

**CARLOS DE BRITO PEREIRA**

Membro da Diretoria e do Conselho da Ordem dos  
Advogados do Brasil, secção do Paraná.  
Lente catedrático de Português  
e Literatura da Escola  
Normal de Curitiba.

---



**PODERÁ O FALIDO EXERCER O COMÉRCIO,  
ANTES DE REHABILITADO ?**

Tese de concurso à docência livre da cadeira de  
Direito Comercial da Faculdade de  
Direito do Paraná.

**1936**

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA

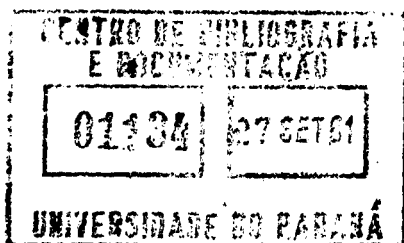
AUTOR

R\$ 10.00 - Doacao

Termo No. 588/03 Registro:352,724

02/12/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas



**A**os eminentes professores de Direito Commercial da Faculdade de Direito do Paraná — des. Manuel Bernardino Vieira Cavalcanti Filho e dr. João Ribeiro de Macedo Filho, como testemunho de respeitosa admiração.

**A**o prezado colega e distinto jurista dr. Hostilio Cesar de Sousa Araujo, em penhor de velha e segura amizade.



Á MINHA ESPÔSA,  
AOS MEUS FILHOS,  
O. D. C.

**"Não há para a inteligência  
humana preocupação mais sã  
do que a do Direito".**

(Edmond Picard — O Direito Puro, pág. 380).



## **Poderá o falido exercer o comércio, antes de rehabilitado ?**

Reza o decr. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929 :

«Art. 40. — Depois da primeira assembléa de credores, o falido poderá exercer o comércio ou qualquer indústria ou profissão, salvo as restrições estabelecidas pelo Código Comercial e leis especiais.»

Idêntico dispositivo apresentava o decr. n. 2.024, de 1908.

Poderá, entretanto, o falido exercer o comércio, antes de rehabilitado ?

Eis a questão dêste trabalho com que nos candidatamos à docência livre da cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Paraná.

Sustentaremos que o falido não pode exercer o comércio sem a necessária reabilitação e, pelo conseguinte, que o dispositivo legal continuará, como até aqui, sem possibilidade de ser aplicado.



## I

1. — A palavra *falência* quer dizer *falta*. Nesta acepção foi empregada pelos nossos mais autorizados padrões de vernaculidade, como dão testemunho êstes exemplos :

### FREI LUIZ DE SOUSA

«O assistente, ou enfermeiro mór dêste (chamemos-lhe assim) hospital de sãos, tinha a cargo, tanto que algum religioso entrava, dar aviso na despensa do Arcebispo, e o oficial dela o tomava a rol, e todos os dias sem FALÊNCIA lhe mandava a provisão necessária». (1)

### ANTÓNIO FELICIANO DE CASTILHO

«Tais foram as cogitações prolixas daquelas noites mal sossegadas que velei, e ao cabo das quais me achei firme no propósito de

---

(1) Vida do Arcebispo, 1763, tomo I, pág. 137.

dar luz pública a esta obra, a qual atiro ao mundo como o semeador da Parábola, sabendo já de antemão que parte desta semente caindo nas pedras secará por FALÊNCIA de humor». (1)

Sob o ponto de vista jurídico, guarda a palavra idêntica significação e emprega-se para denotar o estado do comerciante que, sem relevante razão de direito, *faltô*, no dia marcado, ao pagamento de obrigação mercantil líquida e certa. O comerciante assim *faltoso* chama-se *falido*.

2. — Os romanos não conheceram a falência como a entendemos hoje e, assim, nenhuma diferença faziam entre devedor comerciante ou não. Dessa forma, a execução era uma só e consistia em dar ao devedor o prazo de trinta dias (*triginta dies justi*) para solver a dívida a que estava obrigado, proviesse ela de condenação (*judicatus*) ou de confissão perante o magistrado (*confessus in jure*). Terminado o prazo sem pagamento, podia o credor pela *manus injectio* deter o devedor, conservá-lo *in carcere privato*, vendê-lo como escravo para o estrangeiro (*trans Tiberim*) e até matá-lo e *in partes secare*. (2)

---

(1) Revista de Língua Portuguesa, n. 49, pág. 53.

(2) J. X. Carvalho de Mendonça — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2.a ed., vol. 7.o, pág. 14, nota 1.

Era êsse o direito codificado pela *lex duodecim tabularum* na III Taboa.

A *manus injectio* tinha, portanto, como principal objetivo a pessoa do devedor, embora também lhe atingisse os bens, depois de sua morte ou venda pelo credor, quando então passavam a êste ou eram vendidos e partilhados entre os que tinham movido a execução.

Êsse rigorismo primitivo foi modificado pelo direito pretoriano, que imprimiu à execução o caráter patrimonial. Os bens do devedor passaram a responder pelos compromissos assumidos, constituíam um penhor em segurança dos credores. Era o instituto da *venditio bonorum* que, entretanto, marcava o devedor com a nota de infâmia, da qual só se livrava pagando integralmente os credores ou recorrendo à *bonorum cessio*, criada pela lei Júlia em benefício do devedor insolvável e de boa fé, que espontâneamente entregava *in solutum* aos credores a totalidade de seus bens.

3. — Entre nós o falido nunca se viu privado de seus direitos políticos.

É verdade que o decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, que reformou o Código Comercial de 1850, na parte relativa às falências, dispunha no art. 17 :

«O falido ficará privado do exercício dos direitos políticos, *segundo a Constituição da República . . .*»

Entretanto, a Constituição promulgada no ano seguinte (24 de fevereiro de 1891) não incluiu a falência como causa determinante da suspensão ou perda dos direitos de cidadão brasileiro.

Ficou, então, letra morta o preceito do decr. n.º 917 e mantido o princípio consignado na Constituição do Império, de que o exercício dos direitos políticos só se suspende: 1.º) por incapacidade física ou moral; 2.º) por sentença condenatória, enquanto durarem os seus efeitos. (Art. 8.º) (1)

Não se manifesta de outro modo a Constituição vigente, de 16 de julho de 1934.

---

(1) Embora a Constituição de 1824 não suspendesse o exercício dos direitos políticos aos falidos, chegou um Ministro da Justiça do Império a assinar o seguinte «Aviso. — Rio de Janeiro, 8 de agosto de 1868. — Ilmo. e Exmo. Sr. Sua Majestade o Imperador, a quem foi presente o ofício confidencial dessa presidência, datado de 30 de julho do ano passado, manda declarar a V. Excia., para seu conhecimento e execução, que a nomeação do negociante falido Tomaz de Aquino Jurema, para o cargo de subdelegado de polícia da freguezia de Nossa Senhora da Conceição da Praia, não foi regular; porquanto, tornando-se incapaz civilmente o individuo falido, como se deduz do art. 826 do Cód. Com., e só desaparecendo essa incapacidade pelo fato da reabilitação, art. 897 do mesmo Cód., é repugnante que exerça direitos políticos quem está privado da capacidade civil; acrescento que a natureza de tal cargo exige o maior escrúpulo na escolha pessoal. — Deus guarde a V. Excia. — José Martiniano de Alencar. — Sr. Presidente da Provincia da Baía».

A doutrina dêste Aviso «mereceu reparo da imprensa ou antes da opposição» (Orlando Cód. Com. 4ª ed., pág 401) e foi modificada posteriormente pelos Avisos n.º 47, de 1869, assinado por Paulino José Soares de Sousa, e n.º 105 do mesmo ano, subscrito pelo Visconde de Itaboraí.

O falido condenado por quebra fraudulenta ou culposa tem, sem dúvida, os seus direitos políticos suspensos, *ex-vi* do dispositivo constitucional, conservado na Carta de 1934, que manda suspendê-los «pela condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos.» (1)

A suspensão dos direitos políticos não decorre da falência, porém da condenação. «Não é ao falido, diz Carvalho de Mendonça, mas ao sentenciado que se despe dos direitos políticos». (2)

4. — Em nosso direito a falência não acarreta para o devedor a nota de infâmia, como não o torna incapaz ou interdito.

O Código Civil enumerou nos artigos 5.º e 6.º os incapazes absoluta e relativamente, e em nenhuma dessas classes incluiu o falido. É que «a declaração da falência não coloca o devedor no estado de carência de condições físicas ou morais de maneira a ser considerado em uma situação excepcional. Sua pessoa e seu discernimento são perfeitos e independentes, o que não sucede aos menores, loucos e pródigos e neste último caso à mulher casada». (3)

A capacidade civil do falido é completa e reconhecida pela própria lei de falências, quando lhe per-

---

(1) Constituição Federal, art. 110 letra *b*.

(2) J. X. Carvalho de Mendonça, *ob. cit.*, vol. 7.º, n.º 435, pág. 439.

(3) Sá Viana — Das Falências, 1907, n.º 62, pág. 221.

mite celebrar concordata com os credores. Ora, a concordata é um contrato e só os civilmente capazes podem contratar.

Como *agente capaz* conserva o falido o pátrio poder, o poder marital, a administração dos bens próprios e particulares da mulher e dos filhos; pode estar em juízo como Autor ou Réu, «desde que seja sobre assunto ou sobre bens que não pertençam à massa falida» (1), fazer testamento, contrair matrimónio, estabelecendo o regime de bens, reconhecer filhos naturais, etc.

O falido não é, portanto, entre nós, um incapaz; apenas a lei o fere com a impossibilidade de administrar e dispor de seus bens.

A mesma noção domina os direitos argentino e francês. Assim dizem os seus comentadores:

### OBARRIO

«La incapacidad del quebrado no es absoluta y general. Ella abraza todos los actos que se refieren á su giro, privandolo de la administracion de sus bienes, para transferirla a los sindicos, *pero su capacidad subsiste em cierta ordem de relaciones de la vida civil*». (2)

---

(1) Otávio Mendes — Falências e Concordatas, 1930, n.º 74, pág. 118.

(2) Manuel Obarrio — Curso de Derecho Commercial, vol. 1, n.º 57, pág. 54.

THALLER

«Le dessaisissement n'affecte pas, à proprement parler, la personne du débiteur. Il ne devient pas *incapable* de contracter, de disposer, d'administrer, de s'obliger». (1)

5. — No direito italiano o falido não se torna um *infame*, mas não é menos verdade que pela sentença declaratória da falência «è messo in certo modo in una condizione d'inferiorità sociale, incorre una specie di *deminutio capitis*, che lo inabilita a parecchie funzioni della vita pubblica e lo abassa nella estimazione morale degli altri cittadini». (2)

Como consequência do falimento, a legislação italiana manda fazer a inscrição do nome e cognome do falido em um *album*, chamado *album dos falidos*, afixado na sala do tribunal que declarou a falência e nas salas das bolsas de comércio. Aquêles cujo nome consta do *album*, não têm ingresso, estão proibidos de entrar nas referidas bolsas. «Questa disposizione, diz o art. 697 do Código, deve essere scritta nell' albo».

Da proibição de entrar nas bolsas de comércio resulta para o falido a impossibilidade de exercer qual-

---

1) E. Thaller — *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 8.a ed., 1931, vol. 2.º, n.º 1178, pág. 1103.

(2) Gustavo Bonelli — *Del Fallimento*, 1923, vol. 1, n.º 205, pág. 366.

quer profissão que exija liberdade de frequentá-las, como, por exemplo, a de corretor.

Ainda que não esteja privado de ser testemunha e fazer testamento e não sofra restrição de pátrio poder e poder marital, a lei civil italiana (art. 269) exclue o falido das funções de tutor, protutor, curador, membro dos conselhos de família. Outras disposições legais proíbem, outrossim, o falido de ser jurado e de ser eleitor ou elegível «finchè dura lo stato di fallimento».

A estigmatização que sofre o falido com a inscrição do seu nome nesse livro negro chamado *album dos falidos* e as restrições pessoais decorrentes dessa inscrição autorizam a concluir com Pipia que, na Itália, «la dichiarazione di fallimento importa una vera e propria *deminutio capitis*, marcata restrizione della personalità e capacità giuridica soggettiva del fallito». (1)

6. — Embora o decr. n.º 5.746, de 1929, disponha no art. 43 que «a falência compreenderá TODOS os bens do devedor»; não se compreenderão nela, entretanto, os seguintes, que o próprio decreto relaciona no art. 45 :

#### 1. Os bens inalienáveis e os que não fo-

---

(1) Umberto Pipia — Trattato di Diritto Commerciale 1920, vol. V, n.º 600, pág. 407.

rem obrigados por dívidas, assim como os seus frutos e rendimentos, se também sujeitos à mesma clausula.

2. As pensões, ordenados ou outras quantias, a que o falido tiver direito, a título de alimento, aposentadoria, reforma ou jubilação.

3. O que o falido ganhar por seu trabalho pessoal e destinado à manutenção própria e da família.

4. Os vestuários do falido e de sua família, a mobília e utensílios necessários aos usos da vida

5. Os rendimentos dos bens dos filhos menores.

6. O bem de família.

Outrossim, «a falência não afetará a administração dos bens próprios e particulares da mulher e dos filhos do devedor». (1)

Se, como vimos, a falência não torna o devedor um incapaz, é, no entanto, incontestável que a capacidade civil do falido sofre restrições consideráveis. Assim, desde o dia da abertura da falência, ficará êle privado :

- a) da administração e disposição de seus bens ;
- b) da prática de qualquer ato que tenha

---

(1) Decr. n.º 5.746, art. 46.

relação direta ou indireta com os bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência. (1)

O falido não é expropriado de seus bens; sofre, apenas, um desapossamento imposto pela necessidade de resguardar a massa contra atos lesivos do devedor.

Este princípio da conservação do domínio dos bens pelo devedor, adotado pelo nosso direito, tem suas raízes no Direito Romano, «pois é sabido que aí a expropriação dos bens em favor do credor jamais se operava, nem mesmo quando o devedor se sentia sob a ameaça da *manus injectio*. O pagamento das dívidas não era feito com os próprios bens, mas com o produto destes, obtido por um processo qual era o da *bonorum venditio*. A *cessio bonorum* é a confirmação deste princípio, e o devedor longe de sofrer uma expropriação entregava os bens aos credores». (2)

---

(1) Decr. n.º 5.746, art. 44.

(2) Sá Viana, ob. cit. n.º 62, pág. 233.

## II

7. — Entre os proibidos de comerciar, declarados no art. 2.º do Código Comercial, acham-se os falidos, enquanto não forem legalmente rehabilitados.

O art. 40 da lei n.º 2.024, de 1908, mantido pelo decr. n.º 5.746, de 1929, permite ao falido, depois da primeira assembléa de credores, exercer o comércio ou qualquer indústria ou profissão. No entanto, apesar de révogada a proibição do n.º 4 do art. 2º do Código Comercial, está, entre nós, o falido impossibilitado de retomar a profissão de negociante, enquanto não reabilitado.

8. — Várias legislações consignam a proibição absoluta de o falido comerciar. Entre elas contava-se o antigo Código Italiano de 1865. (1)

---

(1) «Il vecchio codice conteneve talune incapacità che furono tolte nel nuovo. Tali erano l'interdizione dell'ufficio di mediatore (art. 63), il divieto di assumere imprese di spettacoli pubblici o di aprirne per proprio conto, la esclusione degli uffici di contabilità dipendenti da comuni o da stabilimenti pubblici, e soprattutto la inabilitazione a continuare o riassumere la professione di commerciante (art. 551)». (G. Bonelli — Del Fallimento, vol. 1, 2.a ed., n.º 207, p. 368).

O vigente Código Comercial da Itália, de 1882, não autoriza expressamente, como a nossa lei de falências, o exercício do comércio ao falido; suprimiu, apenas, o dispositivo que o proibia.

Essa questão de poder ou não o falido comerciar deu motivo a grande discussão, quando se elaborou aquêlê Código. O projeto preliminar manteve a proibição, mas somente quanto ao exercício *legítimo* do comércio: «Il fallito non ha ingresso nelle borse medesimo, e non può continuare nè riprendere il LEGITTIMO esercizio della professione di commerciante». (art. 754).

A nova fórmula foi, contudo, muito combatida. A proibição de continuar ou retomar o *legítimo* exercício do comércio, parecia admitir «la tolleranza del legislatore di un esercizio *illegítimo* della professione di commerciante». (1)

Além disso, alegava-se o receio de que o falido de má fé se aproveitasse da proibição em que incorria, para invocá-la em seu próprio interêsse contra terceiros com quem tivesse contratado. Por outro lado, sendo permitida a qualquer pessoa, independentemente de ser comerciante, a prática de atos isolados de comércio, seria difícil provar o exercício do comércio por parte do falido.

O projeto definitivo suprimiu o dispositivo impug-

---

(1) Gustavo Bonelli, ob. cit., n.º 207, pág. 368.

nado, reservando a proibição do exercício do comércio tão somente aos bancarroteiros. Assim ficou redigido o art. 861 do Código Comercial de 1882: «Il condannato per reato di bancarrota è inabilitato all'esercizio della professione di commerciante».

9. — Improcede o argumento de que a proibição de comerciar autorizaria, no dizer de Ramella, «il fallito di mala fede ad opporre nel proprio interesse l'inefficacia degli obblighi commerciali contratti ed a sottrarsi così alle conseguenze della lege commerciale». (1)

É sem propósito o receio das vantagens que o fallido possa tirar da sua situação de proibido de exercer o comércio, porque a proibição não o torna um incapaz; cria-lhe, apenas, uma incompatibilidade com a profissão, «para a qual, na melhor das hipóteses, se revelou inepto ou imprudente». (2)

Os proibidos de comerciar não são incapazes; somente os atos destes serão nulos ou anuláveis, conforme o grau de incapacidade. Os atos de comércio praticados pelos proibidos de commerciar produzem todos os seus efeitos, são perfeitamente válidos; «apenas o transgressor da lei fica sujeito à sanção legal». (3)

Mais frágil ainda é a alegação de ser difícil pro-

---

(1) Agostino Ramella — Trattato del fallimento, 2.<sup>a</sup> ed., n.º 213, pág. 372.

(2) Vergueiro Steidel *in* S. Paulo Judiciário, vol. 3.º, pág. 252.

(3) Otávio Mendes — Direito Comercial Terrestre, 1930, pág. 150.

var o exercício do comércio por parte do falido «poichè il divieto non poteva estendersi al punto d'interdire al fallito singoli atti di commercio, e, questi permessi, diveniva necessariamente arbitrario determinarne il numero oltre il quale la loro abitualità costituisce la professione di commerciante». (1)

É comerciante todo aquêles que em seu próprio nome faz do comércio profissão habitual. Portanto, não há necessidade de determinar ou arbitrar certo número de atos de comércio, cuja prática deixe de constituir o exercício da profissão ou além dos quais a sua habitualidade constitua a profissão de comerciante. No momento oportuno os fatos e as circunstâncias provarão, sem dificuldade, se os atos praticados pelo falido em seu nome o foram como profissão habitual de comércio. Se a habitualidade ficar incontestada, concluir-se-á que o falido estava comerciando, pouco valendo, então, o tempo do exercício da profissão ou o número de atos praticados.

10. — No velho Direito Português o Alvará de 13 de novembro de 1756 considerava o falido como civilmente morto. Não podia, de conseguinte, voltar à profissão de mercador sem estar ressuscitado pela reabilitação.

---

(1) Agostino Ramella — Ob. cit., pág. 372.

Essa incapacidade que fazia do falido um morto — *decoctor pro mortus habetur* — não é conhecida em nosso direito. Entre nós, como vimos atrás, o falido não se torna um incapaz e, por isso, afirma o douto Carvalho de Mendonça: «Do princípio que o falido não incide em incapacidade ou interdição, segue-se êste outro: a falência não obsta a que o falido, por meio da sua indústria e com o auxílio do seu trabalho pessoal, adquira recursos para manter a subsistência própria e da família e ainda para satisfazer os seus credores». (1)

Não admira que empós da lei n.º 2.024, art. 40, conservado pelo decr n.º 5.746, afirme o grande comercialista que o falido pode exercer o comércio sem estar rehabilitado, pois antes dessa permissão já êle declarava que «os princípios liberais que dominam o decr. n.º 917 derogaram êsse veto» (2) do Código Comercial.

Para Carvalho de Mendonça «privar o falido do direito de exercer qualquer indústria, inclusive a de comerciar, seria condená-lo à pena eterna da inatividade». E, justificando seu ponto de vista, continua: «A falência não lhe impõe (ao falido) a obrigação de inércia, não anula o direito de trabalhar. Se a massa não lhe dá os meios de subsistência, justo é que se lhe permita adquirí-los por si».

---

(1) J. X Carvalho de Mendonça, ob. cit., vol. 7.º, n.º 436, pág. 440.  
 (2) Idem — Das Falências, vol. 1.º n.º 247, pág. 170.

Por outro lado, sustenta ainda o consagrado mestre, a proibição do n.º 4 do art. 2.º do Código seria inconstitucional, pois «é garantido a todos os que habitam o território brasileiro o livre exercício de qualquer profissão ou indústria. (Const. Fed., art. 72 § 24)». (1)

11. — Segundo Carvalho de Mendonça, pode o falido retomar a profissão de comerciante por força do princípio que êle «não incide em incapacidade ou interdição.» É a mesma justificativa de Lyon-Caen e Renault :

«Le failli, n'étant pas un interdit, peut exercer son activité personnelle en se livrant au commerce ou à l'industrie». (2)

Não é, porém, por incapacidade ou interdição que o falido está impossibilitado de exercer o comércio, pois não é somente ~~os~~ interdictos que a lei proíbe de comerciar.

Entre os proibidos de exercer a mercância enumerou o Código Comercial, por exemplo, os presidentes das províncias, hoje governadores, os magistrados,

---

(1) J. X. Carvalho de Mendonça — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2.ª ed., vol. 7.º, n.º 436, pág. 441.

(2) Lyon-Caen e Renault — Traité de Droit Commercial, 4.ª ed., 1914, vol. 7.º, n.º 248, pág. 258.

os oficiais militares de terra e mar, em serviço ativo, os dos corpos policiais, etc. Entretanto, essas pessoas são absolutamente capazes

O que impossibilita o falido de comerciar é, sim, não ter a livre administração de seus bens, e essa impossibilidade torna-se irremovível em face do nosso direito que compreende na proibição tanto os bens *atuais* como os *futuros*, que passam a constituir a *massa falida*.

Na Alemanha e na Inglaterra não ocorre a dificuldade em apreço porque, ali, a falência só compreende os bens presentes do falido e, aqui, é um modo de extinção de dívidas.

Em face dessas duas legislações pode o devedor continuar o exercício do comércio, contrair outras dívidas, adquirir novos bens, prosperar e novamente falir, sem que os antigos credores venham importuná-lo, ou porque a massa dêste segundo comércio seja independente da do primeiro, ou porque as dívidas anteriores já desapareceram com a falência de que faziam parte.

O nosso direito falencial não se inspirou, contudo, nem no sistema alemão, nem no inglês. Entre nós a falência alcança os bens futuros do devedor e não é meio próprio de extinção de dívidas. Daí resulta a impossibilidade do novo comércio. Só seria êle possível se ficassem livres de arrecadação os bens adquiridos pelo falido nesse novo comércio. Mas isso não é pos-

sível porque entre os deveres que a lei confere ao liquidatário está o de «requerer ao juiz a arrecadação dos bens que o falido adquirir *durante* a falência». (1)

12. — Então, se os lucros auferidos nessa nova atividade comercial do falido devem vir aumentar a massa falida, «não será um contrasenso — pergunta Vergueiro Steidel — permitir-se ao falido comerciar e ao mesmo tempo permitir-se aos credores que, em ato contínuo, arrecadem para a massa os lucros, que êle realizar, afim de aumentarem o ativo da mesma massa?» (2)

Logo, se o falido não tem a administração e a disponibilidade dos lucros do seu novo comércio, durará êle apenas enquanto os seus credores não quiserem pedir a incorporação dos novos bens adquiridos à massa anterior. E no caso de continuação da falência com os bens do segundo comércio, nenhum direito têm os novos credores, em relação aos primeiros, sobre o novo ativo, para serem pagos preferencialmente.

Isto não obstante, a lei de falências determina :

«Art. 36. — Se os bens do falido não chegarem para o integral pagamento dos credores, encerrada a falência, *êstes terão di-*

---

(1) Decr. n.º 5.746, art. 67, § Unico n.º 2.

(2) Vergueiro Steidel *in* S. Paulo Judiciário, vol. 3.º pág. 256.

*reito de executar o devedor, pelo saldo de seus créditos, se o falido não os contestou».*

Pelos motivos expostos «é que todos os falidos que não conseguem celebrar concordata com seus credores preferem, em vez de exercer o comércio em próprio nome, fazê-lo por intermédio de suas mulheres, concedendo-lhes autorização para comerciar». (1)

Nota, porém, o mesmo Otávio Mendes que essa autorização só evita os inconvenientes do exercício do comércio pelo falido, quando o casamento for sob o regime da separação de bens. Se o falido se matrimoniou no regime da comunhão, «os bens adquiridos pela mulher, no exercício do comércio, ficarão sujeitos ao pagamento das dívidas do marido, podendo ser arrecadados pelo liquidatário, ou penhorados pelos credores dêste».

13. — Não basta permitir a lei o exercício do comércio ao falido para que o mesmo possa comerciar. De nada lhe vale a permissão legal, se êle não conta com elementos necessários para se aproveitar dela, se, como diz Vergueiro Steidel, «dinheiro êle não pode, ou pelo menos não deve ter; outros bens são arrecadados para a massa». (2)

---

(1) Otávio Mendes — Direito Comercial Terrestre, 1930, pág. 156.  
 (2) S. Paulo Judiciário, vol. 3, pág. 257.

Não se argumente com a possibilidade de empréstimos, porque os capitais emprestados ao falido passam a pertencer-lhe, tornam-se bens susceptíveis de arrecadação pela massa ou de execução por parte dos credores singulares.

Os empréstimos, portanto, serão pouco prováveis, diante da ameaça de perder o capitalista, imediatamente, o dinheiro emprestado.

Para Luciani o falido só pode contar para o seu novo comércio com o crédito: «tale esercizio invero non potrebbe fondarsi se non su capitali procurati col credito, perchè altrimenti reintrerebbero senz'altro nelle attività del fallimento». (1)

Contudo, a prática do foro não autoriza a acreditar que o falido encontrasse ainda crédito para movimentar seu novo comércio. Os credores da falência não se arriscariam a maiores prejuízos e os estranhos não se sujeitariam ao risco de ver arrecadado pela massa ou penhorado pelos antigos credores o ativo que viessem a constituir.

Se o falido, depois da primeira assembléa de credores, pudesse exercer o comércio, desapareceria o estímulo das concordatas. Por que iria êle entrar em acôrdo com os credores, para lhes pagar a totalidade ou uma percentagem dos créditos, se podia facilmente

---

(1) Luciani — Trattato del fallimento, n.º 284, pág. 481.

passar uma esponja no passado e, livre dos antigos compromissos, de novo comerciar?

14. — Apesar de defender o exercício do comércio ao falido não rehabilitado, confessa Carvalho de Mendonça, diante da evidência dos fatos: «Entretanto, não se pode ocultar a penosa situação do falido que, sem reabilitação, exercita o comércio. Os credores singulares não pagos na falência, com as repetidas execuções, irão recrutando os bens novamente adquiridos». (1)

Essa «penosa situação», de que nos fala o douto mestre, é justamente o que impede o exercício do comércio ao falido.

Além disso, o decr. n.º 5.746 declara no art. 148:

«A reabilitação faz cessar os efeitos da falência».

Ora, não acarretando a falência nenhuma incapacidade para o falido, não o tornando interdito, segue-se que o único efeito da sentença declaratória é privá-lo de exercer o comércio, enquanto não rehabilitado, como consequência da proibição de administrar e dispor de seus bens.

---

(1) J. X. Carvalho de Mendonça — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2.ª ed. n.º 436, pág. 441.

«Conseqüentemente, diz Otávio Mendes, se dermos ao falido o direito de comerciar, depois da primeira assembléa de credores, teremos que a reabilitação se torna um instituto perfeitamente inútil, pois não há mais efeito algum da falência, que ela possa fazer cessar». (1)

O código Italiano de 1882 foi mais coerente que a nossa lei quando, permitindo ao falido o exercício do comércio, aboliu a reabilitação.

15. — Também não convence o argumento de que seria inconstitucional privar o falido do comércio, porque a todos os que habitam o território brasileiro é garantido pela Lei Mater o exercício de qualquer indústria ou profissão.

Semelhante preceito já existia na Constituição de 25 de março de 1824, em cujo regime foi elaborado o Código Comercial de 1850. Pois bem, o n.º 4 do artigo 2.º desse Código nunca foi apontado, nem na ocasião de ser discutido, nem depois, como ofensivo da disposição constitucional. É que sempre se entendeu que a liberdade garantida pela Constituição deve sujeitar-se, naturalmente, a restrições ou requisitos indispensáveis à sua regulamentação.

Apesar de ser livre a todos os exercício de qual-

---

(1) Otávio Mendes — Falências e Concordatas, n.º 78, pág. 124.

quer profissão, nem por isso, na vigência da Constituição de 1891, invocada pelo dr. Carvalho de Mendonça, podia alguém, por exemplo, exercer a advocacia ou praticar a medicina sem a prova de habilitação conferida por institutos oficiais ou a êstes equiparados.

O dispositivo constitucional vigente é mais claro sôbre o assunto :

«E' livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interêsse público». (art. 113 n.º 13).

Hoje, pois, de modo nenhum, pode ser taxada de inconstitucional a proibição ao falido não reabilitado de exercer o comércio. Alem da «necessidade social de não abrandar excessivamente as consequências da falência e de imprimir-lhe um cunho mais ou menos intimidante» (1), falta ao falido a livre administração de seus bens, exigida no art. 1.º do Código Comercial, como condição *sine qua* para quem quer que seja poder commerciar no Brasil.

16. — Também a privação do exercício do comércio ao falido não importa condená-lo «à pena eter-

---

(1) Vergueiro Steidel — S. Paulo Judiciário, vol. 3.º, pág. 258.

na da inatividade», como alega Carvalho de Mendonça, ou «*all'ozio ed alla mendicità*», como diz o relatório Mancini-Pasquale, porque lhe fica livre qualquer outra indústria ou profissão.

A falência só priva o falido da profissão de comerciante. Outra qualquer pode êle exercê-la e, deste modo, não se lhe anula o «direito de trabalhar» e nem fica êle reduzido ao ócio e à mendicidade.

Não é apenas do comércio que o indivíduo pode tirar meios de subsistência. Inúmeras são as atividades de que o falido poderá lançar mão para se manter e à família. Só se tornará, portanto, um ocioso, se quiser. E o produto dêsse novo trabalho, destinado à manutenção própria e da família, está livre de arrecadação, nos termos do art. 45 n.º 3 da lei de falências, o que, de-certo, não o deixará um mendigo.

17. — A inscrição da firma no Registro do Comércio, embora facultativa, é indispensável a todo comerciante para que seus livros façam fé em juízo e para que possa celebrar concordata preventiva com seus credores e requerer a falência de seus devedores. Sem essas tres prerrogativas não se pode compreender o comerciante ; sem elas deixa êle de existir, verdadeiramente.

O art. 17 da lei de falências determina que o resumo da sentença declaratória será, dentro de 24 ho-

ras do recebimento dos autos em cartório, enviado à Junta Comercial, entre outras corporações, «para a devida averbação».

Carvalho de Mendonça, com a sua grande autoridade, ensina que o nosso direito falencial, de acôrdo com o art. 11 § 2.º do decr. n.º 916 de 24 de outubro de 1890, «manda simplesmente *averbar* a declaração da falência no livro de inscrição das firmas, não ordena o *cancelamento* da firma pelo fato da falência». Dessa forma, «a firma subsiste com todos os direitos e prerrogativas». (1)

Entretanto, reconhece o douto mestre que a firma deve ser cancelada depois da liquidação do ativo e passivo da massa falida, porque a sociedade fica, então, liquidada e essa liquidação autoriza o cancelamento, na conformidade do art. 9.º do decr. n.º 916 citado.

Embora de acôrdo em que a averbação da sentença declaratória da falência na Junta Comercial não significa cancelamento da firma, parece-nos, todavia, que, em virtude da anotação feita, ficam suspensos todos os direitos e prerrogativas de que o falido gozava, provenientes da sua inscrição.

Não se extingue a firma e, por isso, não podem os representantes da massa falida dispor dela. Apenas deixará de ser usada, enquanto permanecer o estado de falência. Tanto isto é verdade que o art. 147 do

---

(1) J. X. Carvalho de Mendonça — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2.a ed. vol. 2.º, pág. 183, nota 2.

decr. n.º 5.746 manda que, rehabilitado o falido, seja a sentença comunicada aos funcionários e corporações, aos quais foi a falência avisada. Entre essas corporações está a Junta Comercial, que pelo art. 11 § 2.º do decr. n.º 916, de 1890, deve averbar a reabilitação no livro de inscrição das firmas.

18. — Se admitíssemos o cancelamento da firma em virtude da sentença declaratória da falência ou por força da liquidação do ativo e passivo da massa falida, teríamos que concluir pela completa inutilidade da averbação da reabilitação na Junta Comercial.

Só se faz a averbação porque a firma subsiste, não foi cancelada, afim de que o dono dela possa novamente usá-la e gozar dos direitos e prerrogativas decorrentes da inscrição.

Se o falido tem a sua firma cancelada e pode fazer outra inscrição no Registro do Comércio, como entende Carvalho de Mendonça (1), por que, então, comunicar à Junta que o mesmo obteve reabilitação, e por que fazer esta a averbação ordenada pelo decr. n.º 916, se a firma sob que o comerciante faliu já desapareceu e se êle já inscreveu nova?

A sentença declaratória da falência priva o falido do uso de sua firma e, pelo conseguinte, suspende os

---

(1) J. X. Carvalho de Mendonça — Tratado de Direito Comercial Brasileiro 2.ª ed. vol. 7, n.º 437, pág. 441.

seus direitos e prerrogativas, decorrentes da inscrição. Nestas condições, ainda que exerça o comércio, não pode fazer prova com seus livros, como está impossibilitado de requerer a falência de seus devedores e evitar a sua própria com o remédio da concordata preventiva. O exercício de uma profissão com tais restrições não pode ser «o exercício regular e legal dessa profissão.» (1)

Diante do exposto, concluímos que, embora o art. 40 do decr. n.º 5.746 assegure ao falido o direito de exercer o comércio, depois da primeira assembléa de credores, não poderá êle retomar a profissão de comerciante, sem estar rehabilitado. E o falido não pode comerciar por dois motivos : 1.º) porque não tem a livre administração e disposição de seus bens ; 2.º) porque lhe faltam prerrogativas indispensáveis ao exercício do comércio.

---

(2) Vergueiro Steidel — S. Paulo Judiciário, vol. 3, pág. 271.