

DOCTRINA

Concurso de Credores

MARTINS DE ANDRADE
Advogado no Distrito Federal

SUMARIO: § 1. Natureza jurídica. § 2. Sua posição em nosso direito. § 3. Classificação. § 4. Do protesto. § 5. Das partes. § 6. Processo: Da promoção, instauração e admissão do concurso; alegações e impugnações; rito processual; audiência de instrução e julgamento; planos de distribuição. § 7. Recursos.

§ 1

NATUREZA JURÍDICA

A nossa doutrina, como a européia, diverge, fundamentalmente, no conceitual o concurso de credores.

Entendia-se, outrora, que ao juízo concursal cumpria a partilha, entre os credores, do patrimônio do devedor. (1)

O concurso equiparava-se a uma ação de divisão, cabendo, em consequência, a cada credor, uma cota correspondente ao seu crédito.

Revivendo a construção da comunhão pro indiviso, sustentou-se, no século passado, que tendo os credores um direito de penhor geral sobre os bens do devedor, a execução por dívida consistia na efetivação desse direito, resultando, daí, poderem eles dispor dos bens do executado. (2)

Não procede, porém, o argumento:

O credor não adquire nenhum direito real sobre os bens penhorados, nem sequer o de vendê-los.

Esta faculdade de disposição pertence ao Estado, que a exerce por meio do órgão jurisdicional a fim de realizar, como mostra CHIOVENDA, aquela vontade concreta da lei pela qual, em consequência da obrigação, contraída, o credor deve conseguir, independentemente, mesmo, da prestação do devedor, determinado bem. (3)

1 SALGADO DE SOMOZA, "Labyrinthus Creditorem Concurrentium ad Litem per Debitorem Communem inter Illos Causatam", P. 1, C. 1., n. 28.

2 A. ROCCO, "Il Fallimento", pág. 86.

3 CHIOVENDA, "Instituições de Direito Processual Civil", trad. de J. GUIMARÃES MENEZES, vol. 1.º, n. 87.

Inspirando-se na opinião de ROCCO, concebeu CARNELUTTI nova teoria ao afirmar a existência da comunhão das ações executivas, isto é, dos direitos processuais a entrega do produto, para concluir que a finalidade do concurso é a de pôr termo à comunhão com a transformação do direito de cada credor obter por si só, isoladamente, a cota do produto que a classificação lhe destinou. (4)

Mas, inexiste essa comunhão de ações. Estas, na execução coletiva, não se confundem, de vez que os direitos dos credores se mantêm distintos uns dos outros.

Aliás, esse mesmo autor, partindo da hipótese do patrimônio do devedor ser insuficiente para satisfazer integralmente os credores, admite a existência do conflito de interesses entre eles, apesar de dizer que é um conflito mediato, não imediato. (5)

É evidente a contradição, pois a concorrência exclui a comunhão.

Partindo da construção carnelutiana que viu analogia entre o concurso com a ação de divisão, pretendeu AMILCAR DE CASTRO, invocando PEREIRA E SOUZA, desdobrar o processo em duas fases: na primeira, que se lhe apresenta como um processo preparatório, o credor obtém do órgão jurisdicional a garantia de seu direito ao cociente, impedindo, assim, que os outros credores se apoderem da parte correspondente ao seu crédito; na segunda, os credores que triunfarem no concurso só poderão obter o levantamento do dinheiro ou a adjudicação do que foi reservado para seu crédito, com o consentimento do devedor. Se este não concordar, será o credor concorrente remetido para a via executiva. (6)

A artificiosa construção, não obstante originar-se de enganosa interpretação da lição de PEREIRA E SOUZA, foi acolhida pelo Tribunal de Justiça de Minas (7) e repudiada pelo Tribunal de São Paulo sob o fundamento de que não há lugar para o placet do executado e nem necessidade de nova ação, que, de resto, seria ofensiva ao princípio da economia processual. (8)

É verdade que PEREIRA E SOUZA diz que «nas causas executivas, em que, pelo privilégio da dívida se começa por penhora, basta esta sem sentença, para o credor privilegiado entrar em concurso; mas, depois

4. CARNELUTTI, "Lezioni di Diritto Processuale Civile", vol. I, págs. 389 e seguintes; e vol. III, págs. 31, 32 e 71.

5. CARNELUTTI, "Sistema di Diritto Processuale Civile", vol. I, pag. 903.

6. AMILCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "Revista Forense", vol. X, n. 507.

7. Ac. da Primeira Câmara, de 3-II-49, nos embs. à ap. n. 4.424, rel. Des. PAULA MOTA, in "Revista Forense", vol. CXXIX, pag. 187; ac. da Segunda Câmara, de 9-VI-47, na ap. n. 3.895, rel. Des. J. BENICIO, in "Revista dos Tribunais", vol. 180, pag. 851.

8. Ac. de 5-V-43, no ag. de pet. n. 17.318, rel. Des. ALMEIDA FERRARI, in "Revista dos Tribunais", vol. 146, pag. 100.

da sua graduação, sempre necessita de sentença para poder receber o dinheiro depositado». (9)

Mas a sentença a que ele se refere não é uma outra a ser obtida, posteriormente, ao julgamento do concurso, mas a deste processo que decidiu sobre as preferências disputadas, ou seja, a carta de sentença, instrumento este que a própria legislação de outrora, tratava, imprópria-mente, de sentença de artigos de preferência, (10) e não, de carta de sentença.

No concurso de credores os concorrentes exequentes e intervenientes, como titulares de direitos processuais, ou de ações, reúnem-se no processo de execução pendente para conseguir do órgão judicial que lhes seja distribuído o produto que se acha depositado para esse fim.

Dai, concluírem alguns autores que se constitui verdadeiro litisconsórcio ativo entre os credores, (11) em razão do interesse comum de se satisfazerem com os mesmos bens do devedor.

Assim, LIEBMAN, que partilha da mesma opinião, recorre a uma imagem visual para descrever o fenómeno, dizendo que a relação processual que corria entre exequente e executado, abre-se do lado ativo em forma de leque, formando verdadeiro litisconsórcio ativo, de natureza especial, a que denomina de litisconsórcio concursal. Sustenta, então, a existência da comunhão de interesses entre os credores em face do devedor comum, e, ao mesmo tempo, conflito de interesses nas suas relações reciprocas, em face da insuficiência de bens, impedindo-os de obterem satisfação completa de seus créditos. (12)

Essa opinião, igualmente, não procede. O consórcio pode verificar-se na lide, como no processo. Naquela, temos o litisconsórcio material; no último, o litisconsórcio formal. Um se funda no direito substantivo; o outro, no adjectivo. O litisconsórcio material pode se originar de uma comunhão de direitos, como do mesmo fato. Aquele que se funda na comunhão de interesses está na conexão de causas. O litisconsórcio formal é o que se baseia no factum simile. (Cód. de Proc. Civil, art. 88).

Desde que os credores, no concurso, são competidores, não há margem para admitir-se a comunhão, pois são situações evidentemente antinômicas. Ademais, há contradição entre a tese de LIEBMAN e a crítica que faz a CARNELUTTI, ao mostrar que os credores não têm qualquer direito material sobre o produto da execução, de vez que continua a ser do executado até o momento da entrega. (13)

9. PEREIRA E SOUSA, "Primeiras Linhas", tomo III, nota 845 in fine.

10. Decreto, n. 5.737, de 2-IX-47, art. 133; apud PEREIRA E SOUSA, ob. cit., nota 708.

11. CARNACINI, "Contributo alla Teoria del Pignoramento", pag. 24, nota 2; COGNILIO, "Il Processo Esecutivo", pag. 35; GARBAGNATI, "Il Concorso di Creditori", pag. 318.

12. E. T. LIEBMAN, "Processo de Execução", págs. 292, 293, 300 e 301.

13. Ob. cit., pag. 295.

Nem há, sequer, o litisconsórcio pela «afinidade de questões por um ponto comum de fato», como atenuou PONTES DE MIRANDA, até a sentença constitutiva que declara aberto o concurso. (14)

Sé, outrora, o argumento poderia impressionar porque, geralmente, se entendia ser necessária a prova prévia da insolvência, (15) hoje, em face da presunção de insuficiência dos bens do devedor, estabelecida no parágrafo único do art. 1.019, inexistente aquela sentença declarando aberto o concurso.

Mostra, afinal, PUGLIATTI, que na hipótese de existência de vários credores, a convergência do direito processual de cada um sobre os bens do devedor se apresenta como «qualcosa di analogo alla communio pro indiviso», mas isso mesmo só se admite como metáfora, porque os traços comuns entre a ação de divisão e o concurso de credores se limitam à unidade da relação processual executiva e à pluralidade de sujeitos que nela tomam parte. (16)

Assim, tôdas essas construções que visam esclarecer as relações dos credores entre si, são falsas, ou deturpadas pela imagem visual que se apresenta para LIEBMAN, em forma de leque, (17) e para PONTES DE MIRANDA, em forma de feixe de fios. (18)

Os credores, no concurso, promovem as suas ações para participar da distribuição do produto da execução. Elas não se fundem com o concurso. Permanecem distintas, já que constituem o direito, que tem cada titular de exigir a atividade do órgão judicial.

A executividade das ações, portanto, não desaparece. Sendo ela o concurso de credores a mesma coisa, o que distingue a ação executiva singular, como anotou ALFREDO BUZAID, da ação executiva concursal, é a autonomia da primeira, e a relação de acessão da segunda, pois enquanto aquela age diretamente sobre os bens do devedor, sem participação de terceiros, a última se junta à execução originária, formando um processo novo, com pluralidade de lides e de sujeitos ativos. (19)

A figura da ação concursal foi arquitetada, no século XVII, por SALGADO, (20) ao estabelecer que todos os concorrentes são autores e réus ao mesmo tempo, e que o processo devia observar o rito ordinário.

Vingou, mais tarde, o conceito de ação no direito positivo, (21) e, como tal, foi reconhecido pelos praxistas que, como ALMEIDA E SOUZA,

14 PONTES DE MIRANDA, "Comentário ao Código de Processo Civil", vol. VI, pág. 463.

15 JOAO MONTEIRO, "Curso de Processo Civil", vol. III, parágrafo 288, nota 1; FERREIRA TINOCO, "Reg. n. 737", nota 207; BENTO DE FARIA, "Código Commercial Brasileiro" Reg. 737, ed. 1903, nota 391.

16 PUGLIATTI, "Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale", págs. 382 e 383.

17 Ob. cit., pág. 292.

18 Ob. cit., vol. VI, pág. 462.

19 ALFREDO BUZAID, "Do Concurso de Credores no Processo de Execução", n. 185.

20 Ob. cit., P. 1. C. 4, n. 64, e C. 16 tot. e C. 10 a n. 43.

21 Assento de 17 de março de 1792.

o cognominou de juízo particular, (22) ou como RAMALHO, (23) e PAULA BATISTA, (24) que o chamavam de juízo da preferência, ou ainda, como preferia JOÃO MENDES, juízo do concurso de credores. (25)

Hoje, depois dos estudos da teoria da relação processual esplanada por OSCAR BUELOW (26) no terceiro quartel do século passado, não se concebe o nosso concurso senão como uma nova lide, de caráter incidental, na qual os credores pedem ao órgão judicial para que lhes seja distribuído o produto da arrematação, ou lhes conceda a adjudicação dos bens.

A instauração do concurso com a citação dos credores, nos termos do art. 1.025, origina uma nova instância, ou melhor, uma nova relação processual, já que esses conceitos, conforme mostra LUIS MACHADO GUIMARAES, se confundem, fraternalmente. (27)

A ação concursal, que pode ser promovida a requerimento de qualquer interessado, instaura-se com a citação dos credores para apresentarem os seus pedidos de pagamento, formando-se então, o processo executivo cumulativo.

O concurso de credores é, portanto, um processo autônomo, que tem por objeto satisfazer a pretensão dos credores, entregando a cada um deles, proporcionalmente ao valor de seus créditos, o produto da arrematação, ou concedendo-lhes a adjudicação dos bens, respeitadas, porém, as legítimas preferências.

§ 2.

SUA POSIÇÃO EM NOSSO DIREITO

O Código de Processo Civil manteve a tradição de nosso direito, conservando o concurso de credores como um incidente da execução. Constitui o capítulo II, do título VI, do seu livro VIII.

Dispõe o art. 1.017:

Na execução de sentença e nos demais casos previstos em lei, o concurso de credores do devedor comum será processado perante o juiz da causa principal, podendo versar sobre o preço da arrematação, remissão ou adjudicação, ou sobre os próprios bens, se não houverem sido arrematados, remidos ou adjudicados.

Assim, um dos pressupostos essenciais do concurso de credores é a existência da ação executória ou executiva contra o devedor.

22 ALMEIDA E SOUZA, "Tratado sobre as Execuções", parágrafo 258.

23 RAMALHO, "Praxe Brasileira", parágrafo 409.

24 PAULA BATISTA, "Teoria e Prática do Processo Civil", parágrafo 214.

25 JOÃO MENDES, "Direito Judiciário Civil", pág. 554.

26 OSCAR BUELOW, "Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen".

27 LUIS MACHADO GUIMARAES, "A Instância e a Relação Processual", pág. 55.

Não obstante, grande parte da doutrina pretende ver naqueles de mais casos previstos em lei, a que se refere o dispositivo, a possibilidade do concurso surgir, também, na desapropriação e na ação de consignação, em inventários, arrolamentos e arrecadações, bem como na dissolução de sociedade civil ou comercial. (28)

E' de todo improcedente, como demonstrou ALFREDO BUZARD, (29) a sua extensão a esses processos.

Se o Código, a alguns dêles, se limita a mandar aplicar o processo do concurso de credores, o que não importa na sua instauração, estabelece para os outros um processo que nada tem de comum com o desse incidente da execução.

Assim, na ação de consignação em pagamento, quando prescreve que seja aplicado, na hipótese prevista no inciso II, do art. 318, o processo estabelecido para o concurso de credores, evidentemente não determina a instauração do concurso de credores, mas a observância das normas cabíveis na espécie, e que são as estabelecidas nos arts. 1.025 e 1.026.

Também, nos inventários, arrolamentos e arrecadações, não tem aplicação o processo da ação concursal, pois determina o art. 496, do Código que «se as dívidas não impugnadas pelos herdeiros excederem as forças da herança, e os credores concordarem no rateio ou nas preferências, observar-se-á o que entre eles for acordado; no caso contrário, serão remetidos para as vias ordinárias, depositados os bens do acervo».

A primeira parte do artigo estabelece uma espécie de riparto concordato do processo italiano, que nada tem de comum com o nosso concurso de credores. Dispondo, a segunda, que, no caso de não haver acordo, serão os credores remetidos para as vias ordinárias, evidentemente determina que o exercício do direito se verifique, por meio da ação própria.

Comentando esse dispositivo, entende CANDIDO NAVES que não há razão para remeter as partes a outra via, como se pretendesse prosseguir no inventário, pois, desde que negativo, o que cumpre é encerrá-lo, o que permitiria, desde logo, a instauração do concurso de credores nos mesmos autos, uma vez desaparecido aquele processo. (30)

Ora, no inventário, dada a natureza da sua jurisdição e fins a que se destina, naturalmente, são excluídas as questões de alta indagação:

O próprio Código faculta ao juiz decidir, nesse processo, quaisquer questões de direito e de fato, fundadas em prova documental inequívoca, mas exclui as que exigem maior indagação (art. 465).

No concurso, ao contrário, a competição entre os credores sobre o produto dos bens do executado pode levá-los à disputa a que se refere o

28. AMILCAR DE CASTRO, *ob. cit.*, n. 509; GABRIEL DE RESENDE FILHO, "Curso de Direito Processual Civil", vol. III, pág. 322; FRANCISCO MORATO, "Miscelânea Jurídica", vol. I, pág. 358.

29. *Ob. cit.*, ns. 143 "usque" 147.

30. CANDIDO NAVES, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "Revista Forense", vol. VI, n. 172.

art. 1.024, suscitando questões que podem exigir maior investigação e permitindo que as partes se socorram de todos os meios de provas permitidas em direito.

Dai, o art. 496 haver admitido o rateio somente na hipótese de concordância entre os credores cujas dívidas não foram impugnadas pelos herdeiros.

Ante qualquer divergência, quer em relação a prelação, como a precedência ou não do crédito, cabe ao impugnado acionar e executar o espólio, critério este seguido pelo Código Civil, que faculta ao juiz, como anota SILVIO MARTINS TEIXEIRA, separar bens para o pagamento do credor impugnado, obrigando-o, entretanto, a propor a ação que no caso couber, dentro de 30 dias, sob pena de ficar sem efeito a separação. (31)

Ao processo de execução, então, devem acorrer os demais credores a fim de que seja instaurado o concurso de credores.

Não há, igualmente, possibilidade de admissão do concurso de credores na dissolução de sociedade civil, no caso do inciso II, do art. 318, do Código de Processo Civil, pois, na hipótese da sociedade se tornar insolvente, a qualquer credor cabe promover a ação de cobrança, e o concurso de credores terá lugar no juízo em que se verificou a primeira penhora; nem, tão pouco, no caso do art. 310, do Código Comercial, já que estando revogado este dispositivo, aplicam-se, a hipótese, os arts. 553 e seguintes do Código de Processo Civil.

No caso de insuficiência de bens, deve-se proceder de acordo com o que determina o art. 496, se se trata de devedor civil, ou, se de comerciante, desde que a morte haja ocorrido há mais de ano, pois, caso contrário, deverá ser requerida a falência do espólio. (32)

Donde se conclui que o dispositivo, quando se refere ao concurso de credores nos demais casos previstos em lei, está evidentemente, aludindo às hipóteses dos arts. 298, 929 e 947, e não às que a própria sistemática processual repele.

§ 8

CLASSIFICAÇÃO

Parte da doutrina, conquanto procure classificar o concurso de credores em convencional e concurso de credores propriamente dito, a estrutura processual de ambos, como vimos, é inteiramente diversa, porque, se o primeiro exige integral acordo dos interessados, o outro, que constitui incidente da execução, por sua natureza, o repele.

Este, também, não escapou a uma sub-classificação: concurso particular, ou provocado, quando requerido por um dos credores; concurso universal, ou espontâneo, ou ainda, voluntário, quando é promovido pelo executado no caso previsto no art. 929.

31. SILVIO MARTINS TEIXEIRA, "Concurso de Credores", pág. 136.
32. Dec-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 4.º, parágrafo segundo.

Invocando o estudo de LOBAO sobre o concurso promovido pelo devedor não comerciante, com cessão de seus bens, conclui ALFREDO BUZOID que o objetivo do art. 929 foi o de restaurar a tradição luso-brasileira do concurso universal de credores. (33)

Mas o antigo direito português somente admitia esta modalidade de concurso caso não pendesse execução contra o devedor. (34) A hipótese do dispositivo mais se afina com o concurso que se realizava em consequência da cessão de bens pelo devedor quando este se encontrava «já vexado, e executado por alguns credores». (35) Mas, como mostra SALGADO, era um concurso diferente do universal, porque, além de não ser necessária a citação geral dos credores, a cessão era feita somente aos exequentes. (36)

Outros, no entanto, sustentam que o art. 929 é reprodução do § 807, do Zivilprozessordnung. (37)

A regra, porém, do direito alemão nenhuma relação tem com o concurso de credores, pois estabelece que no caso da penhora não ser suficiente para a solução do débito, o devedor é obrigado, a requerimento do credor, a apresentar um inventário de seus bens, declarando, em relação aos créditos, o seu fundamento e os meios de prova, assim como a prestar o seguinte juramento de manifestação: «que, em consciência, declarou qual o seu patrimônio, tão exatamente como podia».

Sustentam, ainda, alguns autores que, em face da disposição do art. 929, é facultado ao executado, apresentando relatório do seu estado patrimonial, requerer a instauração do concurso quando a penhora não bastar para o integral pagamento do exequente, isto é, logo de início, desde que seja manifestada a insuficiência dos bens penhorados, ou após a entrega, em cartório, do laudo de avaliação, e, portanto, antes da arrematação, remissão ou adjudicação. (38) chegando AMILCAR DE CASTRO a concluir que o concurso se instaura sobre os próprios bens. (39)

Data venia, a opinião não procede por ser contrária à sistemática processual.

E' verdade que o dispositivo apresenta falhas de técnica legislativa, a começar pelo lugar que ocupa no Código, pois devia estar no capítulo referente ao concurso de credores.

33 Ob. cit., n. 156.

34 Código Civil do Imp. José II, parágrafo 73.

35 ALMEIDA E SOUSA, ob. cit., parágrafos 520 e segs.

36 Ob. cit., P. I, C. I., n. 53.

37 AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 191; LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil", vol. IV, n. 445; PINTO DO AMARAL, "Código de Processo Civil Brasileiro", vol. V, pág. 223.

38 JORGE AMERICANO, "Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil", vol. IV, pág. 226; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. VI, art. 929, notas 1 e 2; DE PLACIDO E SILVA, "Comentários ao Código de Processo Civil", segunda edição, vol. segundo, pág. 937; PINTO DO AMARAL, ob. cit., pág. 224; ALFREDO BUZOID, ob. cit., n. 156.

39 Ob. cit., n. 192.

Tratando o dispositivo de uma faculdade do executado na hipótese da penhora não bastar ao integral pagamento do credor, ele deveria seguir-se ao que estabelece a presunção de insuficiência dos bens do devedor, ou seja, logo após o art. 1.019, e até, mesmo, como o seu parágrafo segundo.

Infere-se, também, de sua redação, que, com a apresentação do relatório pelo devedor, é instaurado, desde logo o concurso.

Mas, instauração e promoção são atos diferentes. Aquela se verifica depois desta. A promoção consiste no pedido de citação. A instauração se dá com a entrega em cartório do último mandado de citação devidamente cumprido (art. 292, parágrafo único).

O dispositivo fala, ainda, em notificação dos interessados para a instauração do concurso. Vimos, porém, que o concurso de credores é uma ação incidental autônoma e, portanto, com ela se inicia uma nova instância. A sua promoção consiste no pedido de citação dos credores, como estabelece o art. 1.025, pois é o ato instaurador da relação processual (arts. 165 e 196), enquanto a notificação é o ato pelo qual se leva ao conhecimento de alguém o despacho ou a decisão do juiz.

A interpretação literal nos levaria a admitir que, ante a apresentação do relatório pelo devedor, ao juiz incumbe declarar ex-officio instaurado o concurso, determinando a notificação dos interessados. Mas, ao juiz não é lícito iniciar officiosamente um processo: ne procedat iudex ex-officio.

Pretender-se, ainda, que somente ao executado cabe a iniciativa do pedido, igualmente, não procede. Por que não ao exequente? O dispositivo nada diz, enquanto o art. 1.025 estabelece que o concurso será promovido a requerimento de qualquer interessado.

A interpretação do art. 929 não deve ser no sentido de criar uma classe diversa de concurso, mas, sim, no de, primeiramente, situar o dispositivo como peça integrante do mecanismo processual do concurso de credores, para, em seguida, esclarecer o seu conteúdo, a sua aparente incongruência.

E' verdade que o art. 929 diz que é lícito ao devedor apresentar relatório a fim de que se instauré desde logo o concurso de credores.

Mas a regra é de que o concurso se instaura sobre o prego da arrematação, remissão ou adjudicação. Só na hipótese de não serem arrematados, remidos ou adjudicados é que poderá versar sobre os bens do devedor (art. 1.017).

Portanto, não há dúvida que é defeituosa a redação do art. 929. A locução adverbial desde logo, aliás, a causa primordial da controvérsia, é imprópria, devendo ser entendida pelo advérbio oportunamente.

Se o legislador pretendeu estabelecer uma nova modalidade de concurso, ou criar uma exceção, competia-lhe regular o seu processo, e não deixar matéria tão complexa encerrada numa única disposição.

A notificação aos interessados é que deve ser feita desde logo, pois

este ato judicial não tem, como a citação inicial, a virtude de instaurar a instância. Tem a finalidade de comunicar aos credores estranhos à execução a situação de insolvibilidade do devedor a fim de que possam, tempestivamente, formular os seus protestos (art. 1.021).

Assim, o art. 929 deve ser interpretado no sentido do aperfeiçoamento da engrenagem processual e, como tal, só pode ser entendido com a seguinte redação: — Quando a penhora não bastar ao integral pagamento do credor, será lícito ao devedor apresentar relatório de seu estado patrimonial, com a discriminação do ativo e passivo, a fim de que se instaure, oportunamente, o concurso de credores, com a notificação desde logo dos interessados.

Essa medida, se adotada na prática, teria o mérito de não só permitir ao exequente requerer a ampliação da penhora aos outros bens, direitos e haveres do executado (art. 951), como o de ser um grande passo em prol do princípio da par conditio creditorum, além de constituir um meio de revelar o devedor honesto.

Assim, no nosso sistema legal, não se justifica a pretendida classificação, pois, mesmo o concurso convencional de credores adotado, geralmente, na praxe forense, pelo qual os co-exequentes pedem, conjuntamente, o levantamento do preço depositado para, entre si, efetuarem o rateio, não encontra amparo em nosso direito.

§ 4

DO PROTESTO

O credor, com a juntada do protesto aos autos da execução, visa um fim triplice: impedir que o preço da arrematação ou da remissão seja levantado, ou que seja assinada a carta de adjudicação (art. 1.022); permitir a instauração do concurso (art. 1.019, II), admitir o credor como parte na ação concursal (art. 1.021).

Entendem alguns autores que «o protesto tem a natureza de petição inicial para participar no concurso e é sub-espécie de petição inicial para a execução» (40) decidindo o juiz AMILCAR LAURINDO RIBAS não ser essencial a dedução de artigos de preferência ou rateio por todos os credores dentro do prazo estabelecido no art. 1.025, pois, nem com a sua falta, o seu direito se extingue (41).

Sustentamos, em recurso, a improcedência dessa decisão, pois enquanto o protesto, que não é forma de pedir, mas, ressalva de direito, se limita a aquele triplice objetivo, os artigos de rateio, ou, conforme os denomina o art. 1.025, as alegações, constituem o pedido a ação executiva propriamente dita.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deu provimento ao agravo de instrumento para excluir os credores que, apesar de juntarem aos autos os seus protestos, deixaram de apresentar as alegações no prazo do art. 1.025. (42)

O protesto deverá ser feito por petição ao juiz da execução, assinado por advogado (art. 106), em que deverá constar a importância do crédito, a sua origem, a classificação, e o pedido de juntada aos autos, a fim de impedir o levantamento do preço da arrematação, ou da remissão, e a assinatura da carta de adjudicação, até que se julgue afinal o concurso (art. 1.022).

O Código fala em recurso, ao invés de concurso.

Dai, entenderem alguns, ora que se trata de recurso excludente a respeito do último protestante incluído ou excluído, se houve recurso com fundamento no inciso XIII, do art. 842, da inclusão ou exclusão, (43) ora que se refere a recurso da sentença exequenda (art. 830, II), e pode ser da decisão no juízo do concurso que julgou desfeita a presunção de insolvência. (44)

Mas, o que houve foi, simplesmente, um erro de cópia que adveio do ante-projeto (art. 1.247), pois este dispositivo teve por fundamento o art. 1.095, do Código do Distrito Federal, que fala em concurso, e não recurso. (45)

Sustenta AMILCAR DE CASTRO que o protesto consiste «num simples termo lavrado nos autos da execução». (46)

Já antes do Código vigente sustentava ODILON DE ANDRADE, baseado num aresto do Supremo Tribunal Federal, que bastava o protesto por petição, pouco importando que não tivesse sido ele reduzido a termo, porque não havia lei que o exigisse, (47) enquanto SILVIO MARTINS TEIXEIRA, anotava que o termo não era essencial, mas, de praxe. (48)

Praxe, aliás, odiosa, que ainda hoje perdura sem a menor justificativa, pois o Código não o determina, sendo oportuno relembra-lo no caso,

42 Ac. unânime de 13-XI-53, no ag. n.º 4.514, rel. Des. OMAR DUTRA, in "Revista Forense", vol. CLIV, pág. 208.

43 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. VI, art. 1.022, nota 3.

44 LOPES DA COSTA, ob. cit., vol. IV, n.º 401.

45 "Art. 1.095: Em qualquer termo da execução, antes do levantamento do preço da arrematação, ou remissão, ou antes da assinatura da carta de adjudicação, podem os credores fazer o protesto de preferência, ou rateio, e requerer que o preço não seja levantado, ou não se assine a carta de adjudicação, em que primeiro se proceda ao concurso.

O concurso, porém, não será instaurado senão depois do ato de arrematação, ou da sentença de adjudicação, ou remissão".

46 Ob. cit., n.º 522.

47 ODILON DE ANDRADE, "Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal", vol. II, pág. 259.

48 Ob. cit., pág. 115.

40 LIEBMAN, ob. cit., pág. 309.
41 Sentença de 24-IV-53, in "Revista Forense", vol. CXLVIII, pág. 328.

a antiga observação do Assento de 23 de julho de 1711: «não devemos cumular solenidades, aonde as leis não as exigem». (49)

O protesto poderá ser feito em qualquer fase da execução, mas antes do último ato complementar da desapropriação, ou seja, da entrega do dinheiro, e deve ser instruído com título de dívida líquida e certa, ou certidão de sentença já liquidada, ou que tenha condenado o executado em quantia certa (art. 1.020).

A juntada do protesto aos autos possibilita ao credor prosseguir na execução, caso venha o exequente a fazer acordo com o devedor ou a deixar o processo sem andamento. Não porque já seja, então, parte na execução, mas, em razão da figura da substituição processual.

§ 5

DAS PARTES

Classificam-se os credores em conhecidos, retardatários e desconhecidos.

Conhecidos são os que formularam protesto antes da instauração do concurso (art. 1.021), os portadores de crédito privilegiado constante do registro do navio (art. 977, § 2.º, letra «C»), o exequente, e os que tinham segunda penhora sobre os mesmos bens (art. 947).

Retardatários são os que não formularam protesto antes da instauração do concurso e propuseram a ação direta (art. 1.023) antes do rateio final.

Desconhecidos são os demais que, porventura, existam, e estranhos ao concurso.

São partes, portanto, no concurso, do lado ativo os credores conhecidos, e do lado passivo, o executado.

Os primeiros, mais propriamente cognominados de concorrentes, encontram-se em perfeita igualdade no processo, já que «a posição do exequente se transmuda com a transformação do processo de execução em concurso de credores para, ao lado dos demais concorrentes, assumir a posição não de exequente, mas, simplesmente, de co-exequente, em completa equiparação aos outros credores». (50)

A distinção, portanto, pretendida por GARBAGNATI, entre credores concorrentes e exequente, (51) conquanto seja aceita por ALFREDO BUZARD, (52) é contrária ao nosso sistema processual, pois uns e outros passam a ser partes na ação concursal com a promoção do concurso, o

49 Apud, ALMEIDA E SOUSA, ob. cit., parágrafo 532.

50 MARTINS DE ANDRADE, Comentário in "Revista Forense", vol. CXLVIII, pág. 329.

51 Ob. cit., pág. 267: "si devono qualificare como creditor concorrenti in contrapposizione al creditore que procede per primo al pignoramento del bene oggetto del processo concursuale".

52 Ob. cit., pág. 243.

que se verifica em razão da instauração da instância pela citação (art. 195), já que é a própria lide que nos fornece a idéia de parte.

Desprezado o conceito civilístico de parte, depois dos estudos de WACH, (53) CHIOVENDA define-a como «aquêle que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquêle em face de quem essa atuação é demandada», (54) mostrando que a concepção de parte se estriba no moderno conceito de processo e da relação processual.

Assim, sendo o devedor comum o sujeito passivo da relação processual na ação concursal, discute-se se, para a instauração da instância, é necessária a sua citação.

A dúvida remonta ao direito antigo que não permitia a intervenção do devedor no concurso, a princípio, em virtude do rigorismo com que era tratado, depois, já ao tempo das Ordenações Filipinas, porque a disputa dos credores versava somente sobre as preferências.

Explicável esta providência já que estes só podiam intervir no concurso com sentença passada em julgado e penhora, não cabendo ao executado, como ensinava SALGADO, declarar a prelação, (55) de vez que a sua responsabilidade se estendia a todas as dívidas.

Apesar da transformação do concurso de preferências em concurso de credores, em razão do Assento de 17 de março de 1792, foi mantida a regra da exclusão do executado, justificando-a ALMEIDA E SOUZA, com a figura jurídica da substituição processual: «os credores aqui revestem a pessoa do devedor para contestar a verdade das dívidas». (56)

Na vigência do Reg. 737 que, também, manteve a exclusão do executado do processo, alguns autores reagiram contra essa iniquidade, entendendo que lhe era permitido opor embargos. (57)

O Código de Processo do Distrito Federal, procurando solucionar a velha questão, autorizou o executado a intervir no concurso para dizer, por petição, sobre as reclamações apresentadas por seus credores, juntando documentos, se os tivesse (art. 1.102, parágrafo único).

No entanto, o Código de Processo Civil, reproduzindo a falha da antiga legislação, nenhuma referência faz ao devedor, parecendo, à primeira vista, haver retrocedido ao sistema de outrora.

Estabelecendo, porém, o art. 1.025, que o concurso será promovido a requerimento de qualquer interessado, e, no seu parágrafo único, que após o prazo para o oferecimento das alegações e impugnações estas ficarão em cartório pelo prazo de cinco dias para exame dos interessados, necessariamente, não exclui o executado. Se a faculdade que lhe conce-

53 WECH, "Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts", 121.

54 Ob. cit., vol. II, pág. 320.

55 Ob. cit., P. I, C. 4, "ex" n. 64 e C. 16, tot. e C. 10 a n. 43.

56 Ob. cit., parágrafo 534.

57 JOÃO MONTEIRO, ob. cit., Vol. III, segunda parte, parágrafo 289, nota 8; AFONSO FRAGA, "Execuções das Sentenças", pág. 312.

dia o Código do Distrito Federal não se acha expressa, pelo menos, implícita, pois não é justo que o Código autorize o executado a examinar as alegações e impugnações e o impeça de dizer sobre elas.

Mas, não é só. A ação concursal consiste, como já mostramos, num processo cumulativo composto de ações executórias e executivas pelas quais os credores, como partes ativas, disputam a prelação ou quota proporcional a seus créditos sobre o produto dos bens, ou sobre estes, se não houverem sido arrematados, remidos ou adjudicados, enquanto o devedor comum, como parte passiva, continua a ter o direito material sobre os bens, ou sobre o seu produto, até o momento da entrega que é, afinal, o último ato da expropriação.

Assim, sendo o executado o sujeito passivo da nova relação processual, necessariamente, terá que ser citado para a promoção do concurso. Além de ser princípio de direito público que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, o art. 165 estabelece que «será necessária a citação, sob pena de nulidade, no começo da causa ou da execução», mesmo porque, não começará a instância, senão, pela citação inicial válida (art. 196).

É requisito fundamental da ação concursal a citação do executado, assim como a dos credores que houverem formulado protesto antes da instauração do concurso, já que sem ela não se constitui a relação processual.

É manifesta a tendência dos tribunais em acolher este princípio, (58) não obstante o Tribunal de Justiça de Minas haver decidido em sentido contrário, (59) mas porque perfilhou, como vimos ao estudar a natureza jurídica do concurso de credores (§. 1), a opinião de AMILCAR DE CASTRO, que apresenta o concurso como um juízo de acerto, que nada tem de executivo, (60).

§. 6

PROCESSO

Da promoção, instauração e admissão do concurso

O Código emprega as expressões promoção (art. 1.025), instauração (arts. 929, 947 e 1.021), e admissão do concurso (art. 842, XIII), para designar atos diferentes.

A promoção do concurso é o ato processual pelo qual o interessado requer a citação dos credores para o fim previsto no art. 1.025, bem como a do devedor comum.

O Código não fixa o momento inicial para a promoção do concurso. Subentende-se, porém, que é após a decorrência do prazo para os embargos previstos no inciso II, do art. 1.009, isto é, cinco dias depois da assinatura do auto de arrematação ou da publicação da sentença de adjudicação ou remissão, pois do contrário poderia dar-se o caso do concurso ser promovido com os embargos do executado, o que tumultuaria o feito.

A petição inicial da ação concursal é dirigida ao juiz da execução («causa principal», diz o art. 1.017), e deve conter o requerimento do promovente pedindo a citação dos credores, que hajam formulado protesto (art. 1.021), para apresentarem as suas alegações relativas à preferência ou rateio e as impugnações que tiverem, dentro do prazo comum de cinco dias.

Este prazo só começa a fluir da entrega em cartório do último mandado de citação devidamente cumprido (art. 292, parágrafo único).

Uma parte da doutrina entende que a iniciativa do pedido compete somente aos credores, (61) enquanto outra sustenta que ela é extensiva ao executado, (62)

É evidente a procedência deste último argumento, pois, conforme vimos no estudo Das Partes, se o legislador pretendesse limitar o direito de promoção do concurso só aos concorrentes, não teria se referido a interessado, mas a credor.

A instauração do concurso se verifica com a citação válida dos credores e devedor. Ela se dá quando começa a instância (art. 196), ou seja, em virtude da constituição da relação processual.

Assim, quer se trate do ato instaurador do concurso, ou iniciador da instância, ou, ainda, constitutivo da relação processual, ele é sempre o mesmo — a citação inicial válida.

A nossa doutrina, no entanto, entende que o concurso se instaura depois de decorrido o prazo para os credores apresentarem as suas alegações e impugnações, (63)

Essa interpretação, além de ser contrária à natureza jurídica do concurso de credores, viria, necessariamente, tumultuar o processo já, por vezes, prenhe de questões intrincadas.

O concurso, consistindo numa ação incidental autônoma, só se instaura no momento em que se considera proposta a ação (art. 292), isto é, com a citação dos credores e devedores. Nada justifica que a proposta da ação concursal anteceda a sua instauração, pois não é razoável que esta se dê após a constituição da relação processual.

58 Ac. do Cons. de Just. do T. J. do Distrito Federal, de 15-IV-41, na recl. n. 84, Des. EDGARD COSTA, in "Revista Forense", vol. LXXXVII, pág. 709; ac. da Quinta Câmara do T. J. do Distrito Federal, de 6-VI-41, no ág. n. 2.308, rel. Des. SA-BÓIA LIMA, in "Revista Forense", vol. LXXXVIII, pág. 173.

59 Acórdãos citados na nota n. 7.

60 Ob. cit., n. 507.

61 LIEBMAN, ob. cit., pág. 311; LOPES DA COSTA, ob. cit., vol. IV, n. 403; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 507.

62 ALFREDO BUZÁID, ob. cit., n. 285; OSVALDO PINTO DO AMARAL, ob. cit., pág. 380.

63 ALFREDO BUZÁID, ob. cit., pág. 325; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 521; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., art. 1.021, nota 2.

Por outro lado, admitir-se que os credores, até então, estranhos ao processo, viessem dentro do prazo do art. 1.025 para formular protesto ou apresentar alegações e impugnações, seria estabelecer o caos no processo.

Não sendo admitidos a concurso os credores que não houverem formulado protesto (art. 1.021), os intervenientes, naquela fase processual, teriam de, inicialmente, formular o protesto, ou providenciar, ao mesmo tempo, medidas de natureza diversa.

No primeiro caso, contudo, se o credor se limitou a formular o protesto, terá que ser citado, como os demais, para apresentar as alegações e impugnações. Fatalmente, recomençaria a contagem do prazo, ou este, então, lhe seria devolvido por inteiro. Como no decurso destes cinco dias ainda não se achasse o concurso instaurado, outro credor poderia pedir a juntada aos autos de seu protesto, sendo necessária nova citação se o credor não quisesse suprir a sua falta com o seu comparecimento em juízo (art. 165, § 1.º).

Pelo exposto se conclui que a interpretação a que nos referimos, é não só contrária à natureza da ação concursal, como tumultuária e procrastinadora do feito.

A admissão do concurso é a decisão contida, explícita ou implícita, na sentença que julga esse incidente da execução, aceitando os pressupostos que lhe são necessários.

Diz-se que a decisão é explícita quando está compreendida formalmente na sentença, e implícita quando esta, embora não a enuncie de modo formal, virtualmente a compreende.

Ocorre a primeira quando o juiz teve que decidir sobre impugnação à presunção estabelecida no parágrafo único do art. 1.019, e dá-se a segunda quando, não tendo havido impugnação ao estado de insolvência do executado, o juiz passou, desde logo, a decidir sobre as demais questões do processo.

Há quem entenda, porém, que a sentença de admissão do concurso antecede a sua promoção, e se o Código a ela não se referiu expressamente, dá a impressão de que só deve ser proferida no caso de contenda em torno da admissão ou não do concurso. (64)

Em que pese a autoridade dos ilustres juristas, essa opinião não procede, mas trai a reminiscência de antiga controvérsia a da necessidade, ou não, da prova prévia da insolvibilidade do executado.

Se, então, uma corrente da jurisprudência entendia ser indispensável a prova de que o devedor estava insolvente, (65) outra sustentava que bastava a simples alegação da insolvência, deixando a prova para a di-

lação do concurso, orientação esta consignada no texto do Código de Processo de Minas. (66)

Assim, de conformidade com a primeira corrente, teria de haver uma decisão prévia de admissão do concurso.

O Código, porém, pôs termo à dúvida ao estabelecer, no parágrafo único, do art. 1.019, a presunção de insolvência do devedor contra o qual esteja correndo execução.

Aos interessados é dado ilidir essa presunção juris, e a decisão admitindo ou não o concurso, conforme fique ou não provada a insolvibilidade, só poderá ser proferida na sentença que julga, afinal, o concurso.

As alegações e impugnações

As alegações a que se refere o art. 1.025, constituem o pedido inicial da ação executiva, ou executória, dentro do processo do concurso de credores. Podem ser articuladas ou não, e devem conter, além dos requisitos necessários à petição do protesto, o pedido, que será o de pagamento, respeitada a natureza do crédito.

A falta da apresentação das alegações no prazo legal importa em renúncia tácita do credor ao direito a concorrer com os demais credores, impondo-se a sua exclusão do concurso. (67)

Há quem entenda que o exequente está dispensado de apresentar as suas alegações, (68) havendo, mesmo, o Tribunal de Justiça de Minas decidido que é dispensável essa formalidade processual sob o fundamento de que o exequente apresentou-se munido de sentença. (69)

E' verdade que assim dispunham, expressamente, algumas leis processuais, (70) enquanto o Código vigente é omissivo.

Entendemos, no entanto, ser indispensável essa medida em razão da própria natureza jurídica do concurso de credores, pois, como já vimos, nesta ação, a posição originária do exequente se transmuda para ocupar posição de absoluta igualdade processual à dos demais credores.

Também, o promovente do concurso não fica desonerado dessa obrigação, apesar do art. 1.025, por defeito de redação, parecer limitar a exigência aos credores que forem citados.

66 ARTUR RIBEIRO, "Código de Processo Civil", nota 1.414.

67 Ac. das Câms. Reun. do T. J. de Minas, de 29-VI-49, no rec. rev. n. 299, rel. Des. AMILCAR DE CASTRO, in "Revista Forense", vol. CXXVII, pag. 475, e in "Jurisprudência Mineira", vol. II, pag. 32; Ac. da Primeira Câmara do T. J. de Minas, de 3-IX-53, ap. n. 9.029, rel. Des. GONÇALVES DA SILVA, in "Minas Forense", vol. 5, pag. 31.

68 AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 535; JORGE AMERICANO, ob. cit. pag. 397; LOPES DA COSTA, ob. cit., vol. IV, n. 414.

69 Ac. da Primeira Câmara, de 3-IX-53, rel. Des. GONÇALVES DA SILVA, in "Minas Forense", vol. 5, pag. 31.

70 Código de Minas, art. 1.417; Código de São Paulo, art. 102, parágrafo segundo.

64 ALFREDO BUZALD, ob. cit., pag. 321; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. VI, art. 1.017, nota 5.

65 FERREIRA TINOCO, ob. cit., art. 609, parágrafo primeiro, nota 207.

O Código do Distrito Federal dispunha: o concurso se instaurará mediante a citação dos credores «para que venha à primeira audiência ver o promovente oferecer, por escrito, as suas alegações»... ocasião em que era assinado um prazo comum aos demais concorrentes para esse fim (art. 1.100).

Parece-nos, portanto, que, ante a omissão do Código, o promovente deverá, igualmente, oferecer as suas alegações dentro do prazo de cinco dias estabelecidos no art. 1.025.

As impugnações compreendem não só a disputa entre os credores, a que se refere o art. 1.024, como a defesa do executado.

Na matéria prevista naquele dispositivo como objeto de impugnação, compreende-se, também, a da presunção de insuficiência dos bens do devedor, já que o parágrafo único, do art. 1.019, ressalva aos interessados o direito à prova em contrário.

Interessados, diz o dispositivo, compreendendo não só o exequente, como o executado. São efetivamente, os únicos a pretenderem impedir que o produto dos bens, ou estes, no caso de não serem arrematados, remidos ou adjudicados, fiquem sujeitos a concurso.

Estabelece o Código o mesmo prazo para a apresentação das impugnações, e alegações, com o que não se conformaram AMILCAR DE CASTRO (71) e LOPES DA COSTA, (72) por entender não ser possível aos concorrentes, a um só tempo, fazerem os pedidos e se oporem aos dos outros, concluindo, então, que o prazo das impugnações é o do parágrafo único, do art. 1.025.

Essa dificuldade, porém, é mais aparente que real, pois os credores, com a juntada dos protestos, devidamente instruídos, nos termos do art. 1.020, antes da instauração do concurso, já declararam a natureza e procedência de seus créditos. Assim, qualquer credor, dentro daquele prazo comum, estará habilitado a se opor às preferências ou aos créditos impuros.

RITO PROCESSUAL

Decorrido o prazo do parágrafo único, do art. 1.025, sustentam alguns juristas, (73) os autos são conclusos ao juiz para proferir o despacho saneador.

Mas o concurso de credores não está sujeito ao rito ordinário, pois o art. 1.026 estabelece que, findo o parágrafo único, do art. 1.025, serão os autos conclusos ao juiz, que marcará audiência, pelo que se conclui, sem nenhuma possibilidade de dúvida, que não há aquêle despacho.

O Código estabelece rito especial para o processo concursal, é ao

71. Ob. cit., n. 535.

72. Ob. cit., n. 414.

73. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. VI, art. 1.026, nota 1; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 535.

interprete não é dado emprestar sentido diverso às palavras do texto. Interpretatio servanda est qui verba respondent.

Audiência de instrução e julgamento

A audiência a que se refere o art. 1.026 diz respeito à instrução da causa. Dispõe que os autos serão conclusos ao juiz, que marcará audiência, para o fim previsto nos artigos 267 a 269, parecendo romper com o princípio da unidade da audiência de instrução e julgamento.

O princípio da continuidade da audiência, no entanto, resulta de nossa sistemática processual, e, só por motivo de força maior sofre restrição (art. 270), devendo, portanto, o juiz proferir a sentença, a que se refere o art. 1.028, após o encerramento dos debates, conforme estabelece o art. 271, salvo a hipótese prevista no parágrafo único deste dispositivo.

Estabelece o artigo seguinte que o credor que não comparecer à audiência, ou que antes dela não haja apresentado impugnação, será havido como concorde com as preferências disputadas.

Este dispositivo é reprodução do parágrafo 877 do Zivilprozessordnung, e a LOPES DA COSTA coube a primazia de mostrar a sua inaplicabilidade ao nosso concurso de credores. (74)

Para a distribuição de dinheiro, no caso de mais de uma penhora incidir sobre os mesmos bens, estabelece o processo alemão que, decorrido o prazo para os credores apresentarem os seus créditos, o tribunal formulara um plano, compreendendo a lista dos credores e o modo de pagamento (§ 874). Designada a audiência para a discussão do plano (§ 875), este se considera aprovado, não havendo impugnação. Caso contrário, pesa sobre todos os interessados o ônus de pronunciar-se. Se a impugnação for julgada procedente, mediante acôrdo, conforme este, modifica-se o plano. Se não houver acôrdo sobre alguma impugnação, o plano será levado à execução, menos naquele ponto (§ 876).

A exequibilidade do plano resultando, portanto, da concordância dos interessados, natural é que a lei germânica, para o caso de revelia de um ou mais credores, formule regras pelas quais se presume a vontade deles.

O art. 1.027 é, portanto, uma verdadeira excrescência no nosso processo concursal, porque dispõe que a presença do credor à audiência importa na sua discordância com a preferência disputada, e a sua ausência, em ser contrário à impugnação discutida, sem que decorra desse procedimento qualquer resultado prático.

Se a sua presença não altera a eficácia da preferência, a sua ausência, também, nenhuma consequência poderá acarretar, já que, em ambos os casos, ao juiz cumpre decidir de acôrdo com o que for alegado e pro-

74. Ob. cit., v. IV, ns. 419 e 421.

vado pelas partes — impugnante e impugnado, sem se deixar impressionar com a presença, ou ausência, à audiência de instrução, dos demais co-reqüentes.

Resta, ainda, saber se na hipótese de não ter havido nenhuma impugnação o juiz deverá marcar audiência.

Decide PONTES DE MIRANDA pela afirmativa. (75)

O Código do Distrito Federal, no entanto, permitia que o juiz proferisse a sentença sem mais formalidades (art. 1.103, § 1.º).

O Código vigente é omissivo. Determinando, porém, que a audiência se realize para o fim previsto nos artigos 267 a 269, parece que a intenção do legislador foi fazer depender a sua realização da necessidade da instrução da causa, e não de seu julgamento.

Entendemos, portanto, que, se não foi impugnado o estado de insolvência do devedor, nem contestada a legitimidade de nenhum dos créditos, não tem lugar a audiência, podendo o juiz julgar de plano.

É passível de controvérsia a afirmativa de que ao juiz é dado, ex officio, excluir créditos, modificar a importância ou a classificação pedida.

Sustentou-se, no regime da lei de falências n. 2.024, de 1908, apesar desta determinar que se considerassem verificados os créditos não impugnados (art. 84, § 1.º), que ao juiz cabia rejeitar a declaração que não se achasse nos termos rigorosamente legais. (76)

Esta providência se impõe com muito mais razão em nosso concurso de credores, pois além de não existir no Código nenhuma disposição equivalente à da antiga lei falimentar, o princípio do livre convencimento do juiz nos julgamentos está a exigir essa medida.

A sentença compreende todas as questões suscitadas no concurso e, embora, materialmente, se constitua de várias decisões, sob o ponto de vista formal o julgado é um só.

O juiz terá que decidir, previamente, sobre as reivindicações pleiteadas; em seguida, sobre as impugnações que visam ilidir a presunção de insolvibilidade; depois, sobre a legitimidade dos créditos, determinando, primeiramente, a exclusão dos ilegítimos para, em seguida, mandar incluir os legítimos, atendidas as suas classificações.

O credor excluído, conquanto mantenha íntegro o seu crédito contra o devedor, pois poderá acioná-lo a qualquer tempo em que entrem novos bens para o seu patrimônio, fica impedido, no entanto, de pleitear, ainda que por ação direta (art. 1.023), a sua participação no concurso. Isto porque, além de poderem os credores concorrentes opor-lhe a exceção de coisa julgada, (77) em razão de se verificarem os três elementos que

75. Ob. cit., art. 1.026, nota 2.

76. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VIII, n. 778.

77. AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., n. 525; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. VI, art. 1.023, nota 2; JOSE AMERICANO, ob. cit., vol. IV, pág. 401.

a integram — identidade de coisa, pessoas e pedido; aquela ação é privativa do credor retardatário, isto é, o que deixa de formular o seu protesto antes da instauração do concurso e propõe a ação antes do rateio final.

Planos de distribuição

Proferida a sentença, reza o art. 1.028, o escrivão remeterá os autos ao contador para a organização do plano de distribuição, sem mencionar, contudo, se essa providência é imediata, ou se é tomada após o decurso do prazo para o agravo.

Essa questão divide a doutrina que procura, com soluções diversas, suprir a omissão da lei.

Há quem entenda não haver necessidade de aguardar a decorrência do prazo de interposição de recurso para ser feita a remessa dos autos ao contador, (78) como há, também, quem sustente que os interessados são intimados para os recursos em seguida a organização do plano. (79)

A primeira opinião não procede, pois é óbvio que a remessa dos autos ao contador impede as partes de examinarem os autos para, em tempo, interpor os recursos que tiverem.

Improcede, igualmente, a segunda, pois o prazo para a interposição de recurso, contar-se-á da data da leitura da sentença (art. 812).

A remessa dos autos ao contador só se dá depois de esgotado o prazo para recursos. Assim, decorrido o prazo de cinco dias, se não houver recurso, ou, caso haja, depois de formado o instrumento de agravo (art. 845, §§ 1.º a 3.º), é que o escrivão poderá fazer a remessa dos autos.

O plano de distribuição, após a dedução das custas, deve compreender todos os créditos, quer a sentença os haja incluído ou não; como, também, os dos credores retardatários que, nos autos da execução, pediram a reserva de suas percentagens.

Contudo, se os credores que tiveram os seus créditos excluídos não recorreram dessa decisão, não é razoável que o contador compute as percentagens correspondentes a esses créditos, já que, havendo passado em julgado a sentença de exclusão, essa providência, além de inócua, iria de encontro aos princípios de economia e rapidez do processo.

O contador na elaboração do plano deverá, atendendo à natureza de cada crédito, mencionar: 1.º os que constituíram objeto de reivindicação, como sejam as importâncias recebidas pelos empregadores de seus empregados, a título de contribuições para o serviço de aposentadoria e pensões; (80) 2.º os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, observada a graduação estabelecida no art. 1.571, do Código Civil; (81) 3.º)

78. ALFREDO BUZARD, ob. cit., n. 297.

79. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., art. 1.028, nota 1.

80. Dec. lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937, art. nono; ac. da Segundo Turma do Sup. Trib. Fed., de 10-XII-45, no rec. ext. n. 7.030, rel. Min. BENTO DE FARIA, in "Revista dos Tribunais", vol. 154, pág. 382.

81. Dec. n. 22.966, de 28 de junho de 1933.

os provenientes de salários do trabalhador agrícola e de despesas de conservação, nos termos dos arts. 759, parágrafo único, e 1.564, do Código Civil; 4.º) os oriundos de debêntures (respeitada a ordem cronológica) emitidas antes da inscrição dos direitos reais de garantia; (82) 5.º) os créditos privilegiados, (83) preferindo o especial ao geral, (84) porém, na ordem estabelecida na lei civil; 6.º) afinal, os quirografários.

O plano de distribuição não está sujeito a julgamento, mas ante a possibilidade do contador enganar-se, é prudente que o juiz determine que os interessados falem sobre a conta, decidindo, de plano, sobre as reclamações que houverem. Se positivar a existência de lapso manifesto, ou erro de escrita ou de cálculo, cumpre-lhe determinar a devolução dos autos ao contador para corrigir o engano.

Dispõe o art. 1.028 que as percentagens correspondentes aos créditos que não hajam sido impugnados podem, desde logo, ser levantadas pelos credores, enquanto que as dos impugnados, embora incluídos na sentença, somente o serão depois que esta transitar em julgado.

Conclui-se daí, que as percentagens dos créditos incluídos e impugnados ou não, mas de cujas decisões não houve recurso e, portanto, há-jam passado em julgado — poderão ser levantadas.

Assim, a expressão, desde logo, a que se refere o art. 1.028 in fine, deve ser entendida em termos, pois pode tratar-se de crédito que, embora não houvesse sido impugnado no prazo do art. 1.025, o venha ser posteriormente, por meio de recurso, como na hipótese a que já nos referimos. (As alegações e impugnações), em que o juiz ordenou a sua inclusão, apesar do credor haver deixado de apresentar as alegações no prazo do art. 1.025.

O plano complementar de distribuição é organizado pelo contador a fim de partilhar as importâncias dos créditos excluídos.

Daí, entender ALFREDO BUZARD que o Código, reservando ao credor retardatário o direito de disputar, por meio de ação direta, a quota proporcional a seu crédito, antes do rateio final (art. 1.023), está a indicar com este adjetivo a possibilidade da existência de mais de um rateio, concluindo que se trata da hipótese prevista no art. 1.029. (85)

Mas esta disposição determina que a sobrepilha se fará de acordo com o plano complementar de distribuição.

Enquanto a locução adverbial de acordo está a mostrar que o plano se faz de conformidade, em observância, a preposição com está a indicar uma relação de comparação, enquanto que o artigo o define o objeto da comparação que é o plano de distribuição complementar ao primeiro plano.

no, já que o adjetivo complementar está qualificando a natureza deste segundo plano.

Donde se conclui que o plano a que se refere o art. 1.028 não sofre modificação, pois dele é que são excluídos os créditos, e o plano complementar de distribuição, sendo elaborado de conformidade com ele, não pode estar sujeito a modificação, com a admissão de novos credores.

O legislador, ao referir-se a rateio final teve, efetivamente, a previsão da existência de outros rateios eventuais, mas não o do art. 1.029, que é complemento do primeiro rateio, consistindo na sobrepilha das importâncias dos créditos que constaram do plano de distribuição e foram, afinal, excluídos.

A existência de outros rateios resulta da possibilidade do devedor possuir outros bens, procedendo-se à penhora deles a requerimento de qualquer credor, entrando para o concurso o produto desses bens.

Essa hipótese prevista pelo antigo Código de Processo Civil Português (art. 944), foi, entre nós, acolhida por LEITE VELHO, (86) reproduzida por BENTO DE FARIA (87) e SILVIO MARTINS TEIXEIRA, (88) e hoje, defendida por PONTES DE MIRANDA, que sustenta que o concurso não é inexpandivo aos bens que podem ser apanháveis por ele, tanto quanto é expansiva a penhora, se os bens não bastam (art. 946, I), e os próprios oficiais de justiça (art. 928) recebem mandado para penhorar quantos bastem. (89)

Portanto, o contador, na elaboração do plano complementar de distribuição, deve guardar inteira fidelidade ao plano de distribuição, pois ele se limita a sobrepilha das importâncias dantes computadas e, afinal, excluídas.

RECURSOS

E' grande a controvérsia, na doutrina, a respeito dos recursos cabíveis das várias decisões no concurso de credores, dando motivo a uma jurisprudência verdadeiramente caótica.

A razão dessa vacilação resulta de ter o Código estabelecido o recurso de agravo de instrumento das decisões que admitirem ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos (art. 842, XIII), e, na letra «b», do parágrafo único do art. 977, se referir a apelação da sentença que julgar o concurso de credores.

Seja porque a apelação possibilita uma apreciação mais completa dos fatos, ou porque, em se tratando de sentença definitiva, é o recurso mais indicado, ou, ainda, porque melhor se ajusta à nossa tradição ju-

82 Dec. n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. primeiro, parágrafo primeiro, II.
83 — Código Civil, arts. 1.566 e 1.569.
84 — Código Civil, art. 1.560.
85 Ob. cit., n. 319.

86 "Execuções de Sentenças", art. 451.
87 Ob. cit., nota 394.
88 Ob. cit., pág. 22.
89 Ob. cit., vol. VI, pág. 461, nota 3.

ridica, a colisão desses dispositivos, enquanto leva alguns autores, numa tentativa de conciliação, a estabelecer distinção entre as decisões previstas no inciso XIII, do art. 482, e a sentença que julga o concurso (art. 1.028) para concluir que o recurso daquelas é o de agravo, e o desta, apelação, (90) leva outros a sustentar que o recurso específico é o de apelação em razão do parágrafo único do art. 1.028 se referir a recurso com efeito suspensivo, o que se ajusta ao disposto no art. 830, e não afina com a regra do art. 843 (91).

Enquanto já vimos que não existem aquelas decisões pré-concursuais (v. Da promoção, instauração e admissão do concurso), pois todas constituem objeto da sentença que julga o concurso, ao segundo argumento responde ODILON DE ANDRADE mostrando ser êle contraproducente, pois o parágrafo único seria inútil se o recurso tivesse efeito suspensivo, como no caso da apelação. Porque é agravo de instrumento, que não tem aquele efeito, é que o legislador se viu na necessidade de acrescentar o referido parágrafo (92).

Entende, ainda, LOPES DA COSTA, que se trata de agravo porque o decreto-lei n. 4.565, de 11 de agosto de 1942, declarou-se, em seu art. 86, por este recurso. (93).

O argumento é, igualmente, contraproducente, porque, se este dispositivo declarou-se pelo agravo de instrumento, simplesmente, porque reproduziu o art. 842 e seus incisos, também o referido decreto-lei que teve por fim não só alterar, mas retificar disposições do Código de Processo Civil, declarou-se tacitamente, pelo recurso de apelação, já que não modificou a disposição do art. 977.

Toda esta celeuma resulta da reprodução quase fiel do texto do art. 1.050, do Código do Distrito Federal, pelo art. 977.

Esse Código, havendo conservado a apelação como o recurso da sentença proferida sobre o concurso de credores (art. 1.104), é natural que a letra «b», do parágrafo segundo, do art. 1.050, se referisse a este recurso.

O legislador do Código vigente, no entanto, ao estabelecer o recurso de agravo de instrumento das decisões que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos (art. 842, XIII), inspirou-se no Código de Processo de Minas (art. 1.484, n. 62).

Daf se infere que a referência à apelação, na letra «b», do parágrafo segundo, do art. 977, resultou de um cochilo do legislador, e como

90 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., art. 1.028, nota 6; ALFREDO BUZAID, ob. cit., n. 318.

91 AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., nota 57, e n. 538; IVAIR NOGUEIRA ITA-GIBA, "Revista Forense", vol. CI, pág. 252.

92 "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "Revista Forense", vol. IX, n. 249.

93 Ob. cit., vol. IV, n. 431.

o recurso específico é o de agravo de instrumento (art. 842, XIII), aquele dispositivo, ensina ODILON DE ANDRADE, como é de ordem secundária, não se pode contrapor ao preceito especial que define o recurso adequado. (94)

As decisões, no entanto, dos tribunais, sujeitas, ainda, a vacilação, da doutrina, se ora entendem que o recurso adequado é o de agravo de instrumento, (95) de outras vezes concluem que é o de apelação, (96) enquanto há, ainda, as que, buscando uma conciliação, sustentam que o agravo se aplica aos casos de decisões iniciais, e a apelação, aos de decisões definitivas. (97). Tornando mais grave essa jurisprudência verdadeiramente caótica, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas que a interposição de agravo, em lugar de apelação, constitui erro grosseiro. (98).

A tendência, porém, tem sido no sentido de admitir a interposição de um recurso por outro, pois, não pode haver erro grosseiro, ou má fé, ante a dúvida existente sobre o recurso cabível na espécie. (99).

Há, ainda, o recurso de agravo de petição da decisão que, no concurso de credores, implique na terminação do processo sem resolver o mérito (art. 846).

Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, num caso em que o Juiz não admitiu o concurso, dada a qualidade de comerciante do devedor, que o recurso cabível é o de agravo de petição, porque o despacho pôs termo ao processo do concurso, sem resolver a controvérsia pelo seu merecimento. (100).

Final, cabe, ainda, agravo de instrumento, com fundamento no inciso X, do art. 842, da decisão sobre a reclamação de erro de conta, ou de cálculo, havido no plano de distribuição.

94 Ob. cit., vol. IX, n. 249.

95 Ac. da Primeira Câmara do T. J. de Minas, de 24-X-49, no ag. n. 3.082, rel. Des. LINCOLN PRATES, in "Jurisprudência Mineira", vol. I, pág. 207; ac. da Primeira Câmara do T. J. de São Paulo, de 25-VIII-41, na ap. n. 12.515, rel. Des. PAULO COLOMBO, in "Revista dos Tribunais", vol. 133, pág. 599; ac. da Primeira Câmara do T. J. de São Paulo, de 8-XI-49, na ap. n. 41.854, rel. Des. AMORIM LIMA, in "Revista Forense", vol. CXXXIV, pág. 477; ac. da 3.ª Câmara do T. J. do Rio Grande do Sul, de 13-VII-44, na ap. n. 2.366; rel. Des. LOUREIRO SILVA, in "Revista Forense", vol. C, pág. 524.

96 Ac. da 1.ª Câmara do T. J. de Minas, de 3-IX-53, na ap. n. 9.029, rel. Des. GONÇALVES DA SILVA, in "Minas Forense", vol. 5, pág. 31; ac. da 2.ª Câmara do T. J. de São Paulo, de 9-11-43, no ag. n. 18.162, rel. Des. MARIO GUIMARAES, in "Revista dos Tribunais", vol. 142, pág. 551; ac. da 4.ª Câmara do T. J. do Distrito Federal, de 4-XI-41, no ag. n. 2.390, rel. Des. RAUL CAMARGO, in "Revista Forense", vol. XCII, pág. 120.

97 Ac. da 2.ª Câmara do T. J. do Rio Grande do Sul, de 15-VII-42, na ap. n. 1.387, rel. Des. SAMUEL SILVA, in "Revista Forense", vol. XCV, pág. 389; ac. da 2.ª Câmara do T. J. do Rio de Janeiro, de 25-VII-44, no ag. n. 665, rel. Des. ITABAIANA DE OLIVEIRA, in "Revista Forense", vol. C, pág. 315.

98 Ac. da 2.ª Câmara do T. J. de Minas Gerais, de 5-VIII-46, no ag. n. 1.737, rel. Des. AUTRAN DOURADO, in "Revista Forense", vol. CX, pág. 472.

99 Ac. da 1.ª Câmara do T. J. do Rio de Janeiro, de 13-X-52, na ap. n. 652, rel.

JURISPRUDENCIA MINEIRA

Des. M. DE TOLEDO PIZA, in *Revista Forense*, vol. CL, pág. 338; ac. da 3.ª Cam. do T. J. de São Paulo, de 2-VI-43, no ag. n. 18.936; rel. Des. ALMEIRA FERRARI, in *Revista Forense*, vol. XCIX, pág. 112; ac. da 3.ª Cam. do T. J. do Distrito Federal, de 28-V-43, no ag. n. 6.604, rel. Des. MARTINHO GARÇEZ, in *Revista Forense*, vol. XCVIII, pág. 375.

100.ª Ac. da 1.ª Cam. de 22-XI-43, no ag. n. 20.967, rel. Des. V. PENTEADO, in *Revista dos Tribunais*, vol. 148, pág. 128.