

DO INTERESSE DE AGIR NO CONCURSO UNIVERSAL DE CREDORES

ATHOS GUSMAO CARNEIRO

Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio Grande do Sul.
Professor na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Na codificação processual de 1939, o concurso de credores, legalmente conceituado de "incidente da execução", apresentava-se como um desdobramento da execução singular em execução coletiva, realizável sobre aqueles bens penhorados e em benefício, além do exequente, também dos credores que em tempo hábil se houvessem habilitado (Liebman, "Processo de Execução", ed. Saraiva, n.º 83).

O Código de Processo Civil de 1973, sob o magistério de Buzaid (refletindo posições já apresentadas pelo eminente jurista em 1952, na sua obra fundamental "Do Concurso de Credores no Processo de Execução"), distingue a execução contra devedor solvente da execução contra devedor insolvente; neste segundo caso, a declaração de insolvência do devedor não comerciante, obtida num prévio processo de acerto (arts. 754/758), produz o vencimento antecipado das dívidas, a arrecadação de **todos** os bens penhoráveis do devedor, e a execução por concurso **universal** de seus credores (art. 751), em sistema com muitos pontos de contacto relativamente ao processo falencial.

A execução por concurso universal de credores pressupõe, além do **título** (art. 754), ainda a **insolvência do devedor** inadimplente (art. 748), a **pluralidade de credores** e a **existência de bens**.

2. Pergunta-se: poderá um credor quirografário (art. 753, I), sob o fundamento de que o devedor não possui bens, por tê-los alienado aoadadamente, ou de que os bens existentes são manifestamente insuficien-

tes a cobrir o título exequendo, poderá tal credor requerer a declaração de insolvência do devedor? Em outras palavras: basta a presença, no palco processual, de um único credor, para habilitá-lo a requerer o concurso?

Parece-nos que não basta, porque este credor careceria de “interesse processual” (art. 295, III) na instauração do concurso. Assim julgou na apelação 10.729 a egrégia 2a. Câmara Cível do TARGS, à unanimidade, em aresto de 20.04.76, de que fomos relator (“o Novo CPC nos Tribunais do RGS e SC”, tomo III, verbete 0827).

Pelo novo Código de Processo Civil (assim revivescendo a vetusta regra das Ordenações, revogada por lei de 22 de dezembro de . . . 1761), pela penhora o credor adquire um direito de preferência sobre os bens penhorados (arts. 612 e 613), de forma que no momento do pagamento “receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora” (art. 711), ressalvados por evidência os créditos privilegiados (art. 709, II): é a regra do “prior tempore, potior jure”. Mas os credores menos diligentes (ou menos exigentes. . .) não são prejudicados pela preferência, pois que por hipótese estamos tratando de devedor SOLVENTE; se o valor do bem penhorado não é bastante para satisfazer as penhoras realizadas em segundo, ou terceiro lugares, de qualquer forma sempre restam outros bens, livres e desembaraçados, para garantia dos créditos (art. 591), cabendo ao devedor nomear tais bens, ou ao oficial de justiça penhorá-los (art. 569), nos autos das respectivas execuções. Todos os credores exequentes encontram-se, pois, em princípio, bem garantidos.

Entretanto, se outros bens, livres e desembaraçados, não forem nomeados ou encontrados (art. 750), então a aplicação do “prior tempore” criaria uma situação de desigualdade entre os credores quirografários, pois pagos seriam apenas os exequentes que houvessem efetuado a (s) primeira(s) penhora(s) sobre os insuficientes bens existentes.

Surge, então, aos demais exequentes o “interesse processual” em provocar a instauração do concurso universal de credores, para que

neste a regra do “prior tempore” ceda lugar ao princípio do “par condicio creditorum”: no concurso os credores quirografários são proporcionalmente pagos, — após satisfeitos os créditos legalmente privilegiados —, mediante rateio igualitário (arts. 612, 769 e ss.), tornando-se irrelevante a anterioridade das penhoras.

A propositura de determinada ação, ou providência judicial, só pertence a quem demonstrar **necessidade** daquela demanda para a obtenção do bem da vida almejado. É o “interesse processual” (art. 3.º), como “condição da ação” (Chiovenda, Instituições, t. I, n.º 40), ou melhor, como condição de **viabilidade** da ação.

Ora, dentro da linha de raciocínio que seguimos, ao credor, a quem o direito de preferência favorece, não assiste “interesse” em requerer o concurso. Mais lhe vale prosseguir na execução singular. Assim, e com mais razão, se sobre os bens do devedor, ainda que insuficientes, não pende nenhuma constrição judicial promovida por outro credor.

Se o devedor mais bens antes possuía, e os alienou, as figuras da “ação pauliana” e da “fraude à execução” fornecem ao credor singular os meios hábeis, e bastantes, à eficaz tutela de seu direito material.

Os argumentos até aqui expostos não se aplicam à auto-insolvência (arts. 759, 760), pelo possível interesse do devedor em lograr, sob o concurso universal, a extinção de suas obrigações, nos termos dos artigos 777 e seguintes do CPC, quanto às parcelas não resgatadas (arts. 774, 775).

3. De outra parte, parece-nos, s.m.j., não cabe argumentar, em contrário, com a sistemática da lei falencial.

Para a declaração da falência, basta a “impontualidade” do devedor comerciante, ainda que solvente.

Além disso, enquanto pelo concurso a lei visa a tutelar pretensões materiais de ordem privada, já na falência a lei aproveita a iniciativa do credor para promover, como seu objetivo maior, a defesa do crédito mer-

cantil e da fé nas relações de mercância. Diante deste objetivo maior, a lei inclusive coloca de lado, excepcionalmente, o princípio fundamental de que o processo civil começa por iniciativa da parte, e faculta ao próprio magistrado, em determinados casos, o declarar de ofício aberto o processo falencial (lei fal., arts. 161, 162).

Compreende-se, destarte, que aquilo que se permite ao credor singular do devedor comerciante, possa ser defeso ao credor do devedor não comerciante.

Alvitramos assim que, quando o CPC. (art. 750) põe como presunção de insolvência, bastante para legitimar a instauração do concurso, o não dispor o devedor, para nomear à penhora, de outros bens desembaraçados, ou não arrestados, refere-se a lei a bens isentos de constrição judicial efetuada a pedido de **outro** credor, não do **mesmo** credor. Esse outro credor, face à regra do "prior in tempore, potior in jure", gozaria de preferência no recebimento do preço da arrematação (arts. 612, . . . 711); assim, o credor que chegue em segundo lugar ao palco processual, e no caso de o bem penhorado não bastar para cobrir todos os débitos, necessita requerer a instauração do concurso para, arredado o princípio da prioridade na penhora, lograr um rateio igualitário, em "par condicio creditorum" (arts. 612, 769 e ss.).

Se não há outro credor na disputa, faltará ao credor singular o "interesse", ou seja, a necessidade daquela demanda judicial (do concurso) para alcançar o bem da vida almejado, isto é, a satisfação de seu crédito na maior proporção possível. **Mais lhe vale promover ou prosseguir na execução singular contra o devedor, ainda que o mesmo seja insolvente.**

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, é certo, embora considere pressuposto da falência a "pluralidade de credores", admitiu a possibilidade da falência em existindo um único credor ("Trat. de Dir. Com., t. VII, n. 98, ed. 1-946), pelo argumento de que ao credor não satisfeito possa ser "indispensável a falência para revogar atos praticados em seu prejuízo". O interesse do credor estaria, portanto, em que a falência lhe iria conceder melhor posição processual mediante a revocatória.

Mas ao concurso universal, aplicável ao devedor não comerciante, não parece se possam aplicar, por mera analogia, aquelas regras da legislação falencial, como o "termo legal", modificativas de pretensões e obrigações de direito material. As figuras da "ação pauliana", e da ineficácia por "fraude a credores", fornecem ao credor singular do devedor não comerciante os meios hábeis, e bastantes, à eficaz tutela de sua pretensão creditória. Ensina THEODORO JÚNIOR que, diversamente do que se passa com a falência, a decretação de insolvência não cria um período suspeito, e não gera para os credores remédios especiais revocatórios de atos do devedor (Processo de Execução, 3a. ed., cap. XXV, n.º 5).

De outra parte, para a declaração da falência basta a impontualidade do comerciante, ainda que solvente, pois a lei aproveita a iniciativa do credor para promover, como seu objetivo maior, a defesa do crédito mercantil e da fé nas relações de mercância; compreende-se, destarte, que aquilo que se permite ao credor singular do devedor comerciante, possa ser defeso ao credor do devedor não comerciante.

4. Outra tormentosa "quaestio juris", aliás já trazida à liça judiciária, refere-se à possibilidade de decretação de insolvência do devedor que não possua nenhum bem penhorável.

Que é de fato insolvente, sem dúvida o é. Mas questiona-se haja "interesse" em se lhe requerer judicialmente a insolvência, pois tal declaração não se destina a operar no vazio, mas prepara a execução forçada para a satisfação dos credores. Lembro, "data venia", não só o disposto no art. 659, § 2.º, como a norma de que a execução é suspensa "quando o devedor não possuir bens penhoráveis" (art. 791, III). O renomado juiz paulista RESTIFFE NETO, em decisão aludida em artigo de doutrina (RF, 252/141), refere que "não faz sentido a declaração de insolvência do devedor e promoção de um concurso universal sem bem algum". Segundo a eg. 2a. Câmara do 1.º TACSP, adotando esta orientação, o novo CPC é avesso "às medidas de força, mas destituídas de utilidade prática".

Em sentido contrário manifesta-se o eminente HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ("Processo de Execução", 3a. ed., cap. XXV, . .

n.º 10) lembrando a possibilidade de o devedor adquirir bens após a declaração, e ainda invocando o instituto da extinção das obrigações do insolvente.

5. Os autores convêm em que a declaração de insolvência do devedor constitui um prévio processo de cognição, de acerto, culminante na sentença que serve de base à execução por concurso universal (MONIZ DE ARAGÃO, RF 246/68); ROGER DE CARVALHO MANGE, RF 246/271; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit.).

A manifestação judicial, assim, põe termo ao processo prévio de conhecimento (art. 162, § 1.º), abrindo azo ao subsequente processo de execução.

Como sentença, é apelável. Quer parecer, destarte, menos feliz a orientação de magistrados que consideram cabível o agravo de instrumento, sob a alegação de que seria apenas decisão, embora impropriamente nominada como sentença, o ato judicial aludido no art. 761 do CPC.

Estas observações, diga-se, revelam que o sistema do novo CPC continua ensejando dúvidas razoáveis sobre qual o recurso cabível em determinados casos, pelo que a admissão da regra da "fungibilidade dos recursos" consulta os melhores interesses da justiça (vide, por todos, Alcides Mendonça Lima, in "Introdução aos Recursos Cíveis, n.ºs 168/169, págs. 240 e ss.).

Ponto altamente controvertível consiste no saber se a apelação deve ser recebida no duplo efeito. Responderíamos pela negativa. Cuida-se de provisão com força predominantemente constitutiva e executória imediata (ROGER MANGE, ob. cit.), surgindo a necessidade de pronta suspensão das execuções singulares (art. 762, § 1.º), como condição mesma do êxito do concurso universal. A sentença que decreta a insolvência, outrossim, equivale sob certos aspectos àquela que julga improcedentes os embargos à execução, e da qual o recurso só possui efeito devolutivo (art. 520, V) (idem, THEODORO JÚNIOR, ob. cit., pág. 405; 2a. Câm. Cível do TARGS, ac. un. de 15.06.75 no Agravo de Instrumento 10.639, relator A.G.C., in "O Novo CPC... III, verbete 0828).

6. O prévio processo de acerto poderá, por previsão expressa de lei, ser transformado em processo de execução contra devedor solvente. O devedor, a teor do art. 757, ilidirá ("rectius", elidirá — vide Lei de Falências, art. 11, § 2.º) o pedido de insolvência se, no prazo para oposição dos embargos, depositar a importância do crédito, "para discutir a legitimidade ou o valor". Afastada a possibilidade de declaração de insolvência, e valendo o depósito como penhora de dinheiro, impugnará o devedor a pretensão creditória através de embargos nos termos previstos na execução contra devedor solvente.

Parece menos feliz a tese adotada por CELSO NEVES ("Coment. ao CPC, ed. Forense, v. VII, n.º 123, pág. 277) de que com o depósito de dinheiro os embargos assumiriam feição similar à "ação declaratória incidental" sobre a relação creditícia. Assim fosse, sob feição apenas declaratória (e não desconstitutiva do título, como soem ser os embargos do devedor), não se compreenderia a possibilidade de, rejeitados os embargos, o credor poder levantar, como preconizam THEODORO JÚNIOR (ob. cit., 3a. ed, pág. 938) e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Novo Processo Civil Brasileiro, tomo II, pág. 123) a importância do depósito, para satisfação de seu crédito. O levantamento do depósito revela a natureza executiva adotada pelo processo, após elidida a insolvência.

A recíproca, todavia, não é verdadeira. Ajuizada execução singular contra devedor (aparentemente) solvente, a insuficiência de bens penhoráveis não dá azo a que se opere a conversão desta execução em pedido de concurso universal, ainda que o exequente comprove a existência de penhoras efetuadas previamente por outro credor. Lícito é ao exequente postular a **suspensão da sua execução singular** (o elenco do art. 791 não é taxativo), e propor o **processo prévio** de cognição, no qual o devedor poderá impugnar (art. 756, I e II) não apenas o crédito, como, ainda, poderá aceitar a existência e exigibilidade do crédito, mas afirmar-se não insolvente.

Interessante lembrar a necessidade de a jurisprudência construir, com o **poder geral de cautela** deferido ao juiz, medida cautelar ca-

paz de evitar, em casos tais, que enquanto tramita o processo prévio ajuizado pelo credor "A", da penhora mais recente, possa o credor "B", da primeira penhora, levar avante, e terminar, a execução singular por ele proposta, assim recebendo todo seu crédito sob a regra do "prior in tempore"; destarte, quando o credor "A" lograr obter a sentença de declaração de insolvência, com a conseqüente suspensão das execuções singulares (art. 762), os bens objeto de penhora já terão sido alienados em hasta pública, e os pagamentos feitos ao (s) credor (es) com preferência. A medida cautelar poderia consistir na sustação das hastas públicas, ou no depósito do preço das arrematações, enquanto tramitasse o processo prévio promovido pelo credor que alega a situação de insolvência do devedor comum.

7. Os "embargos" do art. 756 constituem, realmente, uma "contestação", e não um processo incidental como o são os embargos na execução contra devedor solvente. Sobrevém a sentença quer os embargos tenham sido opostos, quer não (art. 755), neste segundo caso operando quanto ao fato da insolvência o efeito da revelia (art. 319).