jurídico da falência.

No acórdão que comentamos, o Tribunal não se limitou a julgar o crédito, determinou-lhe a forma por que se tornará líquido, por isso, mandou acrescentar no quadro de credores mais uma categoria, a dos *créditos ilíquidos*.

Data venia, a decisão que julga o crédito e instaura o *concur-sus creditorum*, determinando os credores concorrentes, admitidos à falência, julga a natureza, a classificação e a importância do crédito e o admite à falência, não julga a forma nem a maneira pela qual se processará a liquidação dele, nem a época em que isso ocorrerá.

In casu, o crédito é ou a importância do principal ou a diferença de taxa de câmbio. Como se trata de fato anterior à falência, depois de tornados líquidos na data desta, é que o juiz julga os créditos. A decisão que o admite, não é decisão que determina a forma de liquidação, porque esta é a da lei. É decisão que julga da legitimidade do crédito, quanto à sua procedência, natureza, classificação e montante, à data da falência, porque os credores do falido são os credores contemporâneos da declaração da falência.

II.

2. Entendeu o v. acórdão que “a matéria sobre a responsabilidade pelo inadimplemento dos contratos de câmbio, regulada,

antigamente, pela Lei 2.475, de 13 de março de 1897, foi revigorada pela Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, que dispôs sobre Mercado de Capitais, conferindo força executiva aos contratos devidamente protestados, tornando líquida e certa a responsabilidade do devedor por perdas e danos”.

Reporta-se, ainda, o v. acórdão, ao § 1.º, do art. 75, da citada lei, que transcreveu.

Para estudo crítico-doutrinário do v. aresto, importa, portanto, e, preliminarmente, estabelecer a sistemática da Lei do Mercado de Capitais, para colocação, nela, da norma jurídica, ali assentada, no que tange ao contrato de câmbio a fim de fixar o regime jurídico do crédito a ser declarado na falência, ou na concordata, do devedor da prestação do referido contrato.

3. A Lei n.º 4.728, de 1965, é uma lei complexa, por isso que tem conteúdo administrativo, quando, segundo a ementa, disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu as atribuições dos órgãos administrativos do mercado financeiro de capitais, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil.

A seguir, a lei passou a regular o sistema de distribuição no mercado de capitais; o acesso aos mercados financeiros e de capitais, e o acesso de empresas de capital estrangeiro ao sistema financeiro nacional.

A partir do art. 26, seção V, e seguintes, regulou os institutos do mercado de capitais, isto é, as obrigações com cláusula de correção monetária, as ações e obrigações endossáveis, as debêntures conversíveis em ações, as sociedades anônimas de capital autorizado (simile por essa lei introduzido no sistema brasileiro, de constituição das sociedades anônimas tradicional, do capital subscrito). Regulou, mais, as sociedades e fundos de investimento; a comprovação de movimentação de contas correntes bancárias, mediante microfotografia; o efeito de pagamento do cheque nominativo endossado; o alcance e efeito do lançamento, no cheque, do objeto do pagamento para que foi emitido (arts. 51 e 52); a tributação de rendimentos de títulos de crédito e ações; a alienação de ações de sociedades de economia mista; as sociedades imobiliárias; a alienação fiduciária em garantia.

Executando-se a matéria administrativa e tributária, seções I e XI, toda a que se lhe segue, acima enumerada é pertinente às operações do mercado de capitais.

Porém, nas disposições diversas, admitiu a lei, heterogênea e promiscuamente, várias disposições sobre várias e desconexas matérias, inclusive administrativa, fiscal, penal, comercial e, aí, sobre o contrato de câmbio.

No que tange a essa figura contratual, o art. 75, da Lei 4.278, de 1965, assim dispõe, verbis:

Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1.º — Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2.º — Pelo mesmo rito serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato com anuência do devedor.

§ 3.º — No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

No texto acima transcrito, a lei não regulou, propriamente, a responsabilidade pelo inadimplemento dos contratos de câmbio nem revigorou disposições da Lei 2.475, de 1897, até porque a esta não se refere.

Em que pese a impropriedade técnica de que padece a redação do texto, o art. 75, e seus parágrafos, assentaram as seguintes medidas:

a) o protesto do contrato de câmbio para legitimação da ação executiva, para haver, o credor, a diferença de taxa, na forma do § 1.º;

b) o processo para verificação do crédito, no caso da ação executiva, também previsto no § 1.º, conforme

a cotação fornecida pelo Banco Central na data em que se efetuar o pagamento;

c) o mesmo rito executivo para cobrança dos adiantamentos efetuados pelas instituições financeiras, por conta de contrato de câmbio;

d) por fim, inovou na lei de falências, quando autorizou pedido de restituição das importâncias adiantadas por conta dos contratos de câmbio, § 3.º.

4. No que tange à ação executiva, com fulcro no protesto do contrato de câmbio, para haver a diferença de taxa, a lei, ao estabelecer que tal diferença é resultante da que se verificar entre a taxa do contrato e a da data do pagamento, efetivamente, inovou, também, a matéria processual, por isso que autorizou ação executiva de dívida ilíquida.

O mandado de execução não poderá determinar a importância desta, nem será o caso de remessa dos autos ao Contador, para cálculo e conta, a menos que se considere, *ex-vi legis*, como data do pagamento, a data da distribuição.

Para livrar o protesto ou a execução, o devedor poderá pedir a composição da diferença a pagar segundo a taxa fornecida pelo Banco Central nesse dia. Porém, não havendo como solver, inclusive por fato da insolvência, que o protesto do contrato de câmbio, certamente, exteriorizará, ajuizada a ação executiva, a importância da execução, provavelmente, será a que se apurar em liquidação (!!).

Por igual, outros tormentosos obstáculos a interpretação advirão no caso do oferecimento de bens à penhora, ou, no caso desta, no curso da execução da sentença. Qual o valor do crédito do autor, para fixação da extensão do valor dos bens sobre que recairá a penhora?!

Quanto ao rito executivo, para cobrança dos adiantamentos por conta do contrato de câmbio, estabeleceu a lei que tais adiantamentos tenham sido previamente averbados no contrato, com anuência do devedor, para ficarem sob a eficácia do protesto do referido contrato.

Dar-se-ia o caso de ser necessário o protesto do contrato e o protesto das importâncias nele averbadas. A averbação dos adian-

tamentos formará, por certo, um acessório do contrato, porém, não uma obrigação resultante desse contrato.

Embora tenha nele a fonte subjacente, no entanto, a causa do levantamento de tais adiantamentos não é a mesma da prestação oriunda na relação contratual do câmbio.

Para alcançar a via executiva para cobrança dos mesmos adiantamentos, tornou-se necessária a averbação, no contrato, com anuência do devedor; das importâncias correspondentes, estabelecendo-se, por força dessa concordância, a liquidez da dívida, legitimatória da ação executiva.

5. Por fim, o pedido de restituição das importâncias adiantadas, § 3.º, do art. 75. Impõe-se a fixação de alguns pressupostos, para tomada da interpretação do conteúdo e eficácia mandamental desse dispositivo.

O pedido de restituição assenta na circunstância da *arrecadação de coisa em poder do falido, em virtude de direito real ou de contrato.*

O pedido de restituição carece de *causa*, justamente porque tem lugar após a arrecadação. Essa causa é a circunstância de recair a arrecadação em coisa que se encontrava em poder do falido *não em consequência* de operação praticada no exercício de atividade econômica, na qual fazia o falido a utilização do patrimônio para ela destinado.

A *causa legitimatória do pedido de restituição* é, pois, estranha à que determina o estado de falência. Por isso, não sofre os efeitos desta. Para legitimar o pedido, é imperioso que a coisa arrecadada esteja em poder do falido, com fundamento em causa estranha, independente da causa determinante da relação patrimonial. Legitima o pedido de restituição a circunstância de se *encontrar a coisa arrecadada em poder do falido, em virtude de direito real ou de contrato.*

A lei falimentar excetua, no § 2.º, do art. 76, a restituição de coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência. Tal exceção encontra fundamentação legal no artigo 198, do Cód. Com.

Logo que a venda é perfeita, dá-lo o art. 197, do mesmo Código, o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, no prazo e pelo modo estipulado no contrato.

Pois bem, na forma do art. 198, do Cód. Com., não procede a obrigação de fazer o vendedor a tradição da coisa vendida antes de

efetuado o pagamento, se, entre o ato da venda e o da entrega, o comprador mudar notoriamente de estado.

No caso da falência, tem aplicação em favor do vendedor, da norma de direito subjetivo, constituído em seu prol, sob cujo gôzo se encontrava no ato da tradição, operando êsse pressuposto a *causa* da exceção assentada no § 2.º, do art. 76, da Lei Falencial, afirmando-se, por esse mesmo fundamento, a exigência de *causa* para o pedido de restituição, justamente quando esta não tem lugar na forma do preceito legal que a autoriza, o art. 76, referido.

6. Em face do § 3.º, do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais, fica acrescentado no art. 76, da Lei Falencial, a exceção nele instituída, do pedido de restituição das importâncias adiantadas por conta de contrato de câmbio.

Porém, a exceção configurada nesse dispositivo, e o pedido de restituição que autoriza, é *sem causa*. Trata-se de *restituição de importância em dinheiro*, não de *coisa arrecadada em poder do falido*, ao mesmo tempo que a *causa* do pedido assenta em *prestação devida pelo falido*, em consequência de contrato de mútuo aparelhado sobre o contrato de câmbio.

Dir-se-á que o adiantamento seria antecipado do preço, no caso do contrato de câmbio. Na verdade, o adiantamento não é antecipação do preço, por isso que o contrato de câmbio é ato jurídico a termo. Enquanto este não se verificar o contrato não opera efeitos, até porque somente depois do implemento deste é que serão devidas as prestações.

O adiantamento por conta de contrato de câmbio é negócio realizado *a latere* desse contrato. Pode ser operação subjacente dele, mas que constitui ato distinto dele, cuja solução terá lugar quando da prestação de uma das partes.

Ao conceder o adiantamento, o Banco não procede à antecipação do preço, porque este só tem lugar pela verificação do termo, após o qual o vendedor entrega ao Banco as cambiais e este paga o preço.

O pedido de restituição, já se disse, tem por pressuposto legitimatório a circunstância de se tratar de coisa em poder do falido, em virtude de direito real ou de contrato, e de coisa que tenha sido objeto de arrecadação.

Ora, os *adiantamentos* por conta de contrato de câmbio *constituem parcelas de prestação em dinheiro*, resultantes, já se disse, de *empréstimo* alcançado antes da declaração da falência.

Trata-se, na verdade, de operações perfeitas e acabadas, que produziram todos os efeitos para se tornarem exigíveis entre partes, para alcançar objetivo próprio e deliberado destas, as quais ficam, por isso mesmo, sob os efeitos da falência.

Esses efeitos importam na manifestação do crédito a ser declarado e verificado sob o rito falencial.

A *restituição de parcelas de dinheiro*, de empréstimo feito ao falido, *importa em pagamento antecipado*, da massa, a favor dos credores da falência, e importa, ainda, em violação do princípio de igualdade, fundamento inabalável do *concursum creditorum*.

Ao nosso ver, o § 3.º, do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais, é inconstitucional, porque viola direito dos credores da falência, viola o estatuto jurídico desta, porque atribui privilégio não autorizado em lei, pois que esse parágrafo, autorizando o pedido de restituição, não constitui norma de direito positivo substantivo, senão dispõe, estritamente, sobre a forma processual de determinado crédito sujeito aos efeitos da falência.

Por isso, não há direito subjetivo preconstituído, exercitável pelo credor sobrevivendo a falência, que legitime o pedido de restituição. O parágrafo 3.º, do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais, rege direito adjetivo, cuja pretensão a ser exercitável sob a tutela dele, não assenta em direito subjetivo, tal seria a *causa* do pedido de restituição dos adiantamentos.

Isto posto, verifica-se, a despeito dos pressupostos afirmados, que é tão somente quanto ao pedido de restituição, que a Lei do Mercado de Capitais dispõe sobre matéria de falência, porém, sobre matéria adjetiva, não sobre direito substantivo, exercitável na falência, afirmatório de direito subjetivo do credor.

Pelo mesmo fundamento, importa em afirmar que a Lei do Mercado de Capitais não modificou nem derogou a Lei de Falências. Tem aplicação a norma dos §§ 1.º e 2.º, do art. 2.º, da Lei de Introdução do Código Civil.

7. No que tange à responsabilidade pelo inadimplemento do contrato de câmbio, que o v. acórdão teve por regulada, antigamente, pelo dec. 2.475, de 13 de março de 1897, e revigorada pela Lei do Mercado de Capitais, impõem-se ligeiras considerações para bem situar a tese central deste comentário.

Preliminarmente, o dec. 2.475, de 1897, aprovou o Regulamento dos Corretores de Fundos Públicos da *praça* da Capital Federal (grifo nosso), não, propriamente, o regulamento do contrato de câmbio.

Estabeleceu o referido decreto, no art. 98, o prazo de trinta dias para liquidação das negociações a prazo, efetuadas na Bolsa, e, no § 1.º, desse artigo, que as negociações a prazo, de *cambiais e espécies metálicas*, não excederão o mesmo prazo, permitida a prorrogação por igual período, por duas vezes (grifo nosso).

Na segunda alínea desse parágrafo, dispôs o dec. 2.475/1897, a falta de liquidação da operação no prazo primitivo ou no da prorrogação, *autoriza o protesto*, como medida asseguratória da prestação de perdas e danos, pelo não cumprimento do contrato (grifo nosso).

Dar-se-ia, em tais circunstâncias, a ação de perdas e danos, ajuizada pelo corretor, com fundamento no mandato a ele conferido pelo seu comitente (HEITOR GOMES DE PAIVA, *Contrato de Corretagem*, Rio de Janeiro, 1963) ou pelo vendedor da cambial, que tem em vista receber o preço com os acessórios decorrentes da mora.

Ao tempo do dec. 2.475, de 1897, não propriamente os contratos de câmbio eram negociados em Bolsas, mas, sim, as cambiais, isto é, divisas em moeda estrangeira, mediante mandato conferido ao corretor de fundos públicos, daí a regra do § 1.º, do art. 98, do dec. 2.475, citado.

Posteriormente, o dec. 24.475, de 27 de junho de 1934, art. 2.º, prorrogou para 180 dias o prazo do art. 98, do dec. 2.475, de 1897, *restringindo às negociações de títulos* a norma assentada no referido art. 98, desse decreto.

O protesto de que trata a alínea segunda, do § 1.º, do art. 98, tinha por efeito a afirmação da mora na liquidação da operação realizada pelo corretor de fundos públicos.

As operações que esse artigo sancionava, autorizando o protesto, eram aquelas definidas no art. 29, do mesmo dec. 2.475, de 1897, as quais somente por intermédio do corretor de fundos públicos podiam ser realizadas: a compra e venda de quaisquer fundos públicos, nacionais ou estrangeiros, admitidos à cotação; a *negociação de letras de câmbio* e de empréstimos por meio de obrigações; a negociação de títulos suscetíveis de cotação em Bolsas, de

acôrdo com o boletim da Câmara Sindical; a compra e venda de metais preciosos, amoedados e em barra (grifo nosso).

Consigna CARGALHO DE MENDONÇA, a *falta de liquidação da operação a prazo sobre cambiais*, no tempo devido, obriga à indenização de perdas e danos. Para isso, a parte lesada, segundo o autor, podia interpor o protesto (grifo nosso).

Acrescenta que essa providência não tinha por outro fim senão constituir em mora o inadimplente da operação realizada por intermédio do corretor de fundos públicos, podendo o protesto, então, ser tirado em qualquer época.

Assim, prossegue, o *vendedor da cambial*, que deseja receber o preço com os juros da mora, tem, como primordial dever, (sic) depositar o título representativo da moeda vendida.

CARVALHO DE MENDONÇA tem por indenização a pretensão dos juros da mora. Relevante, é, porém, a observação quanto à liquidação. Indaga o douto comercialista, como fixar as perdas e danos? Segundo afirma, não tendo o comprador entregue os títulos no dia da liquidação, *deve prestar a diferença entre as respectivas cotações* desse dia (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, 3.^a, n.º 1.703).

Em face da doutrina de CARVALHO DE MENDONÇA e da legislação citada, importa, *in casu*, estabelecer no direito atual, ainda que superficialmente, a diferenciação entre a cambial e o contrato de câmbio, para bem situar o cenário em que deve ser afirmada a tese central deste comentário.

Assinala FERREIRA BORGES, o contrato de câmbio é a convenção pela qual uma pessoa, que recebe num lugar uma soma de dinheiro, se obriga a fazer pagar à pessoa que lha entrega ou *de quem fia*, ou à sua ordem, uma soma correspondente em outro lugar. Segundo FERREIRA BORGES, esse contrato executa-se pela Letra de Câmbio. Porém, adverte, *cumpro* não confundir o contrato de câmbio com a letra (FERREIRA BORGES, *Dicionário Jurídico Comercial*,

Em obra rara, ed. de 1825, em Londres, quando ali esteve asilado, FERREIRA BORGES, in *Instituições de Direito Cambial Português*, estuda no título 2.º, a celebração do Contrato de Câmbio.

(1) CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, 3.^a Parte, n.º 1703).

(2) FERREIRA BORGES, *Dicionário Jurídico Comercial*, verb. *Contrato de Câmbio*.

Nesse contrato, doutrinou FERREIRA BORGES, as partes convencio- nam sobre o lugar, a soma e o preço. Logo que ambos consentiram, contraiu-se o câmbio: nem se requer mais coisa alguma além do consentimento. De nada monta que as partes contratem de per-si; ou se concilie contrato por intervenção de terceiro; ou entre ausen- tes, por via de carta. O segundo efetua-se por mnsageiro, ou por mandatário; o mais das vèzes por coretor. O corretor escreve a nota ou ementa da convenção em seu protocolo; e assinando o seu nome, a entrega a um e outro contraente; ou tendo-a tomado do re- mitente e dar ao sacador. Recebida ela, o contrato obriga (3). (FER- REIRA BORGES, op. cit. fls. 80/3).

Fonte mais remota à de FERREIRA BORGES, POTHIER, no seu *Traité du Contrat de Change*, conceitua-o o contrato par *lequel je vous donne ou je m'oblige à vous donner une certaine somme en un certain lieu, pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous oblriez de me faire compter dans un autre lieu*.

Acentua POTHIER, o contrato se executa por meio da letra de câmbio, porém, não se deve confundir a letra de câmbio com o contrato de câmbio. A letra de câmbio torna-se necessária à exe- cução do contrato de câmbio, pois é ela o meio pelo qual o contrato se executa; ela o supõe e o estabelece, mas não é o próprio contrato

Pois bem, tanto na doutrina de FERREIRA BORGES quanto na de POTHIER, o contrato de câmbio forma o ato jurídico subjacente da emissão da letra de câmbio, justamente ao tempo em que sobreleva a verificação da existência da provisão anterior à emissão, ou, como posteriormente a elaboração da doutrina veio a estabelecer, contem- porânea da época do pagamento.

Na doutrina de CARVALHO DE MENDONÇA, elaborada com fun- damento no direito positivo então vigente, o Dec. 354, de 16 de dezembro de 1895, que reorganizou a corporação dos corretores de fundos públicos do então Distrito Federal, e deu providências sobre as operações por eles realizadas na Bolsa, e o dec. 2.475, de 13 de março de 1897, já citado, as *negociações a prazo de cambiais*, de que trata o art. 98, desse último decreto, é a *venda da cambial*, não propriamente, a *celebração do contrato de câmbio*.

Presentemente, o contrato de câmbio é celebrado pela institui- ção financeira autorizada a operar em câmbio é celebrado pela ins-

(3) *Oeuvres* de POTHIER, Bugneta, 1861, t. IV, pág. 471/2.

tuição financeira autorizada a operar em câmbio com o empresário nacional desejoso de alienar ou adquirir moeda estrangeira.

Esse contrato, que tem em vista a prestação pela instituição financeira, de um serviço ao seu cliente, tal seja, a cobrança no exterior de cambiais sacadas pelo exportador nacional, encontra, também, sua causa e origem na circunstância de constituírem as operações de câmbio atividade de que o Estado tem o monopólio, e a iniciativa das normas e instruções que as disciplinam.

Quem quer que seja, para alienar ou adquirir moeda estrangeira, carece de solicitar ao órgão do Estado as providências e com este realizar as negociações necessárias. Daí o contrato de câmbio.

O contrato de câmbio tem, pois, por prestação de uma das partes a entrega das cambiais, vale dizer, da moeda estrangeira, e, da outra parte, o pagamento do correspondente em moeda nacional, segundo a taxa de câmbio do contrato.

8. *In casu*, trata-se de compra e venda pela instituição financeira de moeda estrangeira que o falido alienara, segundo a qual a prestação deste é a entrega das cambiais em moeda estrangeira e a do comprador pagar o correspondente em moeda nacional.

A entrega à instituição financeira, das cambiais sacadas contra o importador no exterior, pelo exportador brasileiro, importa no cumprimento do contrato por este.

Pode suceder que as cambiais não sejam honradas pelo sacado, ou que este devolva ou coloque as mercadorias à disposição do exportador nacional, de tal sorte que a instituição financeira não realize a importância que pagou a este, correspondente à moeda estrangeira por ele entregue.

O desfazimento da operação, embora cumprido o contrato de câmbio, importa no regresso da instituição financeira sobre o exportador nacional. Sobrevindo a falência, ou a concordata deste, haverá, portanto, crédito a declarar com fundamento no contrato de câmbio e na diferença de taxas acaso verificadas no ato do desfazimento.

Pode suceder, finalmente, que o exportador nacional, ao termo do contrato de câmbio, não entregue à instituição financeira as cambiais. Haverá inadimplência do vendedor, operando, em tais circunstâncias, em prol da instituição financeira, o pedido da dife-

rença de taxas, na forma do art. 75, e seu parágrafo primeiro, da Lei 4.728, de 1965.

Sob o regime do Dec. 2.475, de 1897, a responsabilidade a que aludem os arts. 37 e 98 desse decreto supra, é pertinente ao corretor e à liquidação da operação de compra e venda das cambiais, e o protesto do efeito simplesmente de constituir em mora o vendedor inadimplente na liquidação da operação realizada por intermédio do corretor.

Essa, pois, a responsabilidade pelo inadimplemento a que se refere o v. acórdão, quando se refere ao Dec. 2.475, de 1897. O regime desse decreto está revogado pelo que foi implantado a partir da Lei do Mercado de Capitais, que extinguiu o exercício da atividade do corretor de fundos públicos, embora assegurando aos existentes direitos adquiridos para prática das operações de Bolsas, realizadas sob o império da Lei 4.728, de 1965, das quais não mais constitui objeto o contrato de câmbio, por se tornarem, tais operações, atividades de instituições financeiras autorizadas a operar em câmbio pelas autoridades monetárias.

Por isso, a Lei do Mercado de Capitais não revigorou disposições do Dec. 2.475, de 1897, conforme acentuou o v. acórdão, na fundamentação da decisão da Egrégia Terceira Câmara Cível.

Por outro lado, assentada a natureza do crédito fundado no contrato de câmbio, tanto do principal quanto da diferença de taxas, importa o exame da declaração e admissão à falência, de tais créditos, na forma do venerando aresto.

III

9. Decidiu o Tribunal, com fundamento no § 1.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965, “incluir o crédito do agravante no quadro de credores”. *Maxima venia concessa*, o v. acórdão violou o art. 25, da Lei Falencial, e fez aplicação da norma impertinente para admissão do crédito à falência.

O fundamento do crédito deve ser afirmado na declaração dele, para formação da massa passiva, quando o credor comparece ao concurso falencial. A falência é, em si mesma, estado e um processo. Em consequência do primeiro, forma-se o segundo.

Por isso, resultam duas massas que se defrontam, e nas quais se manifestam interesses antagônicos, e em oposição. Por fato da falência, os credores que, então, poderiam, individualmente, executar bens, determinado bem, ou tantos quantos bastassem para solução do crédito oponível ao devedor, agora comparecem, plurilateralmente, na condição de igualdade, formando, por esse efeito, uma só massa, para execução coletiva de *todos* os bens do devedor, ora declarado falido.

A explicação da posição jurídica das massas formadas no processo da falência importa na abstração dos órgãos da falência. A execução coletiva não nos induz à noção de exequente e executado. Na execução singular, o credor demanda a pessoa do devedor perante o órgão jurisdicional do Estado, embora exerça a sua pretensão sobre o patrimônio deste. Haverá uma relação jurídica a ser transferida do executado para o exequente.

Na execução coletiva, ainda que processada, também, perante o órgão jurisdicional do Estado, o efeito do desapossamento e do aparelhamento do *concursum creditorum* faz que sejam estabelecidos órgãos cujas funções são exercidas por obra dos mesmos efeitos da abertura da falência.

No direito contemporâneo, o *concursum creditorum* não se apresenta mais com as características do direito anterior, de organismo deliberativo, a que ficava submetido o falido.

O regime jurídico do falido, no direito contemporâneo, assentado *ex vi legis*, a lei estabeleceu sob a regência do juiz, órgão jurisdicional da falência. As manifestações do *concursum creditorum* se dirigem a esse órgão, ao passo que este exterioriza a sua função por via de outros órgãos, executivos da falência.

Por efeito da abertura da falência, opera-se, objetivamente, a massa ativa, a ser formada pelos bens chamados à execução coletiva, suscetíveis de realização para satisfação dos credores. Concomitantemente, forma-se a massa subjetiva, daqueles que têm pretensão exercitável na execução.

Subjetivamente, têm os credores do falido pretensão a exercer no processo da execução coletiva do devedor comum, cujos créditos deverão passar pelo rito próprio da verificação, para, depois de admitidos, ficarem na condição de *credores concorrentes*.

Acentua PROVINCIALI, o concurso de credores, por outro lado, não basta para atribuir caráter coletivo à execução. Esta é coletiva quando é universal, quando respeita à totalidade dos credores e dos bens do devedor. Subjetivamente, tendo à realização do direito de todos, sem exclusão nem exceção de nenhum deles, de todos os credores de insolvente. Objetivamente, opera-se pela apreensão e transformação da totalidade dos bens deste, sem exclusão de qualquer deles (4).

Segundo a doutrina de PROVINCIALI, o concurso de credores não basta para caracterizar a execução coletiva. É indispensável que, em consequência da execução, *todos os credores* sejam satisfeitos igualmente, *in misura paritaria*, afirmando-se o princípio tradicional da *par condicio creditorum*.

Adverte BONELLI, o credor deve indicar na sua declaração a soma devida, nela compreendidos os acessórios anteriormente à data da falência. Pode suceder que o crédito não seja líquido ou consista em coisa diversa de dinheiro. Também em tais circunstâncias, o credor deve propor uma estimativa, para ser posteriormente verificada, podendo por isso pedir a reserva da importância.

Porém, prossegue, *em todos os casos*, em que se trate de coisa sujeita a oscilação de valor, *o valor a ser declarado é aquele do momento da declaração (sic) da falência*, porque é neste momento que se determinam, invariavelmente, os direitos dos credores (Grifos nossos). Ressalvam-se, adverte, os casos especiais dos chamados contratos diferenciais, nos quais a prestação consiste na entrega de títulos bursáteis ou quando as prestações se tornam devidas pela verificação de certo termo (5).

Acentua BONELLI, com o processo da falência, fica constituída pelos credores uma *espécie de consórcio* que, conquanto por um lado se avanteja pela consequência de segurança que a lei tem em vista com declaração da falência, por outro, impõe a cada um de seus membros o vínculo de *aguardar o êxito da liquidação sem prejudicar por qualquer modo a posição jurídica dos outros consorciados* (6).

(4) RENZO PROVINCIALI, *Manuale de Diritto Fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. I, n.º 2, pág. 6/7).

(5) BONELLI, *Del Fallimento*, vol. II, n.º 556, e vol. I, 269 e 319.

(6) BONELLI, *Fallimento*, Vol. I, n.º 297.

Importa considerar essa expressão a *posição jurídica dos demais*. Os *credores concorrentes* assumem uma posição jurídica em consequência da admissão deles à falência, posição em virtude da qual permanecem durante a fase da liquidação, na mesma situação de igualdade, considerada esta segundo a extensão dos créditos admitidos.

Pois bem, essa posição deverá ser tomada no momento da abertura da falência, o qual, segundo BONELLI, é o momento em que se *determinam os direitos dos credores*.

No que tange aos direitos destes, a sentença de abertura da falência é de efeitos *ex tunc*. Por isso é também que a falência produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido.

O credor, cujo crédito, segundo as forças do acórdão, é admitido para ser tornado líquido na época do pagamento portanto, para época anterior ao encerramento da verificação, certamente volta a posição jurídica dos demais.

Conceituando a norma da *par condicio creditorum*, assinala PROVINCIALI, a declaração da falência abre o concurso de credores sobre o patrimônio do falido. Isto produz dois efeitos principais: a) cada crédito, qualquer que seja a sua natureza, deve ser verificado no processo falimentar; b) nenhuma ação individual executiva, a partir da data da sentença, pode ser proposta ou terá prosseguimento sobre os bens compreendidos na falência. A declaração da falência influi, portanto, em dois sentidos, sobre o poder processual e sobre o direito substantivo, isto é, a) sobre os modos e tempos da realização do direito dos credores, e b) sobre a determinação dos fundamentos do crédito, que, para participar do concurso, deve ser pecuniariamente avaliado. Esses efeitos da falência compõem a disciplina da ação comum da universalidade dos credores sobre o patrimônio do falido, no sentido de assegurar a todos um tratamento de igualdade, assim que ninguém se avante e não seja ninguém excluído. A isto dá-se o nome de *par condicio creditorum* (7).

Opõe-se PROVINCIALI à doutrina dos clássicos autores italianos R/CCI, BONELLI, NAVARRINI, sobre a questão de saber se entre os credores que ficam sujeitos ao princípio da *par condicio creditorum*

(7) PROVINCIALI, *Manuale*, vol. I, n.º 271, Giuffrè, Milano, 1962.

ocorre alguma relação jurídica que esses autores têm definido como *consórcio, comunhão, união ou sociedade*. Sustenta que a lei vigente cuidou de eliminar tais concessões, considerando os credores *ut singuli*, op. et loc. cit.

O legislador brasileiro de 1945 adota esse princípio, excetuando somente nos casos dos arts. 122 e 123, quanto à escolha da forma de realização do ativo.

Não obstante, subsiste, em doutrina, mansa e pacificamente, a construção desses autores, para elaboração do conceito de concurso e da regra fundamental da *par condicio creditorum*, e afirmação dos pressupostos do direito falimentar.

A construção doutrinária, de conceituação da massa como sendo figura do *consórcio* é encontrada originariamente em DELAMARE-POITVIN.

Segundo estes a massa não é uma sociedade, porque não há sociedade sem a vontade de associar-se. Aliás, o duplo fim de toda sociedade *comercial* é um resultado esperado, e a partilha desse resultado. A massa, em contrária, é uma sorte de comunidade de (*consortium*), forçado, fortuito, tendo por duplo fim a diminuição da perda de todos e a contribuição de todos, *pro modo crediti cujusque*, à perda comum, presumida e certa (8) (Grifos do original).

A falência importa, certamente, em certa álea, decorrente do processo de realização do ativo e liquidação do passivo. O patrimônio do falido, chamado à execução concursal, esvazia-se por força do estado de insolvência preliminar, que antecede a falência, infringindo-lhe, necessariamente, todos os ônus da execução.

A igualdade entre os credores concorrentes resulta do próprio direito que cada um deles exerce no processo da falência. Essa igualdade torna-se também imperiosa pela necessidade de verificação do instante em que o concurso falencial se aperfeiçoa.

Tem lugar esse instante nos efeitos da sentença de abertura da falência. Tais efeitos, como é óbvio, se manifestam quanto aos direitos dos credores, quanto à pessoa e bens do falido, e quanto aos contratos deste.

(8) DELAMARE-POITVIN, *Traité de Droit Commercial*, t. 6, n.ºs 70 e 72, Charles Hingray, Paris, 1861.

RAMELLA fixa um pressuposto essencial para o processo da falência. Assim estabeleceu que as relações subjacentes ao processo falimentar são relações principalmente de execução, cuja existência é condicionada por uma colisão de direitos entre uma pluralidade de credores, que o instituto da falência, por razões de social interesse, é destinado a resolver à base de perfeita igualdade (9).

Instaura-se o concurso falencial em face da admissão dos credores à falência. Torna-se necessária a legitimação não só dos créditos admitidos senão, também, dos titulares deles.

De todas essas circunstâncias, os credores exercem o direito à execução coletiva na qualidade de credores concorrentes, depois de legitimados nessa qualidade, porém, na mesma condição de igualdade.

O direito de cada um à execução coletiva lhes impõe uma idêntica condição de participar, igualmente, na proporção de seus créditos, da execução de todos os bens do falido, sujeitos aos efeitos da falência.

Pois bem, o princípio da *par condicio creditorum* está enunciado na Lei Falencial nos arts. 24 e 25 conjugados com a regra do art. 82, da mesma lei.

Vejam os a natureza do direito que se instaura no *concursum creditorum*. Para bem fixar-lhe o conteúdo, torna-se indispensável acentuar o conteúdo, também jurídico, do direito dos credores.

Inicialmente importa destacar, pela substância do conceito assentado, a doutrina de DELAMARE-POITVIN sobre *concursum creditorum*, a quem o insigne THALLER fez o elogio de *auteurs distingués* (THALLER, *Traité*, n.º 1.697).

Para DELAMARE-POITVIN, diz-se a *massa dos bens*, a *massa das dívidas*, como se diz a *massa dos credores* (grifos nossos). Mas quando o sentido não é expressamente determinado, a palavra *massa* significa o colégio dos credores quirografários (grifo do original).

O colégio dos credores (a massa), prosseguem, é o curador, o administrador da falência, em seu próprio interesse, e, por reper-

(9) RAMELLA, *Trattato del Fallimento*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1915, n.º 51.

cussão, no interesse do falido, para quem não importa menos que aos credores que seus bens rendam o mais possível; é, em uma palavra, o *concursum creditorum*, a *fusão de todos os créditos em um crédito único, comum, indivisível*, enquanto opera a defesa e cuida dos interesses comuns. A massa é, pois, ao mesmo tempo, um credor coletivo e um curador coletivo, dupla qualidade na qual, sem poder funcionar ela própria tanto como nenhum dos credores individualmente, carece da atuação de um ou mais síndicos (10).

O credor concorrente tem um direito oposto não ao falido, mas aos bens deste. Forma-se o concurso para haver a execução coletiva, visando cada credor, ao pagamento do seu crédito.

A formação do concurso tem por objetivo imediato a execução dos bens, e, posterior, a liquidação do passivo. Por fato de falência, nenhum dos credores tem ação individualmente sobre os bens do falido, ainda que envolvidos e submetidos aos efeitos do *concurso creditorum*.

Tornando-se exigíveis, por falta da falência, todas as dívidas do falido, a proibição que o efeito da falência opõe às execuções isoladas e individuais faz que se instaure entre todos os credores uma comunhão de interesses que se manifesta na circunstância da execução comum, forçosa e coletiva, de todos por via de uma só ação, perante um juízo universal, de todos os bens do devedor.

O interesse manifestado não é o da execução singular de determinado crédito, mas, sim, o da liquidação de todos os créditos opostos a todos os bens do falido.

O *concursum creditorum* não tem, pois, por efeito a representação, que é ao que visa a instauração da comunhão de interesses, nem faz que os credores se associem para exercício de pretensão ou direito.

O *concursum creditorum* tem em vista os efeitos do desapossamento que a sentença declaratória da falência produz sobre todos os bens do falido, para legitimar não, propriamente, a execução, mas a realização do ativo, isto é, dos bens com que o devedor responderia pelas suas obrigações, tornadas, agora, pelo mesmo efeito, exigíveis.

(10) DELAMARE-POITVIN, *Traité de Droit Commercial*, t. 6, n.º 70, Charles Hingray, Paris, 1861.

O conteúdo jurídico do *concursum creditorum* é, essencialmente, executivo. Porém, o efeito imediato que opera é submeter todos os credores a uma só e mesma posição jurídica, diante da execução.

A explicação das duas massas que se constituem por obra da sentença declaratória da falência está nos efeitos da mesma sentença. Esses efeitos rompem a vinculação que, até então, estabelecia direitos e obrigações no âmbito do poder jurídico do titular.

Operando-se o desapossamento dos bens, e tornando-se exigíveis todas as obrigações que, outrora, estavam sob o suporte e garantia do ativo patrimonial, precipita-se o equilíbrio entre ativo e passivo, instaurando-se, em consequência, a *oposição entre passivo e bens*.

Rompendo-se a vinculação de bens e obrigações com a pessoa do titular, essa relação jurídica se transporta aos credores, que a opõem aos bens, exercendo-se sobre estes, e não mais sobre a pessoa do titular, as prestações devidas por este.

Porém, como não se trata de execução dos credores, de per si, que não investem contra um ou contra tantos bens quantos bastem para assegurar a execução, e, principalmente, porque o direito deles não pode ser exercido senão juntamente com o exercício dos demais, forma-se, quanto a eles, o *concursum creditorum*, subjetivamente reunidos na massa passiva, e, quanto aos bens a massa objetiva, a respeito da qual se exaurem os direitos até a concorrência do valor realizado dos mesmos bens.

A execução coletiva se desdobra, no que tange ao pagamento de cada um dos credores, na extensão em que a *moeda da falência* estabelece o valor dos *créditos liquidandos*.

Os créditos admitidos ao concurso conservam o valor da prestação devida pelo falido ao credor. Esse valor, no entanto, em termos de liquidação, passa a ser expresso pelo *dividendo* que as forças dos bens, sob a execução coletiva, determinarão.

Por isso, os credores em concurso ficam submetidos a uma posição de igualdade, que é determinada pela mesma proporcionalidade de alcançar, todos eles, a satisfação de seus créditos e de suportar na mesma proporção, as perdas decorrentes da abertura da falência e da má qualidade da *moeda de pagamento*.

10. O art. 75, da Lei do Mercado de Capitais assentou pressupostos da execução individual, por isso impertinentes ao processo

da execução coletiva. Erigiu, esse artigo, o protesto do contrato de câmbio para torná-lo título legitimatório da ação executiva.

Todavia, qual o interesse de agir, no caso do art. 75, da referida Lei 4.728? Di-lo o § 1.º, desse artigo: para haver a execução do contrato de câmbio e a diferença de taxa de câmbio entre a data do contrato e a data em que se efetuar o pagamento. Qual o pagamento? O pagamento da pretensão exercida na ação executiva, individualmente ajuizada pelo credor.

A seguir, o § 2.º, do mesmo art. 75, assentou que, pela mesma via, a da ação executiva *ut singuli*, serão processadas as ações (sic) para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores por conta do valor do contrato de câmbio.

Trata-se, como é óbvio, de ação ajuizada pelo credor dirigida contra determinado bem ou sobre quantos bastem para assegurar a execução, *não de execução coletiva*.

Por outro lado, o crédito trazido, no caso da falência, para compor a massa subjetiva, não tem fulcro na norma dos parágrafos do art. 75, mencionados, que são normas de direito adjetivo.

O crédito habilitando, a ser declarado, resulta ou do contrato de câmbio, portanto de prestação fundada em relação contratual, ou de figura de empréstimo tomado pelo devedor daquela prestação, de adiantamentos efetuados por conta do contrato de câmbio.

Ao proceder à declaração de seu crédito, na forma do art. 82, da Lei Falencial, deve o credor mencionar, dentre outros elementos, a *importância exata do crédito*, sua origem, classificação que por direito lhe caiba.

Para isso, não carece de mencionar nem argüir a norma do art. 75, e parágrafos, da Lei do Mercado de Capitais.

Data venia, o v. acórdão mandou incluir o crédito do agravante no quadro de credores. Na verdade, somente são incluídos nesse quadro os créditos admitidos à falência. Somente depois de admitidos, isto é, de se tornarem concorrentes, segundo a categoria em que foram classificados por sua natureza, e em face do direito que atribuem ao titular, julgados por sentença, ingressam os créditos na falência.

Na conformidade do art. 96 da Lei Falencial, o síndico organizará o quadro de *credores admitidos* à falência. E, no art. 100, da mesma lei, os *credores admitidos à falência, por sentença pas-*

sada em julgado podem exercer as providências asseguradas nesse artigo.

A sentença que julga o crédito legitima a admissão dele ao concurso falencial e, por obra de tal legitimação, e somente depois dela, estará o síndico autorizado a organizar o quadro de credores.

Por isso, data venia, exorbitou o v. acórdão ao determinar a inclusão do “crédito habilitado no quadro de credores”.

O fundamento da decisão foi o § 1.º, do art. 75, para determinar a admissão do crédito. Já se disse, a norma desse dispositivo não constitui regra de direito falencial. Acidentalmente, colocada no capítulo das disposições diversas, no § 3.º, fez incluir, na matéria do pedido de restituição, no art. 76, do diploma legal da falência, mais uma exceção, a do pedido de restituição das importâncias adiantadas por conta de contrato de câmbio.

Porém, a norma do § 3.º, do referido art. 75, da Lei 4.728, é impertinente à formação do concurso falencial. Não é por obra desse parágrafo que se promove nem se procede à declaração de crédito, para haver a diferença de taxa de câmbio, a que se refere o § 2.º, do mesmo artigo.

Como já se disse, também a declaração desse crédito não decorre de direito fundado nesse artigo, da Lei do Mercado de Capitais, senão de prestação da relação contratual do contrato de câmbio.

Portanto, se a Lei do Mercado de Capitais, no art. 75, § 3.º, introduziu uma exceção ao pedido de restituição, isso não quer dizer que tenha alterado a Lei de Falências, sobretudo no que tange à declaração e verificação dos créditos e formação do concurso falencial.

Importa a indagação dos efeitos da sentença de abertura da falência, ou do despacho que manda processar a concordata preventiva, para exame da tese de “habilitação do crédito compreensivo da diferença entre o valor da taxa do dólar em data de 18 de março de 1965 e aquele vigente na época da liquidação, entendida como tal o dia do pagamento”, conforme entendeu o v. acórdão.

Inicialmente, verificamos que o acórdão, fazendo remissão ao art. 947, § 3.º, do Código Civil, assentou que o direito de haver diferença de taxa é direito fundado em dívida de dinheiro, não de dívida de valor, como poderia pressupor o mesmo acórdão, sob inspiração dos seus próprios fundamentos.

Pois bem, cedendo à indagação daqueles efeitos, verifica-se que são fundamentais as normas dos arts. 24 e 25, da Lei Falencial. A eles já aludimos acidentalmente, tratando dos pressupostos do concurso falencial e da *par condicio creditorum*, neles ínsita e inseparável.

Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, alegando e provando seus créditos, di-lo o art. 23, dessa lei. Para fazê-lo, no entanto, torna-se imperioso a verificação de duas providências legais, que são também imperiosas.

Preliminarmente, que se suspendam as ações e execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida, que a abertura da falência colocou em posição plurilateral, e submeteu ao juízo universal da falência. Depois, que se produza o efeito da antecipação do vencimento de todas as dívidas do falido, operando-se, em consequência, o abatimento dos juros acaso incidentes sobre as dívidas reputadas vencidas *ex vi legis*.

A antecipação do vencimento das dívidas do falido decorre da formação do concurso falencial. É chegado o instante em que os credores ficam colocados, também *ex vi legis*, uns ao lado dos outros, embora de conformidade com a categoria de seus créditos, estabelecida pela classificação que, por direito, lhes couber, e segundo forem admitidos por sentença.

Essa posição dos credores resulta do princípio da igualdade, da *par condicio creditorum*, em que o direito de cada um, frente ao processo de execução coletiva, de todos os credores sobre todos os bens do devedor falido, faz que nenhum deles possa opor ou exercer pretensão maior quanto aos resultados da mesma execução.

Para submetê-los a essa condição de igualdade, e legitimar a formação do concurso, segundo a admissão deles à falência, é que a lei determina, dentre os efeitos da sentença da abertura dela, a antecipação do vencimento de todas as dívidas do falido.

A esse efeito, porém, a lei excetua apenas as obrigações sujeitas à condição suspensiva, as quais, embora subsumidas ao regime falencial, entram na falência mas terão diferido o pagamento até o implemento da condição.

A formação do concurso importa em que ao juízo da falência concorram todos os credores do devedor comum e, perante o mesmo juízo, sejam suscitadas todas as ações e exceções opostas à massa.

Característico do concurso falencial, pressuposto dele, e ação por obra da qual se forma, é a *declaração dos créditos* chamados à formação da massa subjetiva. Os credores comerciais e civis do falido são obrigados a apresentar em Cartório declarações que mencionem a importância exata do crédito, sua origem e a classificação que, por direito lhes cabe, art. 82, da Lei Falencial.

Segundo essa norma, são chamados para formação do concurso os *créditos líquidos*. Em face da norma do art. 82, citado, instaura-se, de logo, e *ex-vi* do acórdão, o conflito entre esse artigo do diploma legal da falência e o disposto no § 1.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965.

A imposição da liquidez do crédito, que deve ser declarado por sua importância exata, é condição essencial para admissão dele à falência. Para resguardá-lo, dispõe o inciso II, do § 2.º, do art. 24, que as ações individuais dos credores, que demandarem quantia ilíquida, coisa certa ou abstenção de fato, não se suspendem com a falência.

Para o momento, importa-nos, apenas, o conteúdo legal do dispositivo quanto à iliquidez dos créditos. A esses credores a lei assegura o direito de pedir a reserva das importâncias dos créditos até decisão final das ações ou reclamações.

Pois bem, em face do acórdão, o crédito admitido está em conflito com o regime jurídico assentado na lei falencial. Por isso, e data venia, o acórdão violou os arts. 82, 24 e 25, da Lei de Falências, e fez aplicação de preceito legal impertinente ao instituto da falência.

Arrimou-se o v. acórdão em disposição legal que não se compadece com o princípio da *par condicio creditorum* nem com o rito e a formação do concurso falencial.

Os créditos declarados sofrem, como é óbvio, o processo da formação e verificação, que culmina com a sentença legitimatória da admissão deles à falência.

O art. 92, da Lei Falencial, estabelece ao juiz a norma de procedimento para julgamento dos créditos habilitandos. Assim é que, segundo o inciso I, desse artigo, julgará os créditos não impugnados e as impugnações que entender suficientemente esclarecidas, *mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação*. Na forma

do inciso II, do referido artigo, proferirá despacho, dando providência para processamento das restantes impugnações.

Destaca-se, pelo relevo do conteúdo, para fundamentação doutrinária que afirmamos, a regra do inciso I, do art. 92, referido. A sentença que julga os créditos, e, por via de consequência os tem por admitidos à falência, tornando-os concorrentes, forçosamente menciona, de cada crédito, o valor e a classificação.

Esses dois elementos impostos *ex vi legis* são indispensáveis para afirmação do concurso falimentar, e para o estabelecimento da ordem de precedência dos credores, segundo a classificação de seus créditos, na ordem de chamada ao concurso, que se manifesta no quadro geral de credores.

PIPIA, escrevendo no direito anterior ao regime vigente, a partir do Cód. Civil de 1942, ao tempo da verificação verbal, assentou que, procedida a verificação preliminar, isto é, dos créditos a respeito dos quais não pendesse impugnação, o juiz proferia no processo exposição resumida do resultado de sua indagação. Por isso, a verificação preliminar constituía verdadeira deliberação com o único efeito de estabelecer a subsistência, senão o *fumus boni iuris* e a presunção da realidade do crédito. Os créditos não impugnados eram, no regime anterior, admitidos de plano. Contra essa disposição do Cód. Comercial insurgiu-se PIPIA considerando que a verificação verbal, por precária, e provisória, não seria suficiente para transformar o credor *concurssuale* em credor concorrente (11)

Sob o mesmo regime jurídico, acentua BONELLI, na verificação verbal, o juiz não se limita a decidir sobre a demissão, após o exame do *fumus boni iuris*, porém, sendo o primeiro a manifestar-se sobre a admissão do crédito ao passivo, admissão que não é definitiva, porque pode a qualquer instante ser contestada, na então audiência de encerramento, tem relevante valor prático, pois, inexistindo contestação, ficará consagrada, na verificação verbal, com todos os efeitos de uma admissão definitiva (12).

A contribuição doutrinária trazida à colação tem por efeito aflorar a figura do direito anterior, da verificação provisória, a

(11) PIPIA, *Del Fallimento, Comento al Codice de Commercio*, UTET, Torino, 1932, n.ºs 580/2.

(12) BONELLI, *Del Fallimento, Comento al Codice de Commercio*, vol. II, n.º 559, Francesco Vallardi, Milano, 1923.

que dar-se-ia a assimilação do v. acórdão, considerando a admissão do crédito cujo montante definitivo para integrar a expressão monetária total do passivo concorrente ficará para ser determinada na época do pagamento.

A exigência legal da indicação na sentença do valor de cada crédito admitido assenta no princípio da *par condicio creditorum*. Segundo cada uma das categorias de créditos admitidos à falência, instaura-se a igualdade entre os credores. É sabido que, até mesmo entre os créditos com direito real de garantia, poderá ocorrer concurso, no caso de concorrerem, na execução dos mesmos bens, dois ou mais credores fundados em igual título da mesma classe.

Pois bem, a exigência legal da liquidez dos créditos admitidos torna-se imperiosa não só *ex vi legis*, senão, também, em consequência da legitimação dos mesmos créditos, que se opera por obra da sentença que julga as declarações de habilitação deles, e os tem por admitidos ao concurso.

O credor que declara o seu crédito ainda não é *credor concorrente*. Essa qualidade, que o habilita à admissão na falência, resulta da sentença que lhe julga o crédito, isto é, que declara com força definitiva para inclusão dele no quadro de credores a extensão do crédito, e, em determinadas circunstâncias, a extensão do direito nascido dessa condição, arts. 122 e 123.

A sentença que julga os créditos não tem força de coisa julgada, por isso que, na forma do art. 99, até o encerramento da falência, qualquer credor ou o síndico, podem pedir a exclusão, outra classificação ou simples retificação de qualquer dos créditos, admitidos, sobrevindo a descoberta de fraude, erro essencial, ignorados à época do julgamento do crédito.

Por isso, a sentença que julga os créditos e os admite ao concurso falencial tem força definitiva para incluí-los no quadro de credores, embora sem força definitiva de coisa julgada.

Ora, segundo o acórdão, o crédito admitido é ilíquido, por isso que foi mandado incluir pelo montante a ser determinado pela taxa da cotação do dia do pagamento. Inicialmente, verifica-se infringência do art. 92, n.º I e do art. 94, § 3.º da Lei Falencial. A sentença que foi objeto do agravo interposto determinou que se aplicasse a taxa de câmbio do dia do despacho que determinou o pro-

cessamento da concordata ou do dia da declaração da falência, conforme a época em que se tenha efetivado o contrato de câmbio.

Assim, o acórdão que teve por admitido o crédito, não assentando o valor dele nem a classificação, porque tais circunstâncias, na sentença reformada, não foram objeto de apreciação e decisão, violou, também, os arts. 92, n.º I, e 94, § 3.º, da Lei de Falências..

Por outro lado, manifesta-se a indagação quanto a saber o valor por que, na forma do art. 96, e na conformidade da decisão do juiz, o síndico incluirá no quadro de credores o crédito admitido segundo o v. acórdão.

Verdadeiramente, trata-se de crédito ilíquido, senão de crédito cujo valor não pode ser determinado, tomando-se, como fundamento para esse efeito, o § 1.º, do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais.

O valor desse crédito será determinado pela diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento. Pois bem, segundo o acórdão, qual o montante que servirá de paradigma a ser oposto à taxa de câmbio do contrato? *Quid inde?*

Por isso, e em face do acórdão, não há como determinar o valor do crédito que, embora admitido, é abstrato, permanece “em ser”. Em seu relatório, que deverá apresentar após a publicação do quadro geral de credores, não poderá o síndico informar ao juízo da falência o montante do passivo, senão que, dentre os valores que o informam, um deles, pelo menos, é de valor ainda desconhecido.

Sucedo, mais, que, para os efeitos de rateios, será forçosa, em cada época do pagamento destes, a verificação de uma situação especial, de desigualdade entre os credores, que poderá converter-se em locupletamento de um deles sobre os demais.

Isso ocorrerá, fatalmente, se, no dia do pagamento do rateio, tomada a taxa de câmbio para verificação do valor do crédito encontrando-se esta em ascensão, o crédito será superior, portanto, ao que deveria ter sido no dia da abertura da falência, quando todos os credores desta tiverem os seus créditos legitimados pelo valor desse dia.

Data venia, expressa-se a toda evidência que o v. acórdão fez aplicação de norma legal impertinente para fundamentação da admissão do crédito à falência. O direito em que assenta o crédito para haver a diferença de taxa de câmbio, e legitimação dele no con-

curso falencial, não emerge da regra do § 1.º, do art. 75, da Lei 4.728, de 1965.

Esse dispositivo, como já acentuamos, é de direito adjetivo. O direito que assenta tem lugar na propositura da ação executiva, com os percalços também já assinalados da execução de importância ilíquida, salvo se tomada a data paradigma, para estabelecimento da diferença de taxa, a data da distribuição ou do despacho que determinar a remessa dos autos ao Contador.

É textual, no § 1.º, do referido art. 75, “por essa via, o credor haverá a diferença”... Haverá, sim, mas em grau de execução individual, exercendo-se a execução do crédito *ut singuli*.

No caso da falência, a norma aplicável é a do art. 24, da Lei de Falências. Operar-se-á, forçosamente, para os efeitos da liquidez do crédito, a antecipação do vencimento da dívida, consistente da diferença de taxa, a ser determinada pela que se verificar no dia da abertura da falência.

Dir-se-á que esse crédito não tem vencimento, que é exigível por fato da inadimplência do devedor. Mas, a circunstância de torná-lo sujeito aos efeitos da falência faz que seja fixado na data em que se instaurar o *concursum creditorum*.

Portanto, na data em que se tornará exigível por esse efeito, a data paradigma para determinação da liquidez do crédito, é a data da falência, antecipando-a da data do pagamento, porque este sofrerá, certamente, o regime jurídico do pagamento dos *credores concurrentes*.

Ora, o credor da diferença de taxa, que declara o seu crédito, manifesta o propósito de tornar-se credor sujeito aos efeitos e ao regime jurídico da falência.

Pois bem, ao credor a quem é assegurado, na execução singular, o pagamento da diferença apurada pelo câmbio da data do pagamento a lei submete ao vencimento antecipado da data da abertura da falência a data paradigma para fixação do montante do seu crédito, porque é nessa data que todos os credores do falido têm apurados o montante de sua pretensão, a ser exercida na execução coletiva, porque, também, somente os credores contemporâneos da data da falência são credores do falido, portanto, credores da falência.

Dir-se-ia aplicável a norma do art. 213, da Lei Falencial, que determina a conversão dos créditos em moeda estrangeira pela taxa de câmbio do dia da abertura da falência.

TRAJANO VALVERDE considera que a norma do art. 213, que determina a conversão dos créditos em moeda estrangeira pelo câmbio do dia em que for declarada a falência, tem em vista que o *montante do passivo do devedor*, tanto na falência quanto na concordata, não deve sofrer oscilação (13).

Arrima-se o autor na doutrina de BÔNELLI, a que já fizemos remissão, ao observar segundo essa mesma doutrina, que, “nos casos em que se trata de coisa sujeita a oscilação de valor, o valor a ser declarado é aquele do momento da declaração da falência, porque esse é momento em que se determinam invariavelmente os direitos dos credores”.

Segundo LYON-CAEN ET RENAULT, a declaração de crédito deve ser feita, necessariamente, em moeda nacional, porém, tratando-se de moeda estrangeira, deverá ser convertida pelo câmbio do dia da declaração da falência, e esta será a soma a ser declarada (14).

No entanto, pode suceder que a falência tenha sido consequência da execução instaurada com fundamento no § 1.º, do art. 75 da Lei do Mercado de Capitais, ou na forma do disposto no art. 2.º, n.º I, da Lei Falencial, do devedor que, executado, não paga, não deposita a importância ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal.

Se isso ocorrer, a data paradigma será a da sentença proferida na ação executiva, e, como tal, não terá aplicação o art. 213, referido.

No caso da falência requerida por outro credor, ou decorrente da rescisão da concordata preventiva, o comparecimento do credor também não argüi a declaração de crédito em moeda estrangeira, porquanto ainda não se trata de crédito líquido, por fato da alegada conversão, pela taxa do dia do pagamento.

Por fim, para excluir a aplicação da norma do art. 213, da lei falimentar, a norma do art. 75, da Lei do Mercado de Capitais, tem lugar no caso de inadimplência do contrato de câmbio, apare-

(13) TRAJANO VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências*, art. 213.

(14) LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de Droit Commercial*. 5e ed., 1934, t. 7e n.º 529 bis.

lhando-se a execução singular na forma desse dispositivo legal e seu § 1.º.

O art. 75, da Lei 4.728, de 1965, constitui direito subjetivo em prol do credor na relação jurídica do contrato de câmbio, exclusivamente quando a ele autorizou o protesto do contrato e a via executiva deste.

A partir do instante em que o exercício desse direito recai no âmbito da execução falencial, a norma de direito adjetivo que tutela esse exercício, é a do regime jurídico da falência, Lei de Introdução Cód. Civil, art. 2.º, § 2.º.

O crédito trazido para legitimação no *concursum creditorum*, que resulta da prestação fundada no contrato de câmbio, já se disse, não poderá ser admitido com apoio em preceito legal, que não seja o da lei do instituto da falência.

A legitimação do crédito e a admissão dele não escapam ao regime jurídico da falência. O v. acórdão, determinando a inclusão no quadro de credores do crédito "compreensivo da diferença entre o valor da taxa do dólar, para compra, na data de 18 de março de 1965, e aquela vigente na época da liquidação, entendido como tal o dia do pagamento", além de ter violado o art. 25, da Lei de Falências, decidiu com fundamento em preceito de lei que está em conflito com o que está assentado, vigente, para o instituto da Falência, por isso, impertinente, introduzindo no quadro de credores, portanto no elenco do art. 102, da Lei Falimentar, mais uma categoria de crédito, a dos *créditos ilíquidos*.

POSSIBILIDADES JURÍDICAS PARA A CAPTAÇÃO DE RECURSOS PARA OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Procurador do Estado
Professor de Direito Administrativo

I. FONTES MUTUO EXPLORADAS

Já disse alguém que o Brasil é um País cheio de boas leis... que não são aplicadas. Parece que o chiste veio a propósito quanto ao tema escolhido para esta dissertação, pois, como se verá, não obstante contarmos com legislação satisfatória, as administrações não têm empregado senão as duas soluções tradicionais para executarem obras e implantarem serviços públicos: o *imposto* e o *empréstimo*.

Ora, estas duas fontes de recursos se têm mostrado insuficientes para atender aos grandes programas exigidos pelo País, em explosão de desenvolvimento, principalmente no que se refere ao equipamento urbano, cada vez mais demandado em razão do crescimento vertiginoso das cidades.

No que se refere ao *imposto*, além de não bastar para atender aos grandes investimentos exigidos pelas obras públicas e implantação de serviços públicos, representa uma solução injusta, uma vez que faz recair sobre poucas gerações a carga dos custos, indiscriminando os que auferirão ou não diretamente os benefícios advindos.

O *empréstimo*, incluindo-se a aquisição a prazo de bens e serviços, é uma solução melhor; e tanto mais aceitável quanto maior seu prazo de amortização e menores seus juros. Seus inconvenientes estão: no endividamento público, que obriga o Erário a despendar grandes somas com os serviços da dívida; na insuficiência, de