

Concurso de credores

AMILCAR DE CASTRO

1 — Princípio básico de direito processual civil é que os bens do devedor são a garantia comum dos credores. Em regra, como não podia deixar de ser, em regime de justiça pública, o devedor tem responsabilidade processual igual, por todas as suas obrigações. E, na instância da execução, o Estado, pelo Poder Judiciário, emprega sua força no sentido de tornar efetiva essa responsabilidade.

Acontece, porem, que as incessantes operações de aquisição e disposição de bens, que o devedor tem a liberdade de fazer, tanto podem conduzi-lo à riqueza, como levá-lo à pobreza, ou à insolvência. Nenhuma dificuldade aparece, quando o executado é opulento: o exequente receberá o equivalente de todo o valor que lhe seja devido; e seja qual fôr o número de execuções levado a efeito, todos os exequentes vão sendo, assim, integralmente satisfeitos. Casos, há, entretanto, em que o valor dos bens encontrados é insuficiente para satisfazer totalmente a dois, ou mais credores; e a dificuldade aparece, porque, no estado atual do direito, apenas sobre valores patrimoniais positivos é que pode recair a execução forçada.¹

Na ordem privada, todos os credores, privilegiados, ou não, têm *contra o devedor* igual direito de exigir pagamento total. Correspondentemente, na ordem processual, a responsabilidade do executado perante o Estado é também integral. Mas, verificada a insolvência do devedor, o Estado se encontra em contingência de não poder, às vezes, contentar um único exequente; ou de satisfazer um, com prejuízo de outros; ou então satisfazer parcialmente as pretensões de dois, ou mais, efetivando, *na medida do possível*, a responsabilidade do executado. E o concurso de credores é o processo adequado a dosar essa responsabilidade, relativamente a cada um de dois,

(1) BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES — *Del Pegno*, nº 253, pág. 247-248.

ou mais, credores que se apresentem. Neste caso, conforme a lição de CARNELUTTI, o direito que tinha o credor de receber do devedor pagamento total, se converte, ou se transforma, na esfera processual, em *direito ao quociente*, que lhe é garantido pelo Estado.²

2 — O concurso de credores é exemplo decisivo da autonomia do direito processual civil. Na hipótese de não impugnar o executado algum crédito, forma-se e julga-se êsse processo, sem que haja *entre as partes*, que são os credores, qualquer relação social juridicamente apreciável, existindo apenas relações julgáveis por direito público processual entre cada um dos credores e o juiz. Todos os vínculos juridicamente apreciáveis por direito primário são estabelecidos entre cada um dos credores e o devedor; enquanto todas as relações processuais são estabelecidas entre cada um dos credores e o juiz: de um para outro credor, não ha qualquer relação.

Cada credor, parte no concurso, por interesse próprio, pode atacar qualquer das relações *que lhe são estranhas*. É que, na ordem processual, o credor tem direito de ser indenizado pelo valor dos bens do executado, às vezes com preferência sobre outro; mas isto evidentemente não estabelece *entre os credores* qualquer relação juridicamente apreciável. Sem dúvida, os quirografários estão adstritos, como quaisquer terceiros, a respeitar os direitos dos privilegiados, ou dos preferentes, mas isto não significa que estes, ou esses, tenham qualquer direito *contra aqueles*. Também os preferentes entre si, os privilegiados entre si, e os quirografários entre si, devem respeitar os direitos, uns dos outros, porque todo direito, como situação de fato com garantia processual prometida, é exclusivo dentro de sua esfera, e todos devem respeitar o direito alheio. Tanto é respeitável a pretensão do preferente de ser indenizado integralmente pelo valor dos bens do executado, como o é a do quirografário, de ser também satisfeito integralmente pelo mesmo valor. Agora, se este não é suficiente para a satisfação integral de todos, isto não significa que uns, preferentes ou não, tenham qualquer direito *contra os outros*: todos têm apenas direito subjetivo, de crédito, contra o devedor, e direito processual contra o Estado. Ferindo êsse ponto, ensina CARNELUTTI que os quirografários não têm o direito de concorrer com os privilegiados, mas *não ter direito* não significa *ter obrigação*; e entre duas pessoas, não havendo obrigação de uma,

(2) CARNELUTTI — *Diritto e processo*, in Studi in onore di GIUSEPPE CHIOVENDA, p. 303-306; CARNELUTTI — *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. VII p. 30.

não pode haver direito da outra. E, para bem expor seu pensamento, serve-se aquele grande processualista desta feliz comparação: ninguém dirá que haja direito entre os viajantes de primeira, de segunda e de terceira classe. Os da terceira não têm o direito de viajar na segunda, nem os da segunda podem viajar na primeira; mas todos têm o direito de viajar em sua respectiva classe, não oponível entre êles, uns aos outros, e sim oponível ao transportador, que é obrigado a fazer viajar todos, uns de certo modo, outros de modo diferente.³ Assim também, relativamente ao Estado, pela responsabilidade do devedor, pode haver credores de primeira, de segunda ou de terceira classe, e o *Estado*, como o transportador, deve a cada um dêles garantia em sua respectiva classificação; e deve essa garantia porque todos têm direito de se satisfazer integralmente nos limites de um mesmo valor. A insuficiência dêste valor constitui *per se* ameaça à efetivação da pretensão de cada um; e exclusivamente ao Estado, pelo Poder Judiciário, incumbe tutelar direitos subjetivos ameaçados, ou violados.

Consequentemente, quando o valor dos bens penhorados ao devedor civil, pelo preço da arrematação, ou remição, não basta para pagamento do exequente e de outros credores, que se apresentem no juízo da execução, munidos de sentença, ou de título que dê direito a ação executiva, qualquer dos referidos credores, em defesa de seu direito ao quociente, que é uma parte da responsabilidade processual do executado, pode impedir que o exequente, ou qualquer outro credor, levante dinheiro depositado, ou obtenha adjudicação de bens, além do *quantum* que lhe deva competir. Não seria justo que um credor se pagasse com prejuízo de outro, que tivesse igual, ou melhor, direito ao valor dos bens penhorados; e remédio para êsse mal é o concurso, que se instaura no próprio processo da execução, perante o mesmo juiz que a processar. Como será visto oportunamente, o concurso de credores é processo preparatório, nada obstante incidente.

3 — O concurso é ação incidente. É novo juízo, distinto da execução, que vem sendo movida pelo exequente. O processo de execução, em lugar de se ultimar pela entrega do produto dos bens ao exequente, *suspende-se*, para que, nos mesmos autos, se instaure e julgue o concurso. É causa incidente, não só porque o Código de Processo Civil assim a considera, como

(3) CARNELUTTI — *Diritto e processo*, in Studi in onore di GIUSEPPE CHIOVENDA, p. 308.

principalmente porque é suscitada por terceiros interessados, em processo já em andamento, suspendendo o curso regular dêste, até ser resolvida.⁴ É ação de conhecimento, de cognição, de mera apreciação: *não é processo de execução*.

Para bem compreender o assunto, tido sempre por difícil e complicado, a ponto de antigos praxistas o denominarem *labirinto*, deve-se, com fundamento em nossa tradição jurídica, e na doutrina moderna, reparar, antes de tudo, em que o concurso de credores não é litígio *com o executado*; mas novo juízo, de verificação, de conhecimento, de pura cognição, em que os credores figuram como partes principais, simultânea e reciprocamente, nas posições de autores e de reus. Trata-se de ação dúplice. Não é execução de sentença, não é processo executivo, nem ação de cobrança movida contra o devedor: é juízo de verificação, de puro conhecimento, onde não se encontra qualquer ato executivo.

As únicas matérias que podem ser articuladas na disputa *entre os concorrentes* estão mencionadas exemplificativamente no art. 1.024 do Código de Processo Civil: a preferência, ou privilégio, da ação do articulante, ou a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade, dos créditos ou contratos alheios. Aqui se deve notar que a preferência ou privilégio nada têm a ver com o devedor; e, quanto aos créditos e contratos alheios, o *credor* os ataca, não propriamente para destruí-los *relativamente ao devedor*, pois nisto não tem interesse, sim principalmente para demonstrar que o crédito, ou contrato, atacado não lhe pode ser oposto, não tem valor a respeito dele credor articulante. Vêm, em seguida, as impugnações aos articulados; logo depois a audiência de instrução e julgamento, e afinal a sentença sobre o mérito das alegações e impugnações. De tal sorte, desde a citação que inaugura, até à sentença que extingue, a relação processual do concurso, nenhuma atividade executiva se depara. Trata-se de ação incidente, de mera apreciação e classificação de créditos, da qual participam credores do mesmo devedor. É processo que tem certa afinidade com o de embargos de terceiro.

4 — CARNELUTTI considera o concurso de credores como processo *executivo cumulativo* e, por isso, entende que “depois de classificados os créditos, êste processo executivo se desenvolve em relação a cada credor como processo singular, donde

(4) CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO — *Causas Preparatórias, Preventivas e Incidentes*, p. 8.

poder dizer-se que, como consequência do concurso, o processo cumulativo se separa, ou se fraciona, em tantos processos singulares quantos sejam os credores admitidos; e assim o resto do *iter* processual, isto é, a entrega do produto, se faz tal qual como se, de princípio a fim, houvesse um só credor, ou como se os credores fôsem vários, mas entre êles o produto houvesse sido repartido”.⁵ Esse grande processualista encontra manifesta analogia entre o concurso e o processo de divisão, pelo qual se transforma o direito comum sobre o todo, em direito singular sobre uma parte. No seu entender,

“A noção de concurso é manifestamente análoga à de divisão, e por isso se torna essencialmente compreensível como dissolução de comunhão, mediante transformação do direito comum (em comunhão) sobre o todo, em direito singular sobre a parte. O que está em comunhão, no processo executivo cumulativo, é o direito dos credores concorrentes ao resultado da execução (à entrega dêsse resultado); esta comunhão se desata, transformando-se o direito *de todos* sobre o resultado *total*, em direito de cada um sobre uma parte do mesmo resultado”.⁶

Deve-se, portanto, interpretar o pensamento dêsse notável processualista, no sentido de que a sentença que fecha o concurso “cinde o processo cumulativo em tantos processos singulares quantos sejam os credores incluídos: o processo executivo não continua em forma de processo cumulativo até o seu epílogo, sim cessa antes deste”, mediante a sentença que julga o concurso.

5 — Entretanto, o que parece mais a propósito dizer-se é que o concurso não é processo executivo cumulativo, sim ação incidente, de puro conhecimento, de mera cognição, ou verificação. No concurso, o que se encontra em comunhão é a responsabilidade processual do executado, pela satisfação integral de todos os créditos admitidos; cada credor tem direito de ti-

(5) CARNELUTTI — *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. VII, nº 421, p. 68. LIEBMAN e BUZARD também consideram o concurso como processo *executivo cumulativo*, mas nesta direção êsses três magníficos mestres não podem ser acompanhados, pois o concurso de credores, evidentemente, não é processo executivo.

(6) CARNELUTTI — *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. VII, nº 401, p. 31. JOÃO MENDES JÚNIOR também encontra certa semelhança entre o concurso de credores e a ação de divisão, onde ensina que o juízo do concurso é indeclinável porque sua incidência nos mesmos bens, do mesmo devedor, *induz comunhão entre os credores*. (*Direito Judiciário Brasileiro* p. 554).

rar, do mesmo todo, seu quinhão completo; e tal comunhão se dissolve, pela limitação da responsabilidade processual correspondente a cada uma das pretensões, proporcionalmente ao valor apurado na execução. Neste sentido é que se pode dizer que o julgamento final do concurso divide a responsabilidade do executado em tantas responsabilidades limitadas quantos sejam os credores incluídos, assim como, em divisão de terras, quando a área verificada não comporta a quantidade mencionada no título. Nunca ninguém jamais disse que concurso de credores seja ação de divisão: nota-se apenas certa *analogia*, que é semelhança *entre coisas diferentes*.

Onde não se pode concordar com CARNELUTTI é na afirmativa de ser o processo do concurso *executivo-cumulativo*, como se contivesse uma pluralidade *de execuções* conjugadas, as quais, só pela sentença proferida sobre o concurso, se desligassem umas das outras, para prosseguirem separadamente. Neste ponto, em face do direito positivo brasileiro, a doutrina de CARNELUTTI não pode deixar de ser substancialmente modificada. O concurso de credores, no direito brasileiro, é evidentemente processo *de conhecimento*: nada contém de executivo. Quando se instaura o concurso, a execução que vinha sendo movimentada pelo exequente *se suspende*, para no concurso *se verificar* até quanto pode ser limitada a atual responsabilidade processual do executado, pelos créditos, do exequente e de cada um dos outros credores concorrentes. A sentença que julga o concurso não desata execuções, porque nenhuma execução atravessa esse processo. A sentença que julga o concurso contém várias decisões de mérito, cada qual referente a um dos concorrentes, porque todos são autores e réus, simultaneamente: a ação é *dúplice*. E a sentença por que se fecha o processo do concurso apenas admite e exclue credores, e classifica os admitidos. Nada mais. Como se vê dos arts. 1.028 e 1.030 do Código de Processo Civil, após o julgamento do concurso é que se organiza plano para *posterior* levantamento do dinheiro em depósito, ou então faz-se a necessária conta para *depois* serem adjudicados os bens. E se estes atos executivos são realizados *depois de acabado o concurso*, e durante este nenhum ato executivo é praticado, a conclusão única a que se pode chegar é a de que, pelo menos no direito brasileiro, o concurso não é processo cumulativo-executivo: é ação *dúplice* de conhecimento, de verificação, de pura cognição, *que nada tem de executiva*.

Veja-se bem que nem o processo executivo onde se encaixa o concurso, como incidente, aparece, ou flue, em seu âmbito *como executivo*, já que a instauração do concurso *suspende* sua

marcha, e esta só prossegue depois de encerrado o mesmo concurso. Tanto o processo onde se intercala o concurso, como todos os outros processos executivos de credores concorrentes, promovidos em autos separados, no mesmo ou em outro juízo, não atravessam o concurso como processos executivos, apenas são trazidos ao concurso *para se confrontarem os créditos* dos exequentes entre si, e com outros créditos ainda não ajuizados, a fim de se decidir qual seja a proporção da responsabilidade processual do executado atinente a cada um, em relação aos demais. O concurso, em lugar de ser processo executivo-cumulativo, é processo de conhecimento, que até tem o efeito de tornar desnecessária a propositura de muitos processos que seriam executivos.

6 — Do fato de ser possível entrar o devedor no concurso, para impugnar créditos cobráveis por ação executiva (art. 298 do Código de Processo Civil), também não se pode tirar a conclusão de que o processo do concurso de credores seja executivo. RAMALHO dizia com precisão: “consideram-se no julgado tantas sentenças quantos são os artigos distintos”; e assim a decisão pela qual é julgado o concurso contém tantas sentenças quantos sejam os credores intervenientes, pois cada pretensão constitue artigo distinto. De tal sorte, sobre cada crédito que for impugnado pelo devedor, haverá sentença condenatória, ou absolutória, *proferida em processo de cognição*, conforme o disposto nos arts. 267 a 269 e 1.026 do Código de Processo Civil. Se a sentença for condenatória, porque o título apresentado é de dívida líquida e certa (art. 1.020 do Código de Processo Civil), o credor tratará de pedir ao juiz entrega de dinheiro, ou adjudicação de bens, na proporção atribuída a seu crédito; se for absolutória, o credor será excluído do concurso.

O concurso de credores, pois, *em relação ao devedor*, será processo *de cognição*, fechado por sentença condenatória ou absolutória. E então não será a disputa *entre credores*, objeto direto e principal do concurso de credores que irá caracterizar este processo como executivo.

7 — REDENTI, tratando do concurso de credores, começa por afirmar que o pagamento pelo produto da execução é o coroamento da ação movida pelo exequente, entretanto caracter, em si mesmo diverso e distinto, pode ter a demanda de outros credores para serem pagos pelo produto de uma execução que não promoveram, e de cujo desenvolvimento não participaram. Esta demanda de graduação, ou de concurso, constitue evidentemente ação processual autônoma, que se apresenta como

exercício de diversa e distinta ação creditória em sentido substancial, própria de quem a exercita. No seu entender, ação dirigida, efetiva ou virtualmente, contra o devedor, porque tende à realização a seu cargo, sobre bens tirados de seu patrimônio, de uma sanção pela falta de pagamento espontâneo de sua obrigação. Ação que, no seu exercício processual, vem a ser dirigida, pela natureza mesma da contingência em que se exercita, também contra o exequente e outros credores. Reconhece a necessidade de um juízo, para estabelecer quanto do produto da execução possa ser empregado, por autoridade do juiz, a satisfazer cada um dos concorrentes, não sendo preciso dizer que um pode obter tudo, e outro nada, quando estiverem em jogo direitos de prelação. E textualmente assim conclue:

“Este juízo, no qual vêm a ser partes, reciprocamente, todos os credores, que estejam em conflito entre êles, além do devedor, *assume necessariamente o caráter de uma cognição, necessária para concluir a execução*, isto é, para chegar ao ato, ou aos atos finais de satisfação, pela autoridade, dos direitos de cada um, na proporção permitida pelo produto disponível. E neste sentido tem também caráter instrumental relativamente ao ato, ou aos atos, verdadeiramente finais, de satisfação. Não se pode chegar a estes, senão passando através daquele. Esta ação por parte dos concorrentes (menos o exequente), em si e por si *não tem caráter de ação executiva propriamente dita*, porque não determina diligências executivas, de penhora e venda de bens, por exemplo. Ao contrário, pressupõe que essas diligências já hajam sido praticadas, ou estejam em curso, por provocação de outrem. Entretanto não é também uma ação comum de cognição, porque tende a resultado econômico satisfatório, material, e não a uma simples declaração do juiz. Diremos melhor que é ação com escopo de satisfação executiva, mas incidente em uma execução alheia, e que por esta incidência adquire caracteres próprios e peculiares”.⁷

E afinal mostra esse grande professor que, em caso de insolvência, não se trata mais apenas de determinar a respeito de cada pretensão, se esta seja fundada relativamente ao devedor, mas de determinar, nas relações entre credores concorrentes, quais destes possam e devam ser pagos, e em que medida, e quais devam suportar, no todo ou em parte, os efeitos da insolvência.

(7) ENRICO REDENTI — *Profili Pratici di Diritto Processuale Civile*, nº 326 e nº 344, pág. 563, 564 e 594.

Em mínima parte, deve-se divergir dessa magistral lição: o concurso de credores, pelo menos em face do direito positivo brasileiro, não pode ser visto como ação proposta *contra o devedor*, sim proposta *contra o credor exequente* e mais outros credores, e sendo na mesma permitido o ingresso do devedor, será como interessado em impedir que supostos credores se apoderem de seu dinheiro, ou de seus bens. É exato que o concurso tem *escopo de satisfação executiva*, porque o concorrente pretende levantamento de dinheiro, ou adjudicação de bens contra ou sem a vontade do devedor, mas esse escopo é mediato, pois a êle não se chega sem a sentença de verificação dos créditos, *que fecha o concurso*. Este, de princípio a fim, é juízo de cognição. E só depois de acabado, pela sentença que o fecha, é que se vão praticar atos executivos, por força dessa mesma sentença, tal qual como acontece na execução das sentenças condenatórias, proferidas em processo ordinário, de conhecimento.

8 — LIEBMAN, na mesma direção de CARNELUTTI, afirma ser o concurso de credores uma *execução coletiva*. E a descrição que faz do concurso de modo algum corresponde ao conceito que sempre foi, e é, mantido pelo direito brasileiro. Essa nova doutrina, respeitosamente falando, é construção artificial, em total oposição ao direito positivo brasileiro e, o que é mais, em contradição e incongruência com o que se encontra em outras brilhantíssimas páginas do mesmo excelente e profundo tratado em que vem exposta. A simples leitura de sua exposição original põe à mostra a sua inconsistência:

“NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO

“Dando-se o pressuposto de fato, que acabamos de mencionar, isto é, a insuficiência de bens livres do executado para permitir que os vários credores instaurem e processem execuções distintas e individuais, torna-se necessária a reunião das várias ações executórias e executivas *numa única execução coletiva*, realizada por pluralidade de credores em seu proveito comum. Dêsse modo, a execução promovida por um credor transforma-se e alarga-se de certo momento em diante pela intervenção de outros credores; a execução que era individual, torna-se coletiva e chama-se concurso. A transformação consiste na accessão de outros credores ao lado do exequente, em posição processual de igualdade, na execução que continua correndo contra o devedor comum. O exequente perde sua posição especial, para tornar-se simplesmente um dos credores concorrentes; e vice-versa os

credores intervenientes adquirem posição de partes, de co-exequentes perfeitamente equiparados ao exequente originário. Nenhuma mudança ocorre, ao contrário, no sujeito passivo da relação processual: o executado continua na posição jurídica anterior, embora praticamente agravada pelo fato de ter contra si, não mais apenas um credor, mas uma pluralidade de credores. Recorrendo excepcionalmente a imagem visual capaz de descrever o fenômeno, pode-se dizer que a relação processual que corria até então entre exequente e executado, abre-se do lado ativo em forma de leque. Em termos jurídicos, isto significa que se forma verdadeiro litisconsórcio ativo, de natureza especial, que pode chamar-se litisconsórcio concursual". (Enrico Tullio LIEBMAN — Processo de Execução, n. 84, p. 291-292).

Ora, todo esse panorama só é descortinado *após o concurso*, tal como nós brasileiros o concebemos. Tudo isso acontece, e só pode acontecer, *depois do concurso*. Logo, o concurso não é isso, e não pode ser isso, porque tudo isso é *resultado do concurso*. Mas convém prosseguir por escala, parcelando essa brilhantíssima exposição doutrinária, sem qualquer alteração dos termos em que foi vazada.

"Dando-se o pressuposto de fato, que acabamos de mencionar, isto é, a insuficiência de bens livres do executado para permitir que os vários credores instaurem e processem execuções distintas e individuais, torna-se necessária a reunião das várias ações executórias e executivas *numa única execução coletiva*, realizada por pluralidade de credores, em seu proveito comum".

Mas, evidentemente, isso não pode acontecer porque jamais as execuções individuais podem aglutinar-se, em transfusão recíproca, para se apresentarem como partes integrantes de uma única execução coletiva. Se não pode haver execução sem título (*nulla executio sine titulo*), de títulos distintos derivam necessariamente execuções singulares; e estas não podem consubstanciar-se sem que aqueles se unifiquem. E como unificar-se uma sentença condenatória, com eficácia formal independente (Processo de Execução, p. 45), com título de eficácia dependente de seus pressupostos substanciais? (p. 54). E como soldar-se o crédito quirografário ao hipotecário, ou ao privilegiado, ou mesmo a outro crédito quirografário semelhante, para formar-se o necessário título global, onde se baseasse a execução coletiva única? Sem fusão dos títulos, não pode haver confusão das execuções; e só por isso já a imaginada execução coletiva, qualificada como *única*, é inconce-

bível. Antes de proferida sôbre o concurso a sentença que o extingue, nem ao menos se sabe se vão ser excluídos todos os concorrentes, menos um, que continuará com sua execução singular. E nesta hipótese, qual seria o título único em que vinha sendo baseada essa única execução coletiva?

“A execução promovida por um credor transforma-se e alarga-se, de certo momento em diante, pela intervenção de outros credores; a execução, que era individual, torna-se coletiva, e chama-se concurso”.

Ora, qual é a execução que se alarga? Só pode ser aquela em que o concurso se intercalou. Mas desde que *momento* essa execução pode ser alargada pela intervenção de outros credores? Só pode ser *depois de julgado o concurso*, porque antes disso não se pode saber quais sejam, nem quantos sejam, os credores incluídos. Por conseguinte, como resultado do concurso, foi que a execução, que era individual, passou a ser coletiva, não no sentido de *única*, sim de *várias*, pertencentes a muitos exequentes. E estas diversas execuções não podem ser chamadas de *concurso de credores*, porque o concurso, intercalado no processo de uma execução individual, foi processo de cognição incidente, que se extinguiu antes delas surgirem. Enquanto o concurso não é definitivamente julgado, a execução, individual em que êle se insere não deixa de ser singular; e só pode passar a correr *ao lado* de outra *após o concurso*. Mas continuemos:

“A transformação consiste na acessão de outros credores ao lado do exequente, em posição processual de igualdade, na execução que continua correndo contra o devedor comum”.

Ora, a execução individual, que vinha correndo contra o devedor comum, teve sua marcha suspensa pela instauração do concurso de credores; e outros exequentes só se podem colocar ao lado do exequente da execução singular, em posição processual de igualdade, *depois de julgado o concurso*, quando, então, a execução que estava suspensa, pode continuar a correr contra o devedor comum.

“O exequente perde sua posição especial, para tornar-se simplesmente um dos credores concorrentes; e vice-versa os credores intervenientes adquirem posição de partes, de co-exequentes, perfeitamente equiparados ao exequente originário”.

Mas o exequente, da execução individual onde o concurso aparece como incidente, só pode perder sua posição especial, para tornar-se simplesmente um dos credores concorrentes, *depois de julgado o concurso de credores*; pois se o concurso

for julgado improcedente, pela exclusão de todos os interveientes, o exequente *conserva* sua posição especial de exequente, e prossegue em sua execução individual. Os *interveientes* adquirem a posição de partes *no concurso de credores*, isto é, no processo de cognição incidente; e só podem ser *co-exequentes* aqueles que forem incluídos pela sentença que põe fim ao concurso, se forem dois ou mais. Logo, o concurso não é *execução coletiva* porque as execuções começam a confluír depois que o mesmo é julgado.

“Nenhuma mudança ocorre, ao contrário, no sujeito passivo da relação processual: o executado continua na posição jurídica anterior, embora praticamente agravada pelo fato de ter contra si, não mais apenas um credor, mas uma pluralidade de credores”.

É claro que, *depois de acabado* o concurso, o executado *continua* na posição jurídica anterior, porque o processo de execução só pode correr mesmo contra o executado, seja uma a execução ou sejam várias. Mas, intuitivamente, o executado só pode ter contra si vários exequentes, *que foram concorrentes, depois de julgado o concurso*. É precisamente por isso é que o próprio LIEBMAN recomenda seja êle, como devedor, admitido a entrar no processo incidente de conhecimento, que é o concurso de credores, para tentar excluir, *pela sentença que julga o concurso*, algum interveiente que pretenda aparecer vestido de exequente, sem direito contra si. Vale dizer: o executado, como executado, só pode ter sua posição processual agravada, em consequência da sentença *que extingue* a relação processual de acréscimo estabelecida pela instauração do concurso de credores.

De resto, há certa incongruência do eminente mestre em configurar, aliás corretamente, os embargos do executado como incidente de cognição (pags. 112 e 317 a 319); pretender que o executado esteja no concurso de credores *como o próprio réu* (p. 297), *a embargar*, no seu modo de ver, uma execução coletiva; sustentar que “os embargos do executado são *ação*, em que o executado é *autor* e o exequente é réu, ou melhor, a ação incidente do executado visando anular, ou reduzir, a execução, ou tirar ao título a sua eficácia executória” (p. 318); e afinal não admitir que o concurso de credores seja exclusivamente incidente de cognição.

“Recorrendo excepcionalmente a imagem visual capaz de descrever o fenômeno, pode-se dizer que a relação processual que corria até então entre exequente e executado, abre-se do lado ativo em forma de leque”.

Com maior rigor de técnica deveria dizer-se que o *processo de execução* corria entre exequente e executado, porque, como se sabe, a *relação processual* se estabelece entre cada uma das partes e o juiz, e não entre elas; mas a ter-se de recorrer a essa elegante imagem visual, o que se deve dizer é que LIEBMAN abriu o seu imaginado leque antes do tempo, pois só poderia abri-lo *depois de julgado o concurso*. E isto porque, se pelo processo incidente de conhecimento, em que consiste todo o concurso de credores, forem excluídos todos os intervenientes, menos o exequente originário, não haverá varetas para compor o leque, e sem duas, ou mais, varetas, nenhum leque pode ser aberto. A menos que se trate de ventarola, mero abano de uma só vareta, ou que seja fantasiado um leque sem varetas, à semelhança daquela famosa faca de Lichtenberg, que não tinha folha, nem cabo.

“Em termos jurídicos, isto significa que se forma verdadeiro litisconsórcio ativo, de natureza especial, que pode chamar-se litisconsórcio concursual”.

Mas, evidentemente, litisconsórcio, seja de que natureza for, só se pode formar *depois de acabado o concurso de credores*, porque, então, é que todos os credores incluídos se apresentam na mesma posição de exequentes. Durante o concurso, não há, nem pode haver, litisconsórcio, porque os credores, como partes adversas, autores e réus ao mesmo tempo, em ação dupla, têm interesses opostos, tanto que um procura excluir o outro. E nenhum dêles executa o executado durante o concurso, primeiro porque êste é processo de cognição, depois porque o exequente tem sua execução suspensa, e os demais intervenientes só vão saber se podem, ou não ser exequentes, ou prosseguir como exequentes, *pela sentença que fecha o concurso*.

“Terminada a fase instrutória da execução, com o ato de desapropriação em qualquer de suas formas, e substituídos os bens penhorados por dinheiro líquido, só resta entregá-lo ao exequente” (pgs. 105 e 267 *in fine*).

Mas se a desapropriação e a conversão dos bens penhorados em dinheiro se fazem *antes* de instaurado o concurso, e a entrega se faz *depois de acabado*, como poderá o concurso ser processo de execução, sem qualquer ato executivo? Como afirmar-se que o concurso é execução coletiva, se desde sua instauração até a sua sentença final inclusive não há, nem pode haver, execuções paralelas, porque tôdas as que se iniciaram estão suspensas, e se durante o concurso não se realiza qual-

quer ato executivo? Tal como é considerado pela lei, a jurisprudência e a doutrina brasileiras, o concurso nada tem de executivo, desde que se instaura pelas citações, se desenvolve por articulados, contestações e provas dos fatos narrados, e termina por sentença de apreciação desses fatos. O único ato de execução em dependência do concurso é a entrega do dinheiro em depósito, ou a adjudicação de bens penhorados; mas tanto essa entrega, como a adjudicação ficam fora do processo do concurso, que antes terminou pela sentença que ordena a confecção do plano de distribuição, ou da necessária conta para se proceder à adjudicação. Leiam-se os arts. 1.028 e 1.030 do Código de Processo Civil. Isso não obstante, LIEBMAN insiste em afirmar que:

“O concurso não é incidente da execução (como o define a lei), mas o próprio processo de execução em sua fase final de entrega do produto, na hipótese de intervenção de credores concorrentes” (pág.293).

E, sem sombra de dúvida, não é por desconhecer a lei, a jurisprudência e a doutrina brasileiras que LIBMAN expende essa opinião. É um grande professor; processualista dos maiores que têm passado pelo Brasil; e até na Itália se impõe como mestre venerável. Deve, portanto, ter fundamento razoável para lançar sua doutrina. A esta, por isso mesmo não estamos contrapondo exclusivamente nossa fraca autoridade. O que estamos mostrando é que o modo de ver do grande mestre não se harmoniza com o direito positivo brasileiro, nem com a doutrina dominante, além de estar em contradição com várias lições da mesma obra em que se encontra.

LIEBMAN, tratando da distinção entre cognição e execução, assim conclue:

“É, pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas” (p. 81 *in fine*).

Logo depois, bate-se pela autonomia do processo de execução, mostrando que este e o de conhecimento são separados e autônomos, e ensinando que a ação

“morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença”, enquanto “a execução, na eventualidade de ser proposta, representa novo e separado processo” (p. 83).

Isso não obstante, o grande processualista entende que “as duas atividades distintas de *conhecer* e *executar* podem reunir-se e misturar-se em único procedimento, exami-

nando-se e resolvendo-se as dúvidas e as questões, a medida que surgirem; ou podem separar-se e suceder-se numa ordem nem sempre fixa e invariável" (p. 24).

E, por essa mesma razão, afirma que ação executiva se caracteriza por ser *mista*, de cognição e execução (p. 49).

Já havia dito na página anterior que

"as atividades da cognição e da execução podem achar-se reunidas em um único processo" (p. 48).

Admite, portanto, o eminente mestre a possibilidade de processo *misto*, considerado em seu todo como executivo. É o que se vê nesta passagem:

"O processo, iniciado por ato executivo e continuado depois pelos atos executivos sucessivos, deve ser considerado em sua unidade e, portanto, definido como processo executivo; a fase declarativa, falha, como é, de qualquer autonomia, encontra-se encaixada nesta unidade, como parte sua necessária, como anel da corrente, como passagem obrigatória do *iter* executivo. Por conseguinte, ao processo como um todo não se pode negar o carácter de executivo: a fase declarativa que nêle se contém não lhe altera a destinação principal, se bem que o distinga do processo de execução puro e simples" (p. 52).

É, por essa razão, que o grande processualista vê no concurso de credores, não uma ação executiva, mas um processo de execução misto, composto de duas fases, consistente a de cognição na verificação e classificação dos créditos, e a da execução exclusivamente no levantamento do dinheiro depositado. Assim se explicam estas suas palavras:

"O que realmente tem carácter de incidente é a fase de cognição, que encontramos no concurso, para verificação dos créditos e das preferências (p. 293). O concurso "na sua fase decisória é também processo de cognição" (p. 111 *in fine*); "esta fase tem natureza do processo de cognição" (p. 156).

Então, para podermos argumentar, vamos prosseguir, tendo por certo que, para LIEBMAN, o concurso *não tem carácter de incidente de cognição*, ou processo que se encaixa em outro, sim é um mesmo processo de execução coletiva misto, que começa por uma fase de cognição, e acaba por fase de execução, consistente esta exclusivamente no levantamento do dinheiro, ou na adjudicação dos bens.

Mas o mesmo LIEBMAN, na mesma obra que vem sendo transcrita, desautoriza essa conclusão, pelas seguintes frases:

“O concurso de credores “representa a fase final da execução (p. 111); a intervenção de credores concorrentes dá lugar à abertura de fase especial *do processo*”; “o concurso não é incidente da execução (como o define a lei), mas o *próprio processo de execução em sua fase final* de entrega do produto, na hipótese de intervenção de credores concorrentes” (p. 293).

Por essa forma, o grande mestre se mostra vacilante. Fase final da execução? Qual? O próprio processo de execução? Qual? O da execução individual, que vinha sendo movimentado pelo exequente? Ou outro diverso, misto, de execução coletiva, que teria sido iniciado pela instauração do concurso e vai abranger a entrega do produto? Em que momento o depósito do produto que foi feito na execução individual deixa de pertencer a êsse processo e passa a ser parte integrante da imaginada execução coletiva? LIEBMAN não esclarece êstes pontos satisfatoriamente. Além disso, como agravante, em o nº 26, sob a epígrafe “PROCESSOS INCIDENTES DE CONHECIMENTO”, afirma que “o carácter comum dêsses processos incidentes é que *correm em plano diferente da execução*, isto é, fora do alcance da eficácia executória do título”; e a seguir menciona, como processos incidentes, a liquidação, os embargos do executado, e o concurso de credores (p. 110 a 112).

Caracterizando os processos incidentes de cognição, sustenta que os mesmos se regem pelas normas do processo ordinário,⁸ enquanto não houver disposição expressa em contrário; têm por objeto uma lide, apresentando estrutura contraditória, com partes em igualdade de condições; terminam por sentença, e esta é recorrível (p. 112). Mas, se assim é, o concurso de credores não pode deixar de ser processo *incidente* de cognição; sendo processo incidente, tem de ser intercalado nalgum outro, porque não pode incidir em si mesmo. E êsse outro processo em que se encaixa só pode ser o da execução individual, que vinha sendo movimentado pelo exequente, que primeiro penhorou os bens.

Não pode ser *fase* de cognição do processo misto de execução coletiva imaginado por LIEBMAN (em oposição às suas próprias afirmações), por mais de uma razão. Primeiro porque essa imaginada execução coletiva, única, não chega a exis-

(8) Esta regência pelas normas do processo ordinário era exatamente um dos motivos por que afirmavam PEREIRA E SOUZA e RAMALHO que o concurso de credores já não era com o executado, mas apenas entre os credores que se institua novo juízo.

tir por falta de título único em que se basêie, como acima ficou demonstrado. Aliás a idéia de uma única execução coletiva, mista, é incompatível com a imagem visual de um leque de execuções aberto sôbre o mesmo executado. Se as execuções são várias, o concurso não pode ser execução única; e se o concurso é execução coletiva única, não vem a pêlo a imagem do leque. Segundo porque, ainda no caso de ação executiva, como processo misto, as coisas não se passam como se a cognição não fosse incidente. Veja-se o que acontece na ação executiva: depois de feita a penhora, é que *se suspende* o processo executivo, aí iniciado, para que se entre na fase de conhecimento; e só depois de fechada esta, pela sentença que julgue a ação *procedente*, é que se continua na execução pela avaliação dos bens e atos subseqüentes (art. 957 do Código de Processo Civil). No concurso de credores, seja êste julgado *procedente*, ou *improcedente*, passa-se ao levantamento do depósito, por mais de um credor, na primeira hipótese, apenas pelo exequente, na segunda. Relativamente ao processo de execução, o processo de cognição pode aparecer como preliminar ou preparatório (liquidação de sentença), ou como incidente (embargos do executado, ou de terceiro). Enquanto não se conclue o processo de liquidação o processo de execução não se inicia. Depois de iniciado o processo de execução, o de embargos do executado, ou de terceiro, aparecendo como incidente de cognição, *suspende* o curso do processo de execução, até que os embargos sejam julgados, porque se forem *procedentes* a execução se desfaz. Assim também acontece, com o concurso de credores, *que suspende* o curso de uma execução que vem sendo movida. Durante o processo do concurso de credores, o processo de execução onde êle se encaixa *está suspenso*, e só poderá prosseguir *depois de julgado, depois de acabado o concurso*, tal qual como acontece com o processo de embargos, sendo êstes de terceiro com relação a todos os bens, ou apenas com relação a determinado bem. O concurso pode ser julgado *procedente* com inclusão, ou exclusão, do exequente; ou *improcedente*. Nesta última hipótese, prossegue-se na execução *suspensa*, levantando o exequente o que lhe couber; na primeira hipótese prossegue-se na execução *suspensa*, levantando o exequente e outros credores as quotas a que tenham direito; e no caso de exclusão do exequente, o depósito será levantado por outro credor, ou por vários outros.

Por tudo isso, em oposição a LIEBMAN, ousamos continuar a entender que o concurso de credores é processo incidente de conhecimento encaixado numa execução singular.

LIEBMAN supõe que o conceito de concurso de credores que nos veio do direito clássico português sofreu transformação, ao deixar de ser concurso de preferências, para tornar-se concurso de credores (p. 280 *in fine*), pois, no seu entender, antes dessa suposta transformação, limitado às preferências, “concebidas estas como direitos contra os credores concorrentes”, podia efetivamente afigurar-se *como incidente*; desde, porém, que ficou também aberto aos credores quirografários, “portadores de títulos executórios extrajudiciais, que dão lugar a execução imediata” (p. 83), mudou completamente sua natureza, quer haja de fato, quer não, protesto pelo ratêio” (p. 293).

Ainda neste ponto, ousamos discordar do eminente mestre. A verdade é que o concurso, antes apenas de credores preferentes, *continuou a ser de credores preferentes e privilegiados*, e passou a ser *também* de credores quirografários. Isso, porém, em nada pôde alterar a noção, ou a natureza, do concurso, como processo de conhecimento *entre credores*, pois o quirografário que procura afastar outro quirografário exerce ação perfeitamente igual à do preferente que pretende remover outro preferente, isto é, tal qual como este, bate-se por se colocar em melhor situação, arredando do concurso alguém que lhe está a impedir pagamento mais vantajoso, ou integral, de seu crédito. A insolvência do devedor mostra intuitivamente que quanto maior fôr o número de credores admitidos, menor será o quociente garantido, embora os credores sejam todos quirografários. A permissão de ingresso do quirografário no concurso de credores, em nada alterou o conceito deste, nem, muito menos, o converteu em ação executiva. Quando muito poderá ter aconselhado também a entrada *do devedor*, para atacar, impugnar, os créditos sobre os quais antes não se tenha pronunciado. Em qualquer hipótese, com ou sem quirografários no concurso, o que está em jogo entre os credores é a validade do crédito *contra terceiros*; e contra o devedor pode haver sentença condenatória.

LIEBMAN expõe doutrina em completa divergência com o nosso direito positivo, confundindo concurso de credores com confluência de execuções e ações executivas sobre o produto de uma delas, ou de várias; e porisso mesmo sua teoria não vem para a noção brasileira de concurso, a qual sempre foi, e continua sendo, esta: é o juízo instituído entre credores do mesmo devedor, para verificação e julgamento do direito, que algum, ou alguns, dizem ter, de se pagarem primeiro (ou ao mesmo tempo) que os outros (PAULA BATISTA).

9 — BUZAIID, em erudita dissertação, intitulada “Concurso de Credores no Processo de Execução”, obra que ficará no direito brasileiro como imperecível monumento de saber jurídico, diverge de LIEBMAN, apresentando o concurso como processo executivo cumulativo. Começa por afirmar que três, ou dois, são os momentos fundamentais da execução: a penhora, a venda e a entrega do produto; ou a penhora e a adjudicação, para concluir assim: quando, em execução singular, são penhorados e vendidos, ou devem ser adjudicados, bens do executado insolvente, terceiro credor vem promover *novo processo executivo cumulativo*, contra o devedor, disputando com o exequente o valor dos bens, ou êstes em espécie. Parece melhor transcrever suas palavras:

“Isso significa que, mediante o protesto, terceiros, que são credores do devedor comum, pretendem haver o seu crédito disputando o preço depositado, pelo que a intervenção dêles determinará a abertura do concurso de credores. Dá-se aí não uma simples ampliação subjetiva da lide, antes a formação de um novo processo, denominado *concurssual*, do qual passa a depender a entrega do preço, pois enquanto não é julgado o concurso não se realizará o levantamento. Os efeitos da intervenção de terceiro, abrindo o concurso, são, portanto, os de (a) propor nova lide, (b) sobreestar a entrega do preço ao credor originário, e (c) deslocá-la para o novo processo, que é *concurssual*”.

“Quaisquer que sejam os credores, quer os titulares de dívida líquida e certa, que legitime a ação executiva, quer os titulares de sentença condenatória em quantia certa, uma vêz aberto o concurso, não mais poderão exercer a ação executiva ou executória, penhorando os mesmos bens já penhorados na execução singular. Segundo o disposto no Código, art. 1.018, deverão, mediante o protesto, ingressar no concurso. Isto significa que a ação executiva, ou executória, que normalmente, em processo singular, confere a penhora, em face do concurso de credores, sofre uma transmutação em seu efeito, sem contudo, perder a natureza executiva: *confere o direito ao protesto*”

“Qual a índole dessa ação? Embora provida de sanção executiva, não se inicia pelo ato de penhora, antes pelo protesto, pedindo a admissão no concurso. Sua fase necessária e última é a entrega do produto por inteiro ou proporcional, de acôrdo com a suficiência dos bens e intensidade da

ação. A esta denominamos *ação executiva concursual*, com o objetivo de distingui-la da outra, que é a *ação executiva singular*".⁹

Mais adiante, insiste:

"O processo concursual é, por sua índole, *executivo cumulativo*. Este é o seu elemento *necessário*. Mas pode ter uma fase de cognição meramente *eventual*. Esta se caracteriza pelas impugnações que os credores podem oferecer, conhecida comumente pela denominação de "disputa entre credores".

BUZAIID, como se vê, imagina que à margem da execução singular, que vinha sendo movida, surge novo processo executivo cumulativo, continente de um feixe de execuções, inclusive uma, proposta pelo exequente, que foi deslocado de sua execução singular para esta cumulativa. Diz mesmo claramente a pág. 34-35 que o concurso "é por índole um feixe de ações e de execuções sobre os bens penhorados". De tal sorte, a execução singular que vinha sendo processada ficará sempre como vara fóra do feixe, enquanto para este entrará o exequente com outra vara. E só isto já seria bastante para mostrar que, em face da lei, da jurisprudência e da doutrina brasileiras, a teoria de BUZAIID é manifestamente insustentável: não há possibilidade de imaginar-se o concurso como feixe de execuções e ações executivas a fluírem paralelamente em rumo ao preço depositado em execução singular.

O próprio BUZAIID ensina muito bem que "as relações jurídicas entre credor e devedor são, de ordinário, resolvidas mediante satisfação espontânea pelo obrigado. O cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento a exceção". (p. 12). "No direito moderno, o devedor se obriga pecuniariamente, mas seu patrimônio é que responde (p. 13), pois "o direito do credor, de fazer-se pagar é diverso do poder de tomar aquilo que lhe não foi pago" (p. 22). "Se o devedor não paga a dívida no vencimento, surge para o credor a necessidade de recorrer ao poder judiciário, a fim de não sofrer um dano injusto" (p. 25).

Ora, o credor, não pago espontaneamente pelo devedor, vendo este executado por outro credor e não encontrando bens suscetíveis de penhora, que poderá fazer? Pedir ao Estado que faça aquilo que o devedor não fez: entregar-lhe em pagamento, senão a totalidade, pelo menos parte, do que lhe é devido. BUZAIID aceita a lição de CARNELUTTI no sentido de que o credor tem direito processual ao quociente, ou dividendo, não

(9) ALFREDO BUZAIID — *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*, p. 238-239-240.

contra o devedor, nem contra os demais credores, sim *contra o Estado*, por intermédio do juiz. É o Estado que, havendo arrecadado, ou recebido, o dinheiro do devedor, pela liquidação, que fêz, de seus bens, deve dêsse dinheiro uma parte a cada credor (p. 30).

O credor, portanto, não podendo receber do devedor, volta-se contra o juiz para obter levantamento da quantia correspondente ao seu crédito; mas o juiz não pode mandar entregar a quantia pretendida, sem verificar se a pretensão do credor é legítima, não só contra o devedor, como também, por estar êste insolvente, *principalmente em relação aos demais credores*.

O concurso de credores é, então o processo adequado a essa verificação. É a ação *de cognição*, de pura verificação, preparatória do pagamento, ou levantamento do dinheiro em depósito. Não é leque, nem feixe de execuções contra o devedor; tanto assim que os portadores de sentenças proferidas contra o devedor como executado embargante não podem deixar de entrar no concurso, para que seus créditos sejam, ou não, declarados válidos *relativamente aos demais concorrentes*. O próprio exequente, que já chegou ao fim da execução onde se vai encaixar o concurso, neste deve entrar; e pela sentença final do concurso *pode até ser excluído*.

E não se pode explicar como o exequente, que já chegou ao fim de um processo executivo singular, tenha necessidade de entrar noutro processo executivo cumulativo, movido contra o mesmo executado, conforme a imaginação de BUZARD, pois processo executivo, seja cumulativo ou singular, só pode existir entre partes: exequente e executado.

Tão obcecado ficou êsse eminente autor pela idéia de execução cumulativa, que não trepidou em afirmar que o concurso de credores *pode ter* uma fase de cognição *meramente eventual* (p. 240). No seu entender, pode haver concurso de credores sem fase de cognição, porque sua natureza é executiva, concentrada na entrega do preço ou na adjudicação dos bens. Mas, basta ler os arts. 1.017 a 1.030 do Código de Processo Civil para se ver que o concurso de credores nada, *absolutamente nada*, tem de executivo. Ao contrário do que supõe BUZARD, o processo de cognição, que no concurso se encontra, não é *eventual*, no sentido de casual, fortuíto, contingente, incerto, que pode, ou não, existir, pois, na realidade, só nessa fase de cognição está todo o concurso de credores. Êste, fora da cognição, ou sem a cognição, não existe. Se desde a instauração do concurso até seu julgamento final, não se pratica

qualquer ato executivo; se a sentença que fecha o concurso, extinguindo a relação processual de cognição, é de pura verificação e classificação de créditos, como será possível insistir em que o concurso de credores é processo executivo? O concurso de credores nada tem de ação executiva, ainda mesmo quando aí se admita a presença do devedor, a impugnar créditos, por ser mais conveniente e útil, mais rápido e mais econômico, ouvi-lo *durante* o concurso, do que *depois* de julgado êste, pois, como todos sabem, mesmo nas execuções, os embargos do executado são discutidos e julgados em processo de cognição, aliás por êle proposto, como autor.

Basta considerar que pode haver concurso de credores, sem possibilidade de defesa do devedor, para se ver que êsse processo não pode ser continente de ação executiva cumulativa contra o devedor. Suponha-se que um credor quirografário obtenha sentença condenatória, penhore bens do devedor, e os embargos à penhora sejam julgados improcedentes. Pela arrematação, verifica-se que os bens penhorados não foram suficientes para extinguir o débito. O devedor está insolvente, mas há outra execução de quirografário, contra o mesmo devedor, baseada em título simulado. Protesta, então, aquele credor por concurso; e neste evidentemente o executado não terá possibilidade de articular mais nada, porque em ambas as execuções seus embargos já foram julgados improcedentes. No concurso, um dos exequentes vai atacar o título do outro, e com êsse ataque nada tem a ver o devedor executado, porque sua responsabilidade processual é integral por qualquer das execuções, não podendo alegar a simulação de que êle mesmo participou. Que ação executiva cumulativa será essa, de um credor contra outro, e em que o executado não pode oferecer embargos? Como dizer-se que cada um dos concorrentes foi deslocado de sua execução singular para nova ação executiva cumulativa contra o executado?

Se o próprio BUZAIID assinala como "momentos fundamentais" da execução: a penhora, a venda e a entrega do produto, ou a adjudicação, como pode admitir ação executiva cumulativa, sem penhora, sem venda, sem entrega do produto e sem adjudicação? Sim, porque nada disso se faz *durante* o concurso: a penhora e a venda se fazem *antes*, a adjudicação e a entrega se fazem *depois*; o concurso fica no meio: isto é, intercalado, como processo de cognição incidente, numa das execuções.

Para apresentar o concurso como feixe de execuções acumuladas contra o mesmo devedor, BUZAIID afirma que cada concorrente inicia a sua execução pelo protesto, o que logo

entra em choque com o disposto nos arts. 1.021 e 1.025 do Código de Processo Civil que mostra começar o concurso *pela citação* dos credores. Pelo protesto não se inicia o concurso, e sim apenas o credor se inscreve como candidato. Protesto é firme propósito, ou afirmação solene, de pretender concorrer, pelo que protestar por concurso vem a ser declarar solenemente o firme propósito de instaurar o concurso, ou de participar dêste, em ocasião oportuna. Sem dúvida, essa declaração produz o efeito de impedir o levantamento do preço (art. 1.022 do Código de Processo Civil), mas isso não significa que pelo protesto se inicia o concurso, mesmo porque os protestos podem ser feitos em datas diferentes. Além disso, o exequente participa do concurso, e por este não protesta. Mais ainda: pode haver concurso de credores *sem protesto*, sem se falar no caso do art. 929 do Código do Processo Civil, na hipótese dos arts. 947 e 977 § 2º letra *c* do mesmo código.

A teoria de BUZARD se funda na suposição de que, por ser a entrega do produto, ou a adjudicação, momento fundamental da execução, ato essencialmente executivo, a essência executiva dêsse ato impregna todo o processo do concurso, *que lhe é anterior*. Mas é preciso ver que a entrega do produto, ou a adjudicação, é fase final *da execução singular*, é o último "momento fundamental" *da execução onde se encaixa o concurso como incidente de cognição*.

O credor concorrente vem pedir ao juiz que não entregue *ao exequente* todo o produto de sua execução. E assim como os próprios embargos do executado suspendem o curso da execução, como incidente de cognição, sem que os "momentos fundamentais" da execução onde surgem lhe transmitam sua essência executiva, assim também o processo do concurso de credores suspende o curso da execução singular, sem que os "momentos fundamentais" desta lhe transmitam qualquer essência executiva. O processo dos embargos do executado apenas externamente está ligado ao da execução, não, porém, internamente, pois é incidente de conhecimento, *que suspende a execução*, entrando o executado a agir *como autor*, em *nova instância* sobre a mesma causa. O concurso de credores é, também, incidente de cognição, que suspende o curso da execução onde se encaixa, para se verificar, ou resolver, a quem deve ser entregue o produto *dessa execução*. As atividades judiciais *de conhecer* e *de executar* são essencialmente diversas, e uma não pode transubstanciar-se na outra, ainda quando estejam misturadas no mesmo processo. Ora, no concurso de credores, desde sua instauração até sua sentença

final inclusive, nem um ato de execução se pratica: o concurso, como processo de conhecimento, é um todo, completo. Precede a adjudicação, ou a entrega do produto, e nesta inflúe, como processo preparatório, entretanto a natureza executiva da entrega do produto, ou da adjudicação, jamais poderá converter o concurso de credores em processo executivo, seja de que espécie fôr. E o eminente professor BUZAIID pretende deslocar o momento final *da execução singular*, onde se encaixa o concurso, para outra imaginada execução cumulativa, supondo que um ato judicial de execução pode converter em executivo um juízo de conhecimento, quando isto é intuitivamente impossível.

Ainda mesmo quando admitida a entrada do devedor no concurso de credores, para impugnar créditos sôbre os quais ainda não tenha sido judicialmente ouvido, a discussão e julgamento da pretensão do credor e da contestação do devedor não convertem algumas das varetas do leque imaginado por LIEBMAN, ou algumas das varas do feixe idealizado por BUZAIID, em ações executivas. Em primeiro lugar, o concurso não é processo instaurado principalmente contra o devedor, sim precipua e necessariamente entre credores, uns contra os outros. E de poder o devedor atacar créditos, por assim dizer, longitudinalmente, o fundamento principal do concurso não deixa de ser a possibilidade de atacarem os credores os mesmos créditos, por assim dizer, transversalmente, em razão da insolvência do devedor. O objeto direto do concurso é a validade de cada crédito *relativamente a terceiros*, que são os concorrentes, nada importando que o objeto indireto possa ser *eventualmente* o vigor deste, ou daquele, crédito, *relativamente ao devedor*. Certo crédito pode ser válido contra o devedor, e inoponível a terceiro, credor concorrente. BUZAIID, como grande mestre, que é, vê corretamente que estando o devedor insolvente, pode o credor portador de título que dê direito a ação executiva ficar tolhido de intentá-la, por não encontrar bens penhoráveis; mas logo em seguida passa a imaginar infundadamente que a ação executiva, que normalmente confere direito a penhora, "em face do concurso de credores, sofre uma transmutação em seu efeito, *sem contudo perder a natureza executiva: CONFERE DIREITO AO PROTESTO*" (pág. 240); e vê, então, no concurso, um feixe de execuções e de ações executivas *contra o devedor*. Entretanto, conformemente ao que está na lei e ao que acontece na prática, o que se deve dizer é que, nesse caso, o credor não pode mais exercer sua ação executiva, por falta de bens penhoráveis, mas em compensação, sem qualquer prejuízo, até mais rapidamente,

poderá servir-se do próprio processo do concurso, que é de cognição, para, *ao mesmo tempo*, acionar o devedor, obtendo sentença condenatória exequível, tal qual como acontece em ação ordinária de cobrança, e sujeitar seu crédito a exame e impugnação dos demais credores. BUZAIID, mostrando o concurso de credores como execução cumulativa *contra o devedor*, desvirtua sua principal finalidade, que é a de verificar a oponibilidade do crédito de cada concorrente aos demais. O concurso de credores, no Brasil, sempre foi, e é, processo que se desenvolve *entre credores* simultaneamente como autores e réus, em ação dupla. Em segundo lugar, a apreciação judicial da relação obrigacional entre o credor e o devedor, dando lugar à condenação dêste a pagar o débito, não pode transformar o processo de cognição em processo executivo. A teoria de BUZAIID está implicitamente assentada na suposição de que só se pode receber d'nhheiro em juízo por meio de ação executiva, quando isto não é exato. Após o concurso, o juiz manda entregar dinheiro do devedor aos credores incluídos pela sentença final, mas o concurso não é ação executiva, nem execução de sentença. Acabado o concurso, o credor incluído pede levantamento da quantia correspondente a seu crédito, ou adjudicação, mas este pedido não caracteriza como processo executivo o concurso *que antes se extinguiu*.

Esse eminente autor tão enleado foi pela idéia de ação executiva que postergou a estreita afinidade entre a entrega de dinheiro após o concurso de credores e depois da ação de consignação em pagamento intentada por haver ignorância, ou dúvida, sôbre quem deva receber, aparecendo mais de um pretendente. Disse até que o legislador não foi feliz em mandar observar nesse caso o processo do concurso (pág. 198), quando, na verdade, o legislador andou acertadamente.

10 — Ação é direito público subjetivo do cidadão contra o Estado, para dêste obter proteção jurídica (GOLDSCHMIDT). Basta a existência da relação social, de fato, imprôpriamente denominada direito subjetivo, para que a ação exista em potência, não como elemento dessa relação social, desse fato, ou direito subjetivo imprôpriamente dito, mas como direito subjetivo diverso, público, do mesmo titular daquela relação social. Qualquer anormalidade na relação social, na situação de fato, ameaçada ou violada, determina o poder de reação, no sentido de defesa. E esta se manifesta objetivamente pela intervenção do poder público, sempre que o fato oficialmente verificado legitime tal interferência, porque os particulares não podem fazer justiça pelas próprias mãos. Ameaçada ou

violada qualquer situação de fato juridicamente apreciável, o titular desta, não podendo fazer justiça pelas próprias mãos, toma a posição de sujeito *ativo*, e o Estado, em regime de justiça pública, se encontra na posição de sujeito *passivo*, como devedor de proteção àquela situação de fato, ameaçada ou violada. O poder de pedir a proteção do Estado é que se chama *direito de ação*.

O concurso de credores, portanto, é o remédio que tem o credor para exercer esse poder de pedir ao juiz que lhe garanta, senão todo o valor de seu crédito, pelo menos uma parte do valor dos bens do devedor, impedindo outros credores de lhe desfalcarem esse quociente. Assim é que, na instância do concurso, cada um dos credores é autor e os demais são réus, reciprocamente; e a relação processual complexa se estabelece da seguinte forma: cada credor concorrente (inclusive o exequente, que deixou à margem sua execução) baseado em seu respectivo crédito, na insolvência do devedor, e no princípio de que os bens deste são garantia comum, exige do juiz, porque não pode conseguir pelas próprias mãos, que faça cada um dos outros credores respeitar, como deve, a parte que pretende retirar do produto dos referidos bens. O juiz, órgão do Estado, em regime de justiça pública, é o sujeito *passivo* da relação processual; cada credor concorrente, como autor, é sujeito *ativo* dessa relação, e como réu é também sujeito *ativo* dessa mesma relação que, no caso, é complexa. Os credores são *partes*, e entre as partes não há relação processual: esta com pluralidade de partes se forma em ângulo, ficando no vértice o juiz, como único sujeito *passivo*, e nos lados as partes litigantes como sujeitos *ativos*.

O objeto do concurso de credores consiste apenas em *verificar* qual seja a parte do valor, insuficiente para todos, que deve tocar a cada um. O fim dos credores concorrentes é, claro, o de receberem o que lhes é devido pelo executado, mas na instância do concurso esse fim é *mediato, remoto, indireto, distante*, pois não é nesta instância que hão de cobrar e receber o devido, mas em instância de *execução, depois de encerrado o concurso*.

No concurso, que não é ação de cobrança, os credores, inclusive o exequente, não vêm pedir levantamento de dinheiro, ou adjudicação de bens: cada qual visa exclusivamente obstar, impedir, embargar entrega de dinheiro, ou adjudicação de bens, a que julga ter direito. A êste respeito é estreita e manifesta a afinidade existente entre o concurso de credores e os embargos de terceiro senhor e possuidor. Aqui, para evi-

tar mal entendidos, deve ficar bem claro que não se está afirmando que concurso de credores seja a mesma coisa que embargos de terceiro; apenas, para esclarecer o assunto, está sendo apontada certa *analogia* entre os dois processos; e analogia, como se sabe, é relação de semelhança *entre coisas diferentes*.

O concurso não é ação de cobrança de dívida: o credor não se apresenta *para cobrar judicialmente* o que lhe é devido, mas apenas para impedir que outrem se apodere da parte dos bens do devedor correspondente a seu crédito, parte essa que continuará depositada, até que a ação de cobrança se volte, ou que a execução do exequente continue, *contra o executado, depois de julgado o concurso*. Relativamente à cobrança judicial, o concurso é processo preparatório. E justamente por isso sua sentença final apenas exclue os créditos imprestáveis e classifica os bens; mandando organizar o plano de distribuição do dinheiro em depósito, ou mandando fazer a necessária conta e apurando as preferências se caso fôr de se fazer adjudicação dos bens (arts. 1.028 e 1.030).

11 — Visto, como ficou, que o concurso de credores não é litígio com o devedor executado, não é execução de sentença, não é junção incidente de execuções contra o mesmo devedor, nem confluência de ações de cobrança, porque autores e réus são os *credores*, que uns aos outros nada devem; visto, como ficou, que o concurso de credores é juízo de conhecimento, em relação processual autônoma; juízo de verificação, onde aparecem os credores reciprocamente como autores e como réus; deve-se agora examinar se o *devedor*, o executado, pode, ou não, participar desse processo *entre credores*. Evidentemente o devedor não pode *concorrer* com seus credores, mas isto não obstante sustentam muitos bons autores que o executado pode, e até deve, intervir no processo de concurso de credores.

AFONSO FRAGA, por exemplo, afirma que é manifesto o direito que assiste ao executado para intervir no concurso, atacando créditos, no mesmo prazo, e pela mesma forma que os concorrentes, removendo supostos credores admitidos por conlúio com legítimos, para absorção total do produto da praça.¹⁰ E neste sentido o Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal era expresso: "Ao executado é permitido... dizer por petição sobre as reclamações apresentadas por seus

(10) AFONSO FRAGA — *Teoria e Prática na Execução das Sentenças*, p. 312.

credores, juntando documentos, se os tiver" (art. 1.102, parágrafo único). O Código de Processo Civil não fala em citação do executado para o concurso, nem faz referência ao executado nos arts. 1.025 e 1.026, falando apenas no art. 1.025, parágrafo único, *in fine*, que "as alegações e impugnações ficarão em cartório, pelo prazo de cinco dias, para exame dos interessados". E daí a dúvida, porque ninguém jamais discordou de que é legítimo e respeitável o interesse do devedor em impedir que supostos credores se apoderem de seu dinheiro, ou de seus bens; e seria absurdo que o direito permitisse entregar dinheiro, ou adjudicar bens do executado, a credores cujas pretensões não puderam ser contestadas pelo mais direito interessado em contestá-las, que é o devedor, proprietário dos bens. E essa dúvida consiste apenas em resolver se o executado deve ser ouvido *durante* o concurso, ou *depois* deste, se não houver sido *antes*. A questão é apenas de momento, ou oportunidade; porque a defesa é indispensável, e disto ninguém duvida.

A tradição do direito brasileiro é no sentido de se ensejar essa oportunidade *após* o concurso. PEREIRA E SOUZA, nas Primeiras Linhas, edição de 1836, dizia: "recebidos os artigos, contestam-se mutuamente (são neste concurso autores e réus, reciprocamente, todos os concorrentes, formando cada um os seus artigos de preferência, contestando depois os dos outros), e se procede segundo a forma regular até à final sentença (esta forma é a ordinária; a razão disto é porque a demanda já não é com o executado, mas é privativa dos credores entre si, que instituem um novo juízo)".¹¹ Em a nota 940, da mesma obra, dizia textualmente: "a parte que obteve a sentença no juízo da preferência não pode levantar o dinheiro do depósito senão em virtude de sentença que extraiu do processo". Ainda na edição de 1879 se encontra o seguinte: "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 de sua graduação, sempre necessita de sentença para poder receber o dinheiro depositado" (nota 940). TEIXEIRA DE FREITAS anotando PEREIRA E SOUZA, na edição de 1879, indica as peças que deve conter a carta de sentença de artigos de preferência (nota 708), assunto também contido no art. 1.211 da Consolidação de RIBAS, e no art. 486 do Regulamento 737 de 1850. E tudo isso mostra,

(11) PEREIRA E SOUZA — *Primeiras Linhas*, edição de 1836, nota 940, Tomo III, p. 85; edição de 1879, Tomo III, nota 708, pág. 7, nota 845 *in fine*, p. 90 e pág. 92.

isto é, conduz a entender-se que o procedimento dos concorrentes contra o devedor, assim como a defesa dêste contra aquêles, *era posterior ao concurso*. Se êste não era execução, mas *ação ordinária, privativa dos credores entre si*; se qualquer concorrente, para poder levantar o dinheiro do depósito precisava de carta de sentença extraída do processo do concurso; se carta de sentença não serve para outra coisa que não seja basear uma execução; parece claro que a atividade executiva dos concorrentes contra o executado foi sempre, como continua sendo, *posterior ao concurso*. E o momento de ser executado é que se afigura oportuno para o devedor se defender.

RAMALHO também dizia: “Finda a contestação, segue-se a réplica e a tréplica, observando-se a respeito dêste incidente a forma do processo ordinário; porque não é com o executado, e sim com os credores entre si, que se institue um novo juízo”.¹²

E ainda em 1923, ensinava MARTINHO GARCEZ: “Não é necessário ser citado o executado, nem pode ser êle ouvido no concurso”.¹³

Por tudo isso, foi que o Código do Processo Civil do Estado de Minas Gerais, no ano de 1922, estabilizou o direito jurisprudencial, não admitindo no concurso de credores a intervenção do devedor. No art. 1.415 só mandava citar os credores; no art. 1.416 só permitia articulados de credores, no prazo de cinco dias; e no art. 1.417 somente admitia impugnações de credores articulantes, com esta cláusula bem significativa: “podendo também o *exequente* oferecer artigos e contestar os artigos dos outros credores *em último lugar e dentro de igual prazo*”. Não havia, portanto, lugar nem tempo para o executado articular e contestar.

Confessamos que em nossos modestos Comentários ao Código de Processo Civil não vimos modo de libertar-nos do pêso dessa tradição. Não encontrando nos arts. 1.025 e 1.026 do Código de Processo Civil qualquer referência ao executado, supuzemos que a defesa dêste *só pudesse* ser articulada *após* o concurso por ocasião de pretender o concorrente não exequente levantar o produto da arrematação, ou adjudicar os bens. Por isso foi que escrevemos: a ação do executado contra

(12) RAMALHO — *Praxe Brasileira*, edição de 1869, p. 690.

(13) MARTINHO GARCEZ — *Das execuções de sentenças*, vol. II, p. 59.

os credores concorrentes é *sempre posterior ao concurso*. Encerrado êste, pela sentença final, os credores que triunfaram (a não ser o exequente só podem obter, nos mesmos autos, levantamento de dinheiro, ou adjudicação do que foi reservado para seu crédito, *com o consentimento do devedor*. Se êste, ouvido, não concordar, será remetido o credor concorrente para a via executiva, e terá, então, de assinar ao devedor, em auto apartado, baseado em mandado executivo, o quinquídio legal para embargos, visto que o devedor, não podendo repelir por si a pretensão do credor, tem a faculdade de submeter sua pretensão ao conhecimento, apreciação e tutela do Poder Judiciário. E o credor tem que assinar êsses cinco dias para embargos, sem penhorar a parte que pretende lhe competir, porque, embora, pelo julgamento do concurso, a penhora se retráia e se limite à parte *do exequente*, continuam em depósito judicial as partes dos concorrentes, e a repetição de atos de apreensão e depósito de bem já apreendido, ou dinheiro já depositado, seria aparatosa inutilidade.

O sistema anterior, pelo menos no Estado de Minas Gerais, era êsse, e funcionava sem transtornos irremediáveis. Não havia sequer o embargo imaginado por LIEBMAN, nêstes termos: "Se fosse exato que a contestação do executado só pode ser suscitada depois de julgado o concurso, a quem aproveitaria a exclusão de um credor? O ilustre magistrado e comentarista do Código não o diz, embora seja questão importante; ao devedor, evidentemente não, mas se aos credores, em que forma, visto como o concurso já estaria terminado"?¹⁴ A resposta é fácil: a forma será a mesma pela qual os credores se beneficiam quando a sentença sôbre o concurso manda incluir determinado credor, e por fôrça de recurso o Tribunal de Justiça manda depois excluí-lo. É o que se encontra no art. 1.029 do Código de Processo Civil.

Entretanto, atento reexame do assunto, provocado pela crítica serena e inteligente, com que fomos honrados pela publicação de nossos Comentários, mostra que, não por ser lógico, sim por ser mais conveniente, deve-se ouvir o executado *durante* o concurso, e não depois dêste, tal como antigamente se fazia.

Simétrico será impedir que o devedor intervenha no concurso de seus credores; logicamente, solução exata será ouvi-lo sempre após o concurso; mas acontece que o direito nada

(14) ENRICO TULLIO LIEBMAN — *Processo de Execução*, p. 298.

tem a ver com a lógica, e sim deve ser conforme à vida. No expressivo dizer de JOHN WU, “o âmbito do direito é maior que o da lógica, e a vida abrange mais que o direito, pelo que êste deve positivar-se em termos de refletir, com a maior aproximação possível, o sentido da vida em ação”.¹⁵ Já os romanos diziam *jus est ars boni et aequi*, isto é, o direito é a sistematização do que é conveniente e útil. Além disso, tratando-se de norma processual, de conteúdo técnico jurídico, instrumental ou secundária, que só existe em função de outra, a solução mais facilmente pode fugir da lógica para se ajustar ao que for mais conveniente e útil; aliás a nobre função da doutrina e da jurisprudência é precisamente a de vivificar e melhorar a lei, adaptando-a ao direito.

LOPES DA COSTA viu claramente a conveniência de se ouvir o executado *durante* o concurso, encontrando na palavra “interessados” empregada pelo art. 1.025 porta entre-aberta por onde se poderá deixar que entre o devedor no processo, “fugindo da iniquidade que, do lado de fora, o está esperando”;¹⁶ e JORGE AMERICANO, com êsse mesmo espírito de justiça, diz: “dispensa-se a citação do devedor, para o concurso de credores, porquanto a citação inicial vale para a causa e seus incidentes, um dos quais é o concurso de credores”.¹⁷ É preferível, porém, não adotar qualquer desses raciocínios. O que se deve dizer é que o Código de Processo Civil não manda citar o devedor para o concurso; e que a palavra “interessados” foi empregada no art. 1.025 com exclusiva referência aos credores; mas, isso não obstante, deve-se citar o executado para o concurso, e admitir que ali impugne os créditos dos concorrentes, porque o direito não consente que o devedor deixe de ser ouvido; e é mais conveniente e útil, mais rápido, mais econômico, ouvi-lo durante o concurso, do que depois de julgado êste. De tal sorte, interrompe-se a tradição que foi mantida pelo Código de Processo Civil, porque o legislador faz leis, contudo não faz direito.

(15) JOHN C. H. WU — *Fountain of Justice*, p. 178.

(16) ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA — *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. IV, p. 225.

(17) JORGE AMERICANO — *Comentários*, vol. IV, p. 399.