

OS CRÉDITOS PREFERENCIAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Evandro Ramos Lourenço (*)

I

Necessidade de Atualização da Matéria

Segundo o art. 1.557 do Código Civil, "os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais". Entretanto, refletindo as grandes transformações econômicas e sociais do mundo contemporâneo, o legislador brasileiro, rompendo as estreitezas do civilismo, estabeleceu, nas esferas financeiras, tributária e trabalhista, normas autônomas instituidoras de específicas preferências, situadas acima dos direitos reais e dos privilégios contemplados nas anteriores codificações de direitos privado.

Neste setor, as modificações da ordem jurídica nacional, parecem remontar ao Governo Provisório, que, pelo Decreto n.º 22.866, de 28 de junho de 1933, outorgou ao crédito tributário preferência a quaisquer outros, ainda quando gravados de ônus real. (1) A partir daí múltiplas alterações foram levadas a efeito, surgindo sérios obstáculos para o atendimento às causas legítimas de prelação, face ao emaranhado de leis esparsas disciplinadoras da matéria, às vezes obscuras, outras vezes exigindo do intérprete cuidado especial para solucionar os conflitos intertemporais de normas legais que, com efêmera vigência, se revogam tacitamente.

(*) Promotor Público no Estado do Rio de Janeiro.

(1) O Supremo Tribunal Federal denominou tal preferência de "ônus real de direito público, contra o qual não pode prevalecer o ônus real de direito privado" (apud J. G. R. de ALKMIN, "Direito das Coisas", pág. 744, n.º 1.784).

Em razão disto, há muita desatualização nas obras dos mestres que abordaram, entre nós, a graduação legal das preferências, na falência e no concurso de credores. (2) Até os trabalhos mais recentes olvidaram a norma límpida do art. 186 do Código Tributário Nacional, de 1966, que, mantendo a superpreferência dos créditos trabalhistas, fixou os créditos tributários em posição inferior à daqueles. Isto sem falar na novidade trazida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que, em seu art. 9.º, inciso I, fez desaparecer a prioridade creditícia da União sobre os Estados e deste sobre os Municípios, **situando-os no mesmo grau de preferência.**

Este trabalho pretende dar atualidade à matéria dentro do direito positivo vigente, fixar novos problemas correlatos e demonstrar a quase uniformização das preferências legais, quer o devedor comum seja comerciante, quer não. (3)

(2) Entre eles, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. "Tratado de Direito Comercial Brasileiro": WALDEMAR FERREIRA, "Instituições de Direito Comercial — A Falência", ed. de 1955; WALTER T. ALVARES, "Direito Falimentar", ed. de 1966; ALFREDO BUZUID, "Do Concurso de Credores no Processo de Execução", ed. de 1950; JOSÉ MARINS CATHARINO, "Contrato de Emprego", 1.ª ed., págs. 74/77; AMILCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 10, ed. da Revista Forense; PONTES DE MIRANDA. "Comentários ao Código de Processo Civil", volume 6, ed. da Revista Forense.

(3) Tratando-se de assunto vasto e complexo, apenas serão abordadas, neste trabalho, as hipóteses de maior incidência nas relações de crédito mais comuns. Não se mencionou, por **altamente específico**, o esquema de preferências conferidas aos chamados **créditos marítimos ou navais** (Convenção de Bruxelas, de 1-4-26, aprovada pelo Decreto n.º 351, de 1-10-35; Decreto n.º 15.788, de 8-11-42) e **aeronáuticos** (Convenção de Genebra, de 19-6-48, aprovada pelo Decreto n.º 33.648, de 25-8-53; art. 21 do Decreto-Lei n.º 32, de 18-11-66, alterado pelo Decreto-Lei n.º 234, de 28-2-67; Decreto-Lei n.º 496, de 11-3-69). Tratamento também à parte merecem as denominadas **operações de crédito imobiliário** (art. 22, § 1.º da Lei n.º 4.864, de 9-11-65 e art. 33 do Decreto-Lei n.º 70, de 21-11-66), sendo de notar que **"as letras imobiliárias** emitidas por sociedades de crédito imobiliário terão preferência sobre o ativo da sociedade emitente em relação a quaisquer outros créditos contra a sociedade, inclusive os de natureza fiscal ou parafiscal" (art. 44, § 2.º da Lei n.º 4.380, de 21-8-64). O portador de **warrant** tem também preferência específica (art. 26, § 1.º do Decreto n.º 1.102,

Superpreferência dos créditos trabalhistas

Dentre os créditos trabalhistas, ocupavam posição primacial os decorrentes de **indenizações por acidente do trabalho**, que preferiam "a todos os créditos admitidos na falência" (§ 1.º do art. 102 da Lei de Falências, em sua redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11-2-60). O Código Tributário Nacional, consubstanciado na Lei n.º 5.172, de 25-10-66, entretanto, em seu artigo 186 (4), estendeu esta vantagem a todos os créditos trabalhistas, colocando, assim, na mesma classe, em condições de igualdade, **salários e indenizações**, incluindo-se nestas as da Lei de Acidentes do Trabalho, texto especial em relação à Constituição das Leis do Trabalho. (5)

Pelo citado art. 186, o crédito por **férias** deixou de ter apenas **privilegio geral** (item XI infra), para ser alçado à classe de preferencial, juntamente com os salários e indenizações, alterado, portanto, o art. 144 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tendo em vista, naturalmente, que apenas as indenizações por acidente e os salários têm natureza alimentar, visto que constituem, regra geral, a única fonte de renda do empregado, o De-

de 21-11-03). O crédito da Caixa Econômica Federal decorrente do **programa de assistência financeira às empresas** goza de prioridade (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 21, de 17-9-66, com as alterações do Decreto-Lei n.º 732, de 5-8-69 e do Decreto-Lei n.º 933, de 13-10-69). **Garantias especiais são dadas ao crédito rural** (art. 34 do Decreto n.º 58.380, de 10-5-66, e Decreto-Lei n.º 784, de 25-8-69; Decreto-Lei n.º 167, de 15-2-67, arts. 9, 64, 28, 45 e 53) e ao **crédito industrial** (Decreto-Lei n.º 413, de 9-1-69, arts. 9, 17, 46 e 56).

(4) "O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, **ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho**".

(5) "O privilégio do crédito tributário pode ser considerado absoluto, pois deverá ser pago de preferência a qualquer outro, **exceto os decorrentes da legislação do trabalho, isto é, salários e indenizações, incluindo-se nestas, a nosso ver, também as indenizações da Lei de Acidentes do Trabalho, texto especial em relação à C.L.T.** (ALIOMAR BALEEIRO, "Direito Tributário Brasileiro", 1.ª edição, 1970, Forense, Rio, pág. 538).

creto-Lei n.º 192, de 24-2-67, restringiu a preferência dos créditos oriundos das demais indenizações trabalhistas para somente um terço do respectivo montante. (6)

Com essas modificações, deve ser assim entendida a redação do art. 449, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho: na falência, na concordata e no concurso de credores (item XIV, 6 infra), constituirão crédito **preferencial** (e não apenas privilegiado) **a totalidade dos salários devidos ao empregado e um terço das indenizações a que tiver direito**, e crédito quirografário os restantes dois terços.

Ao homem do campo a prioridade também se confirma. Segundo o disposto no art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural, seus direitos "decorrentes do contrato de trabalho gozarão dos privilégios (7) estatuídos na legislação falimentar, civil e trabalhista, sempre que ocorrer falência, concordata, concurso de credores, execução ou cessação da atividade rural".

(6) Dentro do mesmo espírito de atribuir supergarantias ao crédito por salários, foi baixado o Decreto-Lei n.º 368, de 19-12-68, que assim dispôs: "Art. 1.º A empresa em débito salarial com seus empregados não poderá:

I — pagar honorário, gratificação, "pro labore" ou qualquer outro tipo de retribuição ou retirada a seus diretores, sócios, gerentes ou titulares de firma individual;

II — distribuir quaisquer lucros, bonificações, dividendos ou interesses a seus sócios, titulares, acionistas ou membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;

III — ser dissolvida".

No seu art. 4.º preceituou: "os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa responsável pela infração do disposto no art. 1.º, incisos I e II, estarão sujeitos à pena de detenção de 1 mês a 1 ano".

(7) A lei, nesse ponto, carece de precisão terminológica. Aí, "privilégios" deve ser entendido, no mais amplo sentido, como sinônimo de "preferências". O art. 1.557 do Código Civil faz nítida diferença entre estes dois conceitos (cfr. item I supra). Aliás, prevalece a regra geral e posterior do já citado art. 186 do Código Tributário Nacional, que fixou os créditos trabalhistas, sem distinção, como sendo preferenciais.

III

Créditos tributários — Revogação constitucional das escalas entre eles

Como se vê, os créditos trabalhistas supramencionados são pagos precipuamente a quaisquer outros, inclusive aos tributários, que lhes seguem imediatamente na ordem de graduação das preferências. (8) Nos termos do art. 1.751 do Código Civil, repetido pelo art. 60, parágrafo único, da Lei dos Executivos Fiscais, e pelo art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a Fazenda Federal prefere à Estadual e esta à Municipal. Tais disposições se consideram, entretanto, revogadas (9), à vista do texto atual do Estatuto Magno, que, pela Emenda n.º 1, de 1969, conferiu a seguinte redação ao art. 9.º, inciso I: "A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra". Corolário lógico deste preceito é que o Fisco Federal, Estadual e Municipal disputam seus créditos na mesma classe e, "pro rata", se o resultado da apuração dos bens do devedor não der para o pagamento integral.

IV

O crédito tributário e as contribuições parafiscais

Mister se faz delimitar, com precisão, o conceito de "crédito tributário", a fim de que se possa concluir se tal expressão abrange ou não as chamadas **contribuições parafiscais**. Diante da nova sistemática implantada pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 27, de

(8) Observe-se que o art. 188 da citada Lei n.º 5.172, de 25-10-66, concede preferência sobre quaisquer outros créditos ao do Fisco por prestações vencidas e vincendas no decurso do processo de falência. ALIOMAR BALEEIRO assevera que, "apesar dos termos gerais do dispositivo, há de subentender-se a execução da cláusula "in fine" do art. 186, em relação aos créditos oriundos da legislação do trabalho" (Ob. cit., nota 5, pág. 540).

(9) Conforme ensinamento do eminente jurista VITOR NUNES LEAL, "a incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova" é "um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade" (cfr. LEIS COMPLEMENTARES DA CONSTITUIÇÃO "in Revista de Direito Administrativo (F. G. V.), volume VII, páginas 389/390).

14-11-66, com a modificação que lhe trouxe o art. 9.º do Ato Complementar n.º 27, de 18 de dezembro de 1966 (10), pode-se dizer que o legislador pátrio se deixou influenciar, conforme lembra ALIOMAR BALEEIRO, pela doutrina que considera as contribuições parafiscais como autênticos tributos. (11) Dando margem à constituição de crédito tributário, desfrutam elas, inegavelmente, da preferência estatuída no art. 186 do Código Tributário Nacional, ao lado dos impostos, taxa e contribuição de melhoria instituídos pelos poderes federais, estaduais e municipais. Por esta interpretação, estarão no mesmo plano da escala de prioridades, ao lado dos créditos fiscais correspondentes aos tributos mencionados nos arts. 16, 77 e 81 da Lei n.º 5.172/66, as quotas de previdência, a contribuição sindical, as contribuições para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, para a Previdência Social (INPS), para o 13.º salário, para salário-família e salário-educação, para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) ou Comer-

(10) Tais diplomas dispõem que os arts. 17, 74, § 2.º, 77, parágrafo único e outros mais do Código Tributário Nacional "não excluem a incidência e a exigibilidade:

I — da contribuição sindical, denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts. 578 e seguintes da CLT, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei n.º 4.589, de 11-12-64;

II — das denominadas quotas de previdência a que aludem os arts. 71 e 74 da Lei n.º 3.807, de 26-8-60, com as alterações determinadas pelo art. 34 da Lei n.º 4.863, de 29-11-65, que integram a contribuição da União para a Previdência Social, de que trata o art. 157, item XVI da Constituição Federal;

III — da contribuição destinada a constituir o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, de que trata o art. 158 da Lei n.º 4.214, de 2-3-63;

IV — da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada pelo art. 2.º da Lei n.º 5.107, de 13-9-66;

V — das contribuições enumeradas no § 2.º do art. 34 da Lei n.º 4.863, de 29-11-65, com as alterações decorrentes do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei n.º 5.107, de 13-9-66, e outras de fins sociais criadas por lei."

(11) "As contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição" (Ob. cit. nota 5, pág. 571).

cial (SENAC), para o Serviço Social da Indústria (SESI) ou do Comércio (SESC), para o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário (INDA/INCRA) e quaisquer outras de fins sociais criadas por lei (cfr. nota 10).

Mantendo esta mesma orientação, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, incluiu, no capítulo que trata o "Sistema Tributário", norma que dá competência à União para "instituir contribuições, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais" (art. 21, § 2.º, inciso I).

Apesar da evidência dos citados dispositivos legais mais recentes, se vier a prevalecer o entendimento oposto de que as contribuições parafiscais não são tributos, os créditos correspondentes às supramencionadas contribuições cobradas pelo INPS (Lei n.º 4.863, de 29-11-65, com as alterações efetuadas pela Lei n.º 5.107, de 13-9-66, também modificada pelo Decreto-Lei número 20, de 14-9-66) passarão a gozar de preferência imediatamente inferior à dos créditos tributários, nos termos da Lei Orgânica da Previdência social. (12)

V

A Fazenda Pública não está sujeita à habilitação em falência ou em concurso de credores

Posição dos credores trabalhistas no executivo fiscal

O Código Tributário Nacional, depois de fixar o primado do crédito trabalhista, estatuiu que "a cobrança judicial do crédito

(12) "Os créditos da previdência social relativos a contribuições por ela arrecadadas, com seus adicionais ou acréscimos de qualquer natureza, inclusive a quota de previdência, a correção monetária e os juros de mora correspondentes, nos processos de falência, concordata ou concurso de credores, estão sujeitos às disposições atinentes aos créditos da União, aos quais são equiparados, seguindo-se a estes na ordem de prioridade" (art. 156 da Lei n.º 3.807/60, com a redação dada pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 66, de 21-11-66; ver também art. 20 da Lei n.º 5.107, de 13-9-66, com as alterações determinadas pelo Decreto-Lei n.º 20, de 14-9-66).

No tocante à previdência social rural, ver art. 58 do Decreto n.º 53.154, de 10-12-63.

tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento”.

Há visível incompatibilidade entre este preceito legal e o anterior (art. 186), que proclama, na ordem de classificação, a preferência dos credores trabalhistas sobre a Fazenda Pública. De fato, ficaria violado esse direito se o Fisco, liberto da habilitação em falência ou concurso creditório, pudesse intentar a ação executiva com penhora de parte ou de todos os bens do devedor comercial ou civil, e ficasse vedada aos empregados a disputa de preferência de seus créditos naquele executivo. Poderia acontecer que os Fiscos Federal, Estadual e Municipal absorvessem todo o patrimônio do devedor comum, tornando sem efeito a antecedência legal atribuída aos créditos decorrentes da legislação trabalhista.

Segundo o magistério de CARLOS MAXIMILIANO, “se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem supremacia” e, “se uma disposição é secundária ou acessória e incompatível, com a principal, prevalece esta”. (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Ed. Freitas Bastos, 1941, 3.^a edição, págs. 168/170).

No caso, vingaria, sem dúvida, a disposição principal contida no art. 186, que escalona a preferência entre os créditos trabalhistas e tributários, sendo preceito acessório o subsequente, que apenas regula a forma de cobrança de um deles.

Segundo a lição dos mestres, havendo incompatibilidade entre duas normas jurídicas, só se pode considerar como insubsistente uma delas quando impossível, por todos os modos, sua conciliação. Assim sendo, é de se concluir pela inexistência de antinomia entre os dois textos, senão no que tange à exclusão dos créditos trabalhistas no concurso de preferência com o Fisco, a ser instaurado no executivo fiscal. Caso é, pois, de se harmonizarem os dois dispositivos, no sentido de se permitir que os empregados disputem a preferência com o Fisco. Salva-se, deste modo, a superpreferência dos créditos trabalhistas e, ao mesmo tempo, o princípio de não se sujeitar a Fazenda Pública ao concurso de credores ou à habilitação em falência, já que ela não deve ficar, na cobrança de sua dívida ativa, à mercê do longo e acidentado processamento dos concursos de credores e falências.

Aliás, face às modificações trazidas pelos arts. 186 e 187 do Código Tributário Nacional e, também, pelo art. 9.^o, inciso I, da Emenda Constitucional n.^o 1, de 1969, o que restou em vigor do texto do art. 60 do Decreto-Lei n.^o 960, de 1938, foi apenas a menção de que a Fazenda não está sujeita a concurso de credores

nem a habilitação em falência, concordata ou inventário. Não poderá, porém, excluir a habilitação dos credores trabalhistas no concurso de preferência a se instaurar no executivo fiscal, mesmo porque a Lei n.^o 4.839, de 18-11-65, assim preceituou:

“Art. 1.^o — O art. 60 do Decreto-Lei n.^o 960, de 17-12-38, não exclui a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, a que se refere a Lei n.^o 3.726, de 11-2-60, que alterou o art. 102 do Decreto-Lei n.^o 7.661, de 21-6-45.”

VI

Créditos por encargos e dívidas da massa falida

Logo após as prioridades acima analisadas, abre-se lugar aos créditos decorrentes de encargos e dívidas da massa falida pela já mencionada nova redação do art. 102 da Lei Falimentar vigente. Tais créditos são especialíssimos e definidos nos §§ 1.^o e 2.^o do art. 124 (nova redação) da citada lei, notadamente as custas judiciais do processo de falência e seus incidentes, cuja analogia com os salários devia conferir-lhes a mesma posição ou a intermediária entre eles e os direitos da Fazenda Pública. (13)

Consigne-se que, feita claramente a distinção entre encargos e dívidas da massa, nos §§ 1.^o e 2.^o do art. 124, aqueles são pagos

(13) WALTER T. ALVARES sustenta que “os credores da massa não precisam se habilitar e, por conseguinte, nem estão sujeitos ao processo de verificação” (Ob. cit., nota 2, pág. 519). Justifica sua assertiva com base nas opiniões de PIPIA, PERCEROU e CARVALHO DE MENDONÇA. É certo que o magistério deste se fundou na superpreferência atribuída aos credores da massa pela Lei de Falências vigente ao tempo em que veio a lume a 2.^a edição de seu “Tratado”. Todavia, embora desaparecido o fundamento em que se abroquelou o eminente comercialista, é justificável a dispensa da habilitação, em vista de alguns serem créditos da massa, de trato contínuo, como as custas, as despesas com a arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do passivo, e outros de ocorrência em qualquer fase do processo, como as despesas com a moléstia e o enterro do falido que morrer na indigência, a indenização por acidentes do trabalho que, no caso de continuação do negócio do falido, se tenha verificado nesse período.

antes destas, "fazendo-se rateio, em cada classe, se necessário, sem prejuízo, porém, dos créditos de natureza trabalhista" (§ 3.º) e tributária (itens III e IV supra).

VII

As despesas de conservação feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor e do credor

Imediatamente depois das dívidas da massa, serão pagas "as despesas de conservação, feitas por terceiro com o imóvel hipotecado mediante consenso do devedor e do credor, depois de constituída a hipoteca" (art. 1.564 do Código Civil). Tal dispositivo legal não se aplica apenas ao concurso de credores. Estende-se também à falência, em decorrência do princípio de que "a lei da hipoteca é a civil, e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial e comerciantes as partes" (art. 809 do Código Civil).

VIII

Créditos com direitos reais de garantia

Seguem-se os **créditos com direitos reais de garantia** (inciso I do citado art. 102, nova redação). O art. 125 da Lei Falimentar dispõe que, "vendidos os bens que constituam objeto da garantia real ou de privilégio especial, e descontadas as custas e despesas da arrecadação, administração, venda, depósito ou comissão do síndico, relativas aos mesmos bens, os respectivos credores receberão imediatamente a importância dos seus créditos, até onde chegar o produto dos bens que asseguram o seu pagamento". (13-A)

(13-A) O Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, relatado pelo Ministro EVANDRO LINS E SILVA, proferido em 11 de junho de 1964, no Recurso Extraordinário n.º 53.562, proclamou que "o art. 102 da Lei de Falências, com a nova redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11 de fevereiro de 1960, dá preferência absoluta aos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, nos processos falimentares, **sobrepondo-se aos créditos com direito real de garantia**. O princípio aí contido revela a intenção do legislador de proteger especialmente os créditos resultantes do trabalho" (Jurisprudência citada pelo Juiz CLÓVIS C. SALGADO, "in" REVISTA LTr. — Legislação do Trabalho, volume n.º 31, página 639, ano de 1967).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

Feitas as deduções catalogadas no texto transcrito, "o que sobrar do preço da venda — conclui WALTER T. ALVARES — será utilizado para pagamento ao credor com direito real de garantia e, se por acaso não for pago integralmente, pelo seu saldo passa à classe dos credores quirografários" (ob. cit., volume 2.º, n.º 555). Tal assertiva seria válida se feita antes da vigência da nova redação dada ao art. 102 (ano de 1960). É que, por esse novo texto legal, os créditos com direitos reais de garantia e os demais que lhes seguem só podem ser liquidados "**depois**" de solvidos os débitos trabalhistas, tributários e os encargos e dívidas da massa. Esta condição é indesejável porque, sem ela, os credores com privilégio superior ao da garantia real seriam prejudicados e ficaria letra morta a legislação subsequente ao disposto no transcrito art. 125. (14)

(14) A **alienação fiduciária em garantia** (Decreto-Lei n.º 911, de 1-10-69; ver também Decreto-Lei n.º 413, de 9-1-69, arts. 9.º e 19, II) foi incluída pelo legislador "no elenco dos **direitos reais**, como uma das modalidades da propriedade resolúvel" (ORLANDO GOMES, "Alienação Fiduciária em Garantia". Ed. Rev. Trib., 1970, pág. 45). "Por via deste contrato, o devedor (**fiduciante**) transfere ao credor (**fiduciário**) a propriedade de bens móveis, para garantir o pagamento da dívida contraída, com a condição de, ao ser liquidada, voltar a ter a propriedade do bem transferido". "**Assemelha-se ao penhor** pela função de garantia e qualidade do objeto, mas dele se diferencia porque o fiduciante transfere a propriedade da coisa, enquanto o devedor pignoratício a conserva. O credor, no penhor, tem **direito real na coisa alheia**, e, na fidúcia, **direito real na coisa própria**" (Ob. cit., págs. 20 e 21). Entretanto, apesar dessa semelhança com o penhor (ob. cit. págs. 106, 73 e 84/85), a **alienação fiduciária em garantia dá ao fiduciário o direito de ser pago preferencialmente a qualquer outro credor** (Ob. cit., pág. 114), pois lhe confere a lei "a faculdade de vender extrajudicialmente o bem, se o devedor não cumprir a obrigação no tempo e pelo modo devidos" (Ob. cit., pág. 78). Para maior segurança do crédito, pode o fiduciário requerer a **busca e apreensão** do bem havido fiduciariamente, ou ação de **depósito**, se o bem não se achar na posse do fiduciante, ou, ainda, **ação executiva** (Ob. cit., pág. 78). Neste último caso, entretanto, o fiduciário "não terá, evidentemente, preferência" sobre os demais credores, equiparando-se aos quirografários, sujeitando-se "pessoalmente ao concurso, sem a posição privilegiada" (Ob. cit., págs. 115 e 123). "Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alie-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

IX

Condicionamentos atuais do art. 822 do Código Civil

Nos termos do art. 822 do Código Civil, "pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua dívida, requerer a adjudicação do imóvel, avaliado em quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade".

No contexto dessa codificação de 1917, o preceito transcrito estava bem ajustado. A preferência do credor com garantia real não era superada pelas indenizações trabalhistas nem pelos créditos fazendários. Estes ficavam relegados ao sexto lugar na ordem de classificação dos credores de privilégio geral, mesmo assim por impostos devidos no ano corrente e no anterior (art. 1.569). Só em 1933, pelo Decreto n.º 22.866, é que se conferiu supremacia absoluta à Fazenda Pública. Entretanto, em 1966, pelo Código Tributário Nacional, os créditos decorrentes da legislação trabalhista passaram definitivamente para o primeiro plano, ficando os direitos reais de garantia em posição inferior, não só, à daqueles, mas também à dos da massa, como já foi esclarecido.

Desse modo, a faculdade prevista no art. 822 do Código Civil, de adjudicação pelo credor hipotecário do imóvel avaliado em quantia inferior ao crédito, em caso de insolvência ou falência do devedor, só poderá ser atendida se não estiverem habilitados ou se já houverem sido pagos aqueles credores que gozam de graduação primacial na escala estabelecida pela legislação posterior ao Código Civil.

X

Créditos com privilégio especial sobre determinados bens

Após os créditos com direitos reais de garantia vêm, no esquema legal, os que têm **privilégio especial sobre determinados**

nado fiduciariamente" (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 911/69). Assim, o fiduciário "está excluído do processo concursal" (Ob. cit., página 137). Na opinião de Orlando Gomes, "a posição de fiduciário é reservada, nesse negócio translativo, às sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país" (Ob. cit., pág. 53). Finalmente, é reconhecido ao fiduciante o direito de desobrigar o bem, na liquidação concursal da financeira (Ob. cit., pág. 91).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

bens, isto é, os que deverão ser pagos pelo produto da venda de determinados bens vinculados ao crédito. São eles os créditos por aluguer do prédio locado ao falido para seu estabelecimento, sobre o mobiliário respectivo, e os demais catalogados no art. 102, § 2.º, incisos I, II e III do diploma falimentar. Vendido o bem sobre o qual incide o privilégio especial, deduzidas as respectivas despesas, será pago ao credor, caso já estejam solvidos, se houver, os débitos trabalhistas, tributários e os da massa, como se frisou no item VIII supra. Se estes credores com prioridade maior absorverem o produto da venda do objeto do privilégio especial, o valor deste passará a quirografário e, se a absorção for parcial, somente o saldo passará a essa última categoria. No concurso de credores, o privilégio especial está definido no art. 1.566 do Código Civil (15), incluídas as custas, cuja classificação será objeto dos itens XIV.2 a XIV.5 infra.

XI

Créditos com privilégio geral

O último privilégio é o geral, e os respectivos credores dele se beneficiam com o que se apurou relativamente a todo o patrimônio do falido, depois de pagos os créditos com prioridade superior. (16) No concurso creditório, o privilégio geral abrange o elenco dos créditos mencionados no art. 1.569 do Código Civil (17), exceto os impostos e as custas, cuja classificação foi modificada.

(15) PONTES DE MIRANDA relacionou minuciosamente grande número de créditos com privilégio especial em "Comentários ao Código de Processo Civil" (vol. 15, pág. 83 e segs., 2.ª ed.) e "Tratado de Direito Privado, vol. 27, págs. 171 a 196."

(16) As **debêntures** gozam de privilégio geral, a não ser quando emitidas sob garantia hipotecária (cfr. WALTER T. ALVARES, ob. cit., nota 2, pág. 486).

(17) Veja-se a relação dos créditos com privilégio geral elaborada por PONTES DE MIRANDA no "Tratado" cit., vol. 27, págs. 184 e segs., e nos "Comentários" cit. vol. 15, págs. 54 e segs.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

XII

Créditos quirografários

Na última escala colocam-se os créditos sem qualquer preferência, designados como quirografários, como os títulos de crédito sem vinculação a contrato em que as obrigações de pagamento não gozam de prioridade legal. O § 4.º do art. 102 da Lei de Falências assim os conceitua: "são quirografários os créditos que, por esta lei, não entram nas classes I, II e III deste artigo e os saldos dos créditos não cobertos pelo produto dos bens vinculados ao seu pagamento". (18)

XIII

Resumo da classificação atualizada dos credores na falência

- 1.º **Indenizações por acidentes do trabalho, salários, férias e um terço das indenizações trabalhistas.**
(Art. 102, § 1.º, da Lei de Falências, em sua redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11-2-60, combinado com o art. 186 do Código Tributário Nacional e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 192, de 24-2-67; art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural)
— cfr. item 2 retro.
- 2.º **Crédito tributário federal, estadual e municipal, em concorrência na mesma classe, sem preferência entre eles, inclusive no tocante às contribuições parafiscais.**
(Arts. 186 e 217 do Código Tributário Nacional e arts. 9.º, inciso I, e 21, § 2.º inciso I, da Emenda Constitucional n.º I, de 1969)
— cfr. itens 3 e 4 retro.

(18) Pela interpretação exclusivamente literal, concluir-se-ia que os créditos tributários seriam quirografários. Tal exegese conduziria ao absurdo de um retrocesso jurídico incomensurável. Certamente, foram omitidos na gradação da Lei de Falências porque a ela não estão sujeitos, gozando para a sua cobrança do processo especial do executivo fiscal. Esse reparo só tem, na atualidade, interesse histórico, eis que, pelo Código Tributário Nacional, sua preferência foi proclamada sobre quaisquer créditos, ressalvados apenas os decorrentes da legislação trabalhista.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

- 3.º **Encargos da massa.**
(Art. 102, "caput", da Lei de Falências, combinado com seu § 3.º)
— cfr. item 6 retro.
- 4.º **Dívidas da massa.**
(Art. 102, "caput", da Lei de Falências, combinado com seu § 3.º)
— cfr. item 6 retro.
- 5.º **Despesas de conservação, feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor e do credor, depois de constituída a hipoteca.**
(Arts. 1.564 e 809 do Código Civil)
— cfr. item 7 retro.
- 6.º **Créditos com direitos reais de garantia.**
(Art. 102, inciso I, combinado com art. 125, ambos da Lei Falimentar vigente)
— cfr. item 8 retro.
- 7.º **Créditos com privilégio especial.**
(Art. 102, inciso II, combinado com seu § 2.º — nova redação —, da Lei de Falências).
— cfr. item 10 retro.
- 8.º **Créditos com privilégio geral.**
(Art. 102, inciso III, combinado com seu § 3.º — nova redação —, da Lei de Falências).
— cfr. item 11 retro.
- 9.º **Créditos quirografários.**
(Art. 102, inciso IV, combinado com seu § 4.º — nova redação —, da Lei de Falências).
— cfr. item 12 retro.

XIV

Classificação no concurso de credores

XIV.1. Agora examine-se o sistema legal de graduação das preferências atribuídas aos credores sobre os bens do devedor civil comum. A respeito desta matéria AMILCAR DE CASTRO levantou uma classificação que foi referendada por PONTES DE MIRANDA e confirmada por ALFREDO BUZAID. (19)

(19) AMILCAR DE CASTRO (Ob. cit., nota 2, vol. X, pág. 491); PONTES DE MIRANDA (Ob. cit., nota 2, vol. VI, pág. 511, 1.ª edição); e ALFREDO BUZAID (Ob. cit., nota 2, pág. 332).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

XIV.2. Sem reparos na ocasião, hoje se encontra completamente desatualizada. De fato, conferiu-se primazia às **custas da execução**, certamente com base no Código de Processo Civil, em cujos termos, "proferida a sentença, o escrivão remeterá os autos ao contador, que organizará um plano de distribuição no qual, **deduzidas as custas**, se tomarão por base as preferências disputadas e os créditos apresentados" (art. 1.028). Em três palavras, a lei processual constituiu uma superpreferência, matéria de direito substantivo, mas solução justa.

XIV.3. Dá-se, porém, que, a partir da vigência do Código Tributário Nacional (1-1-67), ficou estabelecido que preferem a quaisquer outros créditos, "seja qual for a natureza ou o tempo da constituição destes": (1.º) os decorrentes da legislação do trabalho; 2.º) os tributários (art. 186). Assim, a rigor, o disposto no citado art. 1.028 do Código de Processo Civil ficou revogado no concernente às custas. Mas como, pela lei processual, estas são devidas pelo requerente logo depois de concluído o ato e antes da interposição de recurso ou da execução da sentença (art. 56 e §. 2.º), é possível que, numa interpretação liberal, os juízes continuem a observar o estipulado no art. 1.028. A propósito, é sempre atual a observação de RUY BARBOSA, em sua Plataforma: "Toda codificação, apenas decretada, entra, sob o domínio dos arestos, num movimento evolutivo que, com o andar do tempo, acaba por sobrepor à letra escrita o direito vivo dos textos judiciais".

XIV.4. Afóra tal solução, as custas, no concurso de credores, ficariam classificadas no privilégio geral (art. 1.569, II, do Código Civil), e as da arrecadação e liquidação dos créditos com privilégio especial, nessa categoria (art. 1.566, I, do mesmo Código).

XIV.5. Assim, as custas ou ficam fora de qualquer classificação, porque são de trato sucessivo e devidas logo após a conclusão de cada ato (art. 56 do Código de Processo Civil), ou se inserem nos mencionados privilégios geral e especial do Código Civil.

XIV.6. Em conseqüência, o primeiro lugar na classificação do concurso de credores deve ser o mesmo da falência: **as indenizações por acidentes do trabalho, os salários, as férias e um terço**

das indenizações trabalhistas do empregado urbano ou rural, em face do art. 186 do Código Tributário Nacional e do art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural.

XIV.7. Na antiga classificação dos mestres, o segundo lugar cabia aos tributos federais; o terceiro e o quarto, aos estaduais e municipais, respectivamente. Como já se frisou, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o art. 9.º, inciso I, do Estatuto Supremo extinguiu essa ordem de preferência, concorrendo todos na mesma classe, e "pro rata" se o produto da execução dos bens não for suficiente para o pagamento integral. Cabe aos **créditos tributários**, em concurso, a mesma posição que têm na falência, isto é, o segundo lugar.

XIV.8. O quinto lugar, na citada classificação antiga, foi atribuído às dívidas provenientes de salários de trabalhador agrícola, hoje elevada, como crédito trabalhista, à mesma categoria que lhe foi reservada em caso de falência (item XIV.6 retro).

XIV.9. Na referida graduação confirmada por ALFREDO BUZAID, o sexto lugar era destinado às "despesas de conservação feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor, depois de constituída a hipoteca". Conforme se acentuou no item VII supra, tais dívidas ocupam idêntico posto no quadro de pagamentos do falido.

XIV.10. Também conferem com a classificação dos credores na falência as quatro últimas categorias de créditos apontadas pelos mencionados juristas, no esquema que elaboraram para a hipótese de concurso de credores. São elas, pela ordem: os direitos reais de garantia, os créditos garantidos por privilégio especial, os garantidos por privilégio geral e os créditos quirográficos. Tal graduação deflui do disposto nos arts. 1.556 e seguintes do Código Civil.

XV

Conclusão

Como se ressaltou no item I supra, a elaboração de um quadro de credores, quer na falência, quer no concurso de credores, quer no processo concursal administrativo, esbarra em sérios obstáculos. No concurso de credores, o atendimento às diversas pre-

ferências ainda se vê dificultado pelas próprias normas adjetivas vigentes, que prevêem um intrincado processamento, verdadeiro "labirinto" na expressão da doutrina mais autorizada. Entretanto, (historicamente, o concurso civil e a falência têm a mesma origem e dogmaticamente há entre eles inegável unidade". (20) Não se justifica, pois, a diversidade de tratamento do devedor, conforme seja ele comerciante ou não, tanto no plano processual, como no material. Em boa hora, portanto, o projeto de Código de Processo Civil vem inovar a matéria, procurando "equiparar o devedor civil ao comerciante" (21), disciplinando a execução contra o insolvente em seus arts. 796 e seguintes. Por outro lado, conforme se procurou demonstrar acima, **pela vigente legislação é a mesma a ordem de classificação das preferências atribuídas aos créditos, quer se trate de devedor civil, quer de comerciante, excluídos os encargos e dívidas da massa e solucionando-se o problema das custas na forma exposta nos itens XIV.2 a XIV.5.**

O problema das prioridades e seu escalonamento tem conotações em vários ramos do Direito: civil, comercial (sobretudo na parte relativa a falências), tributário, trabalhista e, incidentemente, processual. A diversificação legislativa, agravada pela obscuridade de alguns dispositivos, conduz a conflitos e controvérsias prejudiciais à segurança dos direitos das partes. Melhor seria que, de futuro, se desse tratamento sistemático a esta matéria; em lei específica que dispusesse sobre a graduação entre as preferências atribuídas aos diversos credores, quando estes concorressem ao produto dos mesmos bens do devedor comum, seja este comerciante ou não.

(20) ALFREDO BUZUID, ob. cit., nota 2, página 33.

(21) Exposição de Motivos. Departamento de Imprensa Nacional, 1964, pág. 31.