
CONCURSO DE EXEQUENTES:*

aspectos gerais

Luciano Pedrotti Coradini
Juiz Federal Substituto (3ª Região)

* Artigo apresentado à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento do Curso de Formação Inicial dos magistrados ingressos pelo XV Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região (jun.-out. 2011; eixo temático: procedimentos diversos).

CONCURSO DE EXEQUENTES: aspectos gerais

Luciano Pedrotti Coradini

Resumo: O concurso de credores, incidente processual na execução de quantia certa contra devedor solvente, previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil, é objeto das reflexões expostas neste estudo. O interesse pelo tema é justificado diante da comum situação forense envolvendo execuções movidas por múltiplos credores em face do mesmo devedor, presumivelmente solvente, e múltiplas penhoras a recair sobre o mesmo bem do executado. Tanto o Código de Processo Civil vigente quanto o projeto do novo CPC não regulam suficientemente o intrincado incidente concursal, e omissões tendem a ser supridas pela jurisprudência e pela doutrina. Em conclusão, são apresentadas sugestões procedimentais em resposta a questões subjacentes ao incidente concursal.

Palavras-chave: Execução. Concurso de exequentes. Solvência do devedor. Penhora. Incidente processual.

Abstract: This paper analyses the concurrence of creditors, which is a procedural issue that can occur in judicial enforcements of credit against solvent debtors (Code of Civil Procedure, Articles 711-713). The study is justified by the common situation in Courts involving multiple enforcement actions filed by creditors against the same presumably solvent debtor, and multiple attachments of the same good. Both the current Code of Civil Procedure and the Bill of the new Code do not sufficiently regulate this knotty concurrence, therefore omissions tend to be supplied by case law and legal doctrine. In conclusion, procedural suggestions are presented in response to issues related to the concurrence of creditors.

Keywords: Enforcement of credit. Concurrence of creditors. Solvency of the debtor. Attachment of assets. Procedural issue.

1 INTRODUÇÃO

A execução específica de crédito implica entrega de dinheiro ao credor. O Código de Processo Civil e os correntes

estudos a respeito cuidam, em geral, da hipótese mais simples dessa execução, qual seja, a execução movida por único credor – a execução singular. Porém, não é raro o caso de o mesmo devedor responder perante mais de um credor. Surge, então, a questão do pagamento desses credores.

O presente trabalho não tem como premissa que o devedor de vários credores seja insolvente, isto é, que não tenha patrimônio suficiente a responder por todos os créditos. Estes casos em que o devedor está em desequilíbrio patrimonial são próprios da falência e da execução de quantia certa contra devedor insolvente – execuções coletivas.

O estudo se justifica pela comum situação forense envolvendo execuções movidas por múltiplos credores em face do mesmo devedor, presumivelmente solvente. Tal fato estabelece conexão entre as execuções e a penhora sobre o mesmo bem do devedor comum.

O Código, no entanto, não oferece regulação suficiente para o intrincado incidente concursal. Tampouco o projeto do novo Código de Processo Civil é generoso no tratamento do assunto: dispensa-lhe dois dispositivos (arts. 924 e 925),¹ com abordagem semelhante à do código atual.

A falta de legislação dá azo à criação jurisprudencial e doutrinária, pois os problemas práticos não são passivos à mora legislativa. Aspiramos contribuir para a elucidação de alguns problemas havidos durante o incidente concursal, de ordem prática, sem negligenciar a base teórica a sustentar o raciocínio jurídico.

Por fim, a abordagem deste estudo de caso será, em verdade, prospectiva. A partir da análise de situação corriqueira, procurou-se desenvolver o âmbito das questões

subjacentes ao incidente concursal e apresentar algumas sugestões procedimentais, sinteticamente indicadas nas conclusões.

2 OS FUNDAMENTOS DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO EM CONCURSO

A tutela padrão para a execução de quantia certa é dimensionada para o credor único. Regra geral, ao não solver a obrigação de dar dinheiro, sujeita-se o patrimônio do devedor ao pagamento, pela força do Estado, que substitui a vontade daquele. Em outros termos, o Estado-juiz intromete-se no patrimônio do devedor e, expropriando-o, paga o credor exequente. A expropriação assume seu primeiro aspecto, qual seja, privar o devedor responsável de determinado bem. O bem expropriado, quando dinheiro, servirá diretamente à satisfação do credor de quantia certa – exatamente o tipo de obrigação, de cuja execução forçada é objeto dessas linhas. Quando o devedor responsável não dispuser de dinheiro expropriável, mas de qualquer outro bem penhorável, a expropriação toma seu segundo aspecto, isto é, os atos executórios tendem à realização do bem em dinheiro, a ser finalmente entregue ao credor. Ao credor de quantia certa não interessa receber o bem expropriado, senão dinheiro.²

O direito brasileiro contemporâneo tem regramentos diferentes quanto às diversas pretensões executivas a recair sobre o devedor comum. A sistemática varia pelo estado patrimonial do devedor. Em outras palavras, as técnicas de tutela executiva – no caso de diversos credores do mesmo devedor – são adaptadas à possibilidade (ao menos presumida) de o devedor solver todos os créditos que lhe são exigidos. Se há patrimônio suficiente aos pagamentos, a técnica é uma; se

insuficiente, outra. Daí ser questão prévia saber se o devedor é solvente ou insolvente.

É pressuposta a solvência do devedor executado: a insolvência depende de reconhecimento judicial, desfazendo a presunção. A solvência significa o balanço patrimonial positivo, isto é, considerado o patrimônio como o conjunto de direitos e deveres com expressão pecuniária, é solvente a pessoa que tiver mais direitos do que deveres. O conceito é especialmente relevante para o Direito, pois a responsabilidade pelas dívidas é sempre patrimonial, nunca corpórea. Em outros termos, a cobertura da dívida é feita pelos direitos que o devedor detém.

A insolvência implica situação adversa: há menos direitos a cobrir as obrigações do devedor; assim, não haverá como honrá-las todas, ao menos no momento em que se faz referido balanço.

Não se confunde a insolvência com a impontualidade. Esta é o mero inadimplemento das obrigações de cunho patrimonial no prazo estabelecido e não redundando, necessariamente, em insolvência. O insolvente é impontual, mas o impontual não é sempre insolvente.

No caso de o devedor ser solvente, a sistemática da tutela executiva obedece à noção liberal de *vigilantibus iura*. Da premissa se desdobra outra (*prior in tempore potior in iure*), a indicar que o credor de primeira iniciativa é pago com antecedência. Não há razão em se coordenar os pagamentos, pois sendo solvente, há bens bastantes ao pagamento das dívidas.

O estado de insolvência frustra a possibilidade de os credores serem todos pagos e gera grave crise na liquidação do débito. Apenas por argumentação, se sob insolvência

vigesse a sistemática do *prior tempore*, somente os credores mais afoitos seriam pagos. Ocorre que a insolvência contribui para a premissa de que os credores não serão todos pagos – essencialmente. Cabe ao Direito, então, modular a tutela para que o menor dano possível seja causado aos diversos credores. A sistemática adotada no Brasil, em tais casos, é a da *par conditio creditorum*: os credores são pagos proporcionalmente dentro de sua classe de preferência.

Situação peculiar é a do executado solvente, sobre cujo bem recaem diversas penhoras. Os exequentes assegurados por tal penhora comum não são pagos proporcionalmente, mas na ordem de suas preferências (Código de Processo Civil, art. 613). A preferência, por sua vez, pode ser de índole material ou processual, como se verá.

3 BREVE CONCEITUAÇÃO DO CONCURSO DE EXEQUENTES

O concurso ora tratado não é qualquer disputa entre credores. Trata-se de peculiar modo de satisfação de credores que acorrem ao patrimônio do devedor. Como se entrevê da introdução, o concurso de credores objeto destas reflexões é o previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil. Pressupõe a existência de múltiplas penhoras, oriundas de diversos processos de execução, sobre o mesmo bem do devedor, bem como sua solvência.

A solvência do devedor implica a suficiência de bens para pagamento de sua dívida, sejam quantos forem os credores. Sendo assim, não é preciso o rateio da massa realizada do devedor. Não há vencimento antecipado das dívidas e não há arrecadação dos bens do executado.

O incidente põe-se a resolver restrita questão: como será partilhado o dinheiro obtido em arrematação do bem penhorado?

Se o bem excutido produzir dinheiro suficiente ao pagamento de todos os créditos executados assegurados por penhora, o incidente concursal apenas organizará a ordem dos alvarás do levantamento do dinheiro (MOREIRA, 2007, p. 266). Todos serão pagos. Não é incomum, contudo, que da arrematação se obtenha dinheiro insuficiente à quitação de todos os créditos executados com penhora constituída. Daí, em que pese ao concorrente se deferir determinada classificação de seu crédito, não haverá pagamento, pois o dinheiro foi absorvido pelos credores com melhor preferência. No entanto, essa corriqueira circunstância não importa transformar automaticamente a execução singular em coletiva: o credor insatisfeito poderá: (a) requerer a declaração de insolvência ou falência do executado; ou (b) procurar outro bem do executado a penhorar. Trata-se de delicada estratégia do credor.

4 NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE EXEQUENTES

O concurso de exequentes é incidente processual na execução de quantia certa contra devedor solvente. Embora haja autores que considerem o concurso como fase da execução (ARAGÃO, 2004, p. 86), frisa-se que suposta fase não é obrigatória. Em outros termos, o procedimento da execução não comporta sempre o concurso de exequentes. As fases do processo, componentes do procedimento, são etapas previstas em lei, passos a serem dados rumo à prestação da tutela jurisdicional sob o devido processo legal. Importa dizer que

a fase do processo é parte obrigatória do procedimento, cujo curso é previsto em lei e é cumprido por impulso oficial. Tal não ocorre com o concurso de exequentes. Ao menos sob a regulação legal, não é obrigatório que se instaure o concurso em toda execução. Em que pese, como se verá, caber ao juízo tomar providências para não tornar fortuito o processamento do incidente, de todo modo, o concurso de exequentes é estabelecido por provocação de alguma das partes ou de terceiro. Assim, tem-se que o concurso é incidente no curso da própria execução, sem o condão, diga-se, de suspendê-la.

Embora haja precedente do Superior Tribunal de Justiça a afirmar, em *obiter dictum*, que o concurso de credores será processado em apartado,³ há óbice operacional para tanto. Não consta na tabela de classes e assuntos processuais qualquer referência a essa espécie de incidente; portanto, sob o ângulo prático da distribuição, juntada e processamento, o concurso de exequentes se dá nos próprios autos da execução. Ademais, não se condena em honorários quaisquer das partes em concurso, já que à execução são inerentes seus próprios honorários: despicendo cobrá-los em duplicidade. Ainda, o provimento judicial que decide o incidente é decisão interlocutória, como veio a esclarecer a modificação do art. 713, por força da Lei nº 11.382/2006, que extirpou do dispositivo a dicção “sentença”, para agora se referir à mera decisão do juízo.⁴ Por não ser definitiva a decisão, tampouco julgar mérito da pretensão executiva – não envolvendo, assim, qualquer situação dos arts. 267 e 269 (art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil) –, referida decisão admite agravo de instrumento.

5 CONCURSO DE EXEQUENTES — ESPÉCIE PRÓPRIA CONCURSAL

Refere-se ao concurso de exequentes o concurso especial previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil. Embora alguns o chamem de concurso de credores, é preferível referir-se a exequentes, se bem que secundário o nome, no que toca à realidade jurídica regulada por aqueles dispositivos.

Com efeito, os poucos dispositivos legais a respeito não são suficientes para regular o incidente concursal, mas lançam, ao menos, traços de identificação do instituto. Passa-se a tratar, tanto quanto possível no espaço destas linhas, dos aspectos práticos, processuais e materiais do incidente.

5.1 *Pressupostos processuais específicos do incidente*

O concurso é estabelecido entre as pessoas que tenham penhora sobre o mesmo bem arrematado, portanto, pressupõe credores em execução de seus créditos. É inadmissível, no incidente, a presença de credor que não ajuizou execução. Não é suficiente, ainda, o aforamento de execução: é de rigor que haja penhora. Por isso se criticou a nomenclatura do instituto “concurso de credores”, pois não basta ser credor – o exequente deve ter penhora sobre o bem.⁵ Ao cabo, no incidente será discutida a preferência a que aduz o art. 613 do Código de Processo Civil.

A espécie é inconfundível com a execução de quantia certa contra devedor insolvente e com a falência, ambas, é certo, execuções concursais. Estas pressupõem insolvência. O concurso de exequentes, não.

Em suma, são pressupostos para a instauração do incidente a concorrência de vários exequentes, aparelhados

em suas execuções com penhoras sobre o mesmo bem do devedor comum solvente.

De toda forma, o coexequente que não acorrer ao concurso não é prejudicado em sua execução singular, tampouco em seu direito material. Deverá, no entanto, procurar outro bem a penhorar (ASSIS, 2003, p. 256).

5.2 *Competência*

À falta de dispositivo legal, controverte-se acerca da competência para o processamento e o julgamento do incidente concursal.

Respeitável corrente diz estabelecida a competência pelo juízo da primeira penhora, por ocorrer prevenção. A primeira penhora previne o juízo, adaptando-se o processo executivo às disposições concernentes à prevenção no processo de conhecimento. Afirma-se que as múltiplas penhoras a propiciar o concurso de exequentes ficam atadas pelo liame da conexão instrumental.⁶

Outra corrente entende ser competente o juízo em que houve a arrematação do bem penhorado (GIANNICO, 2012, p. 311). A ausência de preceito a fixar a competência não desautoriza a interpretação sistemática topológica: o art. 712 reza que os credores formularão suas pretensões, estabelecendo-se o contraditório entre eles; o artigo seguinte determina que o juiz decidirá o incidente. Ambos os artigos estão sob a rubrica “Da entrega do dinheiro” (Subseção II). O juízo a determinar o levantamento do dinheiro é aquele que o detém sob custódia, qual seja, o juízo em que se ultimou a arrematação. Há utilidade neste entendimento.

A finalidade do incidente concursal – a repartição do dinheiro obtido na arrematação – aconselha que o concurso seja instaurado somente quando ultimada a alienação judicial. Antes desse momento, o concurso não será estabelecido, pois não há pressuposto para a repartição do dinheiro: não se sabe quanto repartir. Acrescente-se que o juízo que promove a arrematação se acautela, para eficácia da arrematação, de cientificar partes e terceiros no processo sobre a data e o local do leilão, bem como sobre a efetivação do leilão. Razões de ordem prática estimulam a competência do juízo arrematante.

Não é convincente o argumento de que a primeira penhora é critério para exercer *vis atractiva* de outros processos executivos, para fins de concurso. A prioridade da penhora tem efeitos para se decidir acerca da ordem de recebimento dos créditos, à falta de outro privilégio legal. Desatrelar a custódia do dinheiro, produto da arrematação, da decisão sobre a ordem de pagamentos é instituir cisão de competência acerca de questões prejudiciais. O *quantum* obtido interfere na ordem de preferências, na medida em que alguns exequentes preferirão desistir da penhora que tinham, para requerer outra.

Os exequentes em outros processos, sabendo da arrematação, poderão protestar suas preferências. Seja qual for a qualidade do crédito em execução ou a pessoa que o executa, não incidem, para fins do concurso de exequentes, os critérios fixadores de competência em razão da matéria ou da pessoa. Assim, ainda que arrematado o bem no juízo estadual, o protesto de preferência da Fazenda Nacional não faz deslocar à Justiça Federal a competência para o incidente (verbete nº 270 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). Justifica-se o posicionamento pelo limitado objeto do processo: a cognição

acerca da ordem das preferências. Não se discutirá sobre a razão ou sem razão do crédito em execução, tampouco a legalidade ou a ilegalidade das penhoras de outros processos, daí o incidente não constituir “causa” ou “ação”. Os critérios de fixação de competência usualmente se referem ao ajuizamento de causas (*v.g.* Constituição da República, art. 109, para fixação da competência da Justiça Federal), ou de ações (arts. 94 e seguintes do Código de Processo Civil), isto é, processos que veiculam a pretensão de tutela correspondente à pretensão de direito material. No caso das execuções, a pretensão já foi exercida pelo aforamento de cada uma delas, não sendo o incidente concursal a oportunidade para discutir o mérito das execuções. Não que o incidente não suscite seu próprio objeto; há, mas é inconfundível com o mérito da execução, sem compor “causa” ou “ação”.

Questão interessante é a da verificação da instauração do concurso em processo em que houve arrematação posterior à havida noutro processo de execução. Entende-se que a arrematação, ou melhor, a lavratura do auto de arrematação é ato judicial que gera preclusão. Não importa o juízo em que se deu a arrematação de um bem, uma vez arrematado, isto é, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário ou leiloeiro, a arrematação é considerada perfeita, acabada e irretratável (Código de Processo Civil, art. 604, *caput*). Gera graves consequências jurídicas ignorar esse ato jurídico perfeito exarado pelo Poder Judiciário, uno. A unidade do Judiciário, a par das Justiças especializadas, informa a preclusão da arrematação. Contudo, é possível preservar a segunda arrematação, se o produto arrecadado for mais vantajoso do que o da arrematação anteriormente havida; funda-se essa posição

no caráter licitatório da expropriação por leilão: intenta-se o melhor preço.

A competência é funcional, em razão da prejudicialidade acima referida, portanto, absoluta. Se juízo diverso daquele em que arrematado o bem penhorado receber e processar o incidente, nula é a decisão a respeito da ordem de preferência (art. 113 do Código de Processo Civil).

5.3 *Momento de instauração do incidente*

Ultimada a arrematação, com subscrição do auto, até a entrega efetiva do dinheiro, pode ser instaurado o incidente concursal.⁷ A finalidade de repartir o dinheiro entre os exequentes que penhoraram o bem excutido instiga que o incidente seja instaurado única vez. Não se permite que os exequentes habilitáveis venham, em momentos diferentes, requerer sua prelação, pois o juízo tem o dever de decidir pontualmente a ordem em que será recebido o dinheiro. Embora o incidente tenha lugar em qualquer momento entre a arrematação e o pagamento ao exequente do processo principal, isso não significa que sejam permitidos exequentes retardatários. A sistemática é diversa das execuções coletivas (contra devedor insolvente e falência). Como a solvência é pressuposto desta espécie concursal, o não recebimento de pagamento por algum exequente retardatário não impede que o receba a partir de outra penhora; ocorre que não receberá pagamento proporcionado pelo produto da arrematação do bem penhorado, objeto do concurso. Nota-se que cabe aos exequentes diligenciar para apresentarem suas prelações.

Não é admissível a instauração de ofício do incidente. Como já ventilado, o incidente é ocasional, e não compõe

etapa obrigatória da execução; portanto, sua instauração não está entre as providências de impulso oficial (Código de Processo Civil, art. 262).⁸ Não obstante, o juízo cuidará da regularidade processual, a serviço da adequada tutela jurisdicional. O atendimento da pretensão do exequente que moveu o processo é aspecto secundário, em relação ao escopo primacial da atividade jurisdicional, qual seja, a atuação do Direito. Sendo de direito a possibilidade do concurso, zelará o juízo por sua viabilidade, comunicando os demais exequentes sobre a repartição do dinheiro. O juízo não está a serviço do exequente, mas da aplicação do Direito. Por fim, a execução é exercício da disponibilidade do credor sob inúmeros aspectos (Código de Processo Civil, art. 569),⁹ entre os quais, a utilidade em se ativar em concurso (pode preferir procurar outro bem a penhorar). A dificuldade está em terem ciência da ultimação da arrematação.

5.3.1 Valia de algumas comunicações no curso da execução

A dificuldade mencionada pode ser mitigada, se algumas cautelas forem tomadas, de início, pelo próprio juízo.

No caso de o bem penhorado ser imóvel, as penhoras são registradas no Registro de Imóveis. Constan, portanto, da matrícula do imóvel. O art. 698 do Código de Processo Civil impede a alienação (e a adjudicação) do bem, se não foram comunicados, a respeito da ocasião do leilão, o credor com garantia real e os terceiros – que não fazem parte do processo – com penhora sobre o bem.

De início, poder-se-ia pensar que o dispositivo é útil para tais pessoas, cientificadas do leilão pela notificação, apenas para a chance de adjudicarem o bem. No entanto, o

preceito é valioso para o tema ventilado: a comunicação de data e local do leilão científica-os de que uma possível arrematação é iminente. Haverá dinheiro a ser partilhado, se habilitados em concurso. Não incrementa o expediente, despropositadamente, o juízo em que se deu a arrematação renovar intimação assim que o auto de arrematação for assinado. Os outros juízos em que houve penhora sobre o bem arrematado ficam desobrigados a proceder ao próprio leilão, e os exequentes deverão diligenciar para que participem do concurso.

A sorte da execução em que houve arrematação não deve ser entregue à iniciativa dos exequentes de outros processos. É cabível ao juízo arrematante, ao comunicar os juízos que haviam penhorado o bem arrematado, assinalar prazo para que os exequentes venham apresentar suas preferências. Tudo para que o processo tenha andamento sob o contraditório, mas com os devidos mecanismos de preclusão, para impedir contramarchas.

Esse procedimento evita que outros juízos procedam a arrematações sucessivas, criando problemas em cascata. Se tantos juízos quanto penhoras havidas sobre o mesmo bem fizerem suas próprias arrematações, haverá múltiplas cartas de arrematação passíveis de registro. A colidência entre as cartas a registrar cassa a credibilidade que os arrematantes poderiam ter em seus títulos, situação que enfraquece o sucesso de outros leilões. Daí a imprescindibilidade de que os juízos sejam comunicados da ocorrência do leilão do bem com múltiplas penhoras.

Forçosa a comunicação aos outros credores com penhora sobre o bem arrematado. Surge então a questão de como comunicá-los do ato processual.

Tomando como base a arrematação de bem imóvel, é possível saber, pela certidão do registro de imóveis, quantas penhoras existem, pois constam de registro ou averbação. Pelo registro das penhoras sabe-se o processo, o juízo e o exequente respectivo. A primeira opção seria o juízo arrematante expedir notificação a cada exequente, por seu advogado. Contudo, essa via científica apenas a parte, mas não o juízo que determinou a penhora. Como mencionado anteriormente, é útil ao juízo saber que há arrematação, pois assim não prosseguirá no que tendia fazer. Por isso, mais adequado é oficiar a cada um dos juízos constituintes de penhoras, comunicando a arrematação e solicitando: (a) a intimação dos exequentes, para que protestem suas preferências em dado prazo; e (b) que o juízo oficiado comunique ao oficiante quando se ultimou a intimação mencionada em “a”.

Não se trata de carta precatória, mas de mero ofício, com serventia principal de comunicar ao juízo constituinte de penhora que houve arrematação. Contudo, a necessidade de intimar os exequentes serve para concentrar a fase de apresentação das preferências.

A descoberta de outras penhoras sobre o bem a arrematar, quando este é móvel e não se submete a qualquer sistema de registro público, é, em princípio, dificultada. Em geral, contudo, a penhora de bem móvel efetiva-se com a entrega do bem ao depositário (Código de Processo Civil, art. 664). Assim, as penhoras sucessivas serão feitas sobre o bem já penhorado, em mãos do depositário. Conclui-se que o múnus do depositário de conservar – juridicamente, inclusive – o bem (Código de Processo Civil, art. 148) abrange o dever de prestar informações ao juízo acerca do estado do bem.

Informação valiosa, para o caso presente, é a superposição de penhoras havidas sobre o bem penhorado e depositado. Como o depositário detém o bem móvel a título de penhora, e sendo descabida a nomeação de diferentes depositários para o único bem penhorado mais de uma vez, ele poderá informar quantos exequentes pretendem executar o bem (ASSIS, 2003, p. 236).

A informação a respeito das penhoras concorrentes sobre bem móvel é exigível do executado. É certo que o executado não pode se opor artificialmente à execução (art. 600, II, do Código de Processo Civil), a pretexto de ver executado seu bem penhorado para a satisfação de um exequente apenas e, assim, perceber o que sobrou do pagamento (art. 710 do Código de Processo Civil). Havendo várias penhoras sobre o bem a arrematar, não poderá o executado se valer do citado art. 710, a menos que ainda lhe reste dinheiro após o pagamento de todos os exequentes em concurso. A boa-fé processual impõe ao executado que informe ao juízo, se assim determinado, quais os exequentes com penhora sobre o bem a arrematar, para viabilizar o concurso, sob pena de atentar à dignidade da Justiça ou mesmo incorrer na litigância de má-fé.

Razões de ordem prática requerem seja o procedimento incidental de concurso de exequentes instaurado concentradamente. Não se abre a oportunidade do incidente a qualquer momento, mas em ocasião hábil a prestar a tutela jurisdicional condigna.

Reputa-se cumprido o devido processo legal substancial ao se aguardar momento propício para instauração do incidente. A título de argumentação, imagine-se a situação adiante.

Em duas execuções, propostas por credores diversos em face do devedor comum, ambos se asseguram com penhora sobre o mesmo bem. Sem vislumbrar a iminência da arrematação, ambos protestam prontamente sua preferência, instaurando-se o concurso. Decide o juízo que “A” será pago primeiro que “B”, pois fora o primeiro exequente a penhorar o bem a excutir. Sem que “B” recorra, preclui a decisão. Mais tarde, outro credor move execução em face daquele devedor. Assegura-se com penhora sobre o mesmo bem. Indaga-se: terá perdido a oportunidade de protestar sua preferência? Outro concurso será instaurado? Note-se que, se o terceiro exequente (chame-se de “C”) gozar de preferência apenas de ordem processual (ordem da penhora), não haverá prejuízo no aditamento¹⁰ da decisão, para deferir-lhe o pagamento em terceiro lugar. Dificulta-se o caso se sua preferência for de espécie substancial, ocasião em que terá melhor preferência, em que pese ser a última das penhoras realizadas. Percebe-se que aquela decisão deverá ser totalmente reformada. Supondo reformada a decisão, rearranjando a ordem de preferência dos credores, imagine-se um quarto exequente obtendo penhora sobre o mesmo bem. Vê-se que a problemática prossegue.

Evita a situação acima a salutar espera pelo melhor momento para instaurar o concurso. Entende-se que o momento adequado para o concurso é a fase da entrega do dinheiro, isto é, após a arrematação do bem.

5.4 *Primeiro juízo de admissibilidade do incidente concursal*

Arrematado o bem, após as comunicações já aludidas, estas devem ser renovadas, a fim de dar aos interessados oportunidade para protestar suas preferências. Caberá ao

juízo controlar a admissibilidade do coexequente no concurso. Contudo, o primeiro controle é provisório: a admissão inicial não implica preclusão para o juízo: este pode rever a decisão de admissibilidade – de ofício ou a requerimento, em exercício do contraditório –, sob cognição exauriente, então se operando a preclusão.

Para ser admitido no concurso, o interessado deve comprovar ter ajuizado execução contra o mesmo devedor demandado no processo em que houve a arrematação do bem. Não é só: deve comprovar que, na execução em que moveu, foi efetivada penhora sobre o bem arrematado. Como mencionado, a execução em curso e a penhora sobre o mesmo bem do devedor comum são pressupostos para o incidente. Será excluído do concurso de exequentes (ou melhor, nele não admitido) o interessado que não provar tais pressupostos.

Poder-se-ia imaginar a admissão, no concurso, do credor com direito real sobre o bem, instituído antes das penhoras, independentemente de mover execução ou ter constituído penhora em seu favor. É o que dá a entender o art. 709, II, do Código de Processo Civil, ao atrelar a entrega do dinheiro (produto da arrematação) ao credor apenas se não houver, sobre os bens alienados, outro crédito assegurado com melhor privilégio ou preferência (ASSIS, 2003, p. 239). Entretanto, esse não é o melhor entendimento, pois é inadmissível que qualquer credor seja pago judicialmente, sem ter procurado a tutela jurisdicional executiva, sob o devido processo legal. Noutros termos, não participará do concurso de exequentes o credor sem execução ou penhora, ainda que seu crédito tenha maior preferência. Se o bem arrematado assegura o crédito deste peculiar credor – com direito real de

garantia -, o produto do dinheiro não lhe será entregue, mas poderá tornar sem efeito a arrematação (Código de Processo Civil, art. 694, § 1º, VI), se não foi comunicado da execução (art. 698).

O melhor privilégio deferido ao crédito assegurado por direito real não deve interferir no devido processo legal. Como amplamente aduzido, o concurso de exequentes pressupõe a solvência do executado, sendo incabível falar de vencimento antecipado da dívida (Código Civil, art. 1.425, e Código de Processo Civil, art. 751, I). Repise-se: não se trata o presente concurso de execução coletiva (universal). Se o credor com direito real (hipotecário, por exemplo) desejar cobrar o crédito judicialmente (execução singular), não prescindirá da execução, tampouco da penhora, que recairá, preferentemente, sobre o bem dado em garantia (Código de Processo Civil, art. 655, § 1º). São inconfundíveis o melhor título de privilégio com o pressuposto para o concurso, qual seja, o gozo de penhora (RODRIGUES, 2006, p. 260).

Situação similar – e comum no foro – é o protesto do município para receber o crédito de IPTU referente ao imóvel arrematado, arguindo o art. 130, *caput* e parágrafo único, do Código Tributário Nacional.¹¹ Geralmente, a Fazenda municipal pretende a sub-rogação no preço da arrematação independentemente de ter movido execução ou de ter penhora sobre o bem arrematado. Com efeito, sem penhora, o município não poderá participar do concurso, a menos que se queira deferir-lhe esse privilégio processual, em desrespeito ao devido processo legal. Contudo, a sub-rogação prossegue no preço apurado. Se o dinheiro foi repartido entre exequentes em concurso com créditos de menor privilégio que o da

Fazenda municipal, caberá a esta, em via ordinária, comprovar o preterimento.¹²

Somente o exequente cujo crédito esteja assegurado por penhora será admitido no concurso. Acentua-se, ainda, o dever de alegar a espécie de privilégio de que goza.¹³

5.5 *Instalação do contraditório*

Apenas os executados admitidos no concurso, após a verificação dos pressupostos, participarão do contraditório. Ao lado da garantia constitucional ao contraditório (Constituição da República, art. 5º, LV), o art. 712, 2ª parte, do Código de Processo Civil, menciona a disputa (*ipsis litteris*) entre os coexecutados em concurso. Natural que se lhes dê a oportunidade de influenciar o juízo. Embora os artigos do Código de Processo Civil não organizem o contraditório, cabe ao juízo, adaptando o procedimento, dar prazo para que os coexecutados impugnem os créditos uns dos outros. Intimam-se os advogados dos coexequentes para impugnarem os créditos protestados, em cinco dias.¹⁴

5.6 *Necessidade de intimação do executado*

Deve-se, outrossim, assegurar o contraditório ao executado: embora as impugnações versem estritamente sobre a classificação da preferência e a anterioridade da penhora (Código de Processo Civil, art. 712), é impensável excluir dos pontos impugnáveis a verificação dos pressupostos à participação do concurso.¹⁵ Sendo assim, há interesse jurídico do executado em preservar seu patrimônio, ao reduzir o número de exequentes que partilharão o produto da excussão, já que permanecerá titular do dinheiro que sobrar (Código de Processo Civil, art. 710).

5.7 *Objeto de decisão do incidente*

As execuções possuem mérito, embora o mérito executivo tenha sua apreciação deslocada para processos autônomos, como os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença (DINAMARCO, 2010, p. 330-1). Ainda assim, o objeto¹⁶ do incidente concursal não se confunde com o mérito da execução. Embora nesta predominem atos judiciais executivos, é elementar que durante o trâmite da execução o juízo tenha de decidir questões que a influenciem.¹⁷ A repartição do dinheiro arrecadado entre os exequentes em concurso suscita decisão do juiz, para que a execução tenha termo. Eis o objeto do incidente: definir a ordem das preferências entre os exequentes, para que se proceda à entrega do dinheiro.

5.7.1 A preferência como questão do incidente

A definição da ordem das preferências entre os exequentes admitidos ao concurso especial não se dá sob ampla litigância. Em outras palavras, a amplitude do objeto de discussão é diminuída pela lei. Os coexequentes em concurso não poderão aduzir todos os argumentos imagináveis para ataque recíproco. Diz o art. 712, 2ª parte, do Código de Processo Civil, que a disputa versará apenas sobre o direito de preferência¹⁸ e a anterioridade da penhora.

Sem descaracterizar a cognição parcial, cabe saber se os limites do preceito podem ser dilargados.

Os coexequentes poderão arguir a ausência de pressupostos concursais em relação a alguns deles: apresentando-se ao concurso sem ter penhora, o coexequente não pode ser admitido; se o juízo o admitiu quando do pedido de protesto, é certo que não se observa ainda a preclusão para o julgador,

pois a admissão é provisória, como sói ocorrer no primeiro juízo de admissibilidade da demanda. Pode-se, portanto, arguir e provar que ao coexequente não é lícito concorrer. Semelhante raciocínio se dá em todos os casos em que o coexequente não pode perceber o pagamento do crédito executado. Por exemplo, a par da execução pendente e com penhora constituída sobre o bem arrematado, a oposição de embargos com efeito suspensivo (contra a execução singular que movera) impede o pagamento. É inolvidável que o concurso de exequentes, apesar de ser incidente cognitivo – por definir a ordem de pagamentos –, tem curso no bojo do processo (ou fase) de execução, de viés eminentemente prático. Perturba a tutela satisfativa, típica da execução, condicionar o pagamento de uns ao sucesso da execução de outros. Deve-se ter em vista que o concurso de exequentes pressupõe a solvência e resolve pontual problema prático: o destino do dinheiro produto do bem arrematado, ou seja, a ordem de pagamento dos exequentes. A solvência, no entanto, não afasta a possibilidade de o bem arrematado não dar conta das várias execuções em que houve sua penhora. Sendo assim, há interesse jurídico do coexequente em assegurar a eficácia da penhora, ao excluir outro coexequente.¹⁹

À possibilidade de impugnar a ultimação das respectivas execuções singulares, como aludido no parágrafo anterior, não segue permissão aos executados para impugnarem a existência, em si, dos créditos em execução. Em outros termos, nos estritos limites da cognição parcial que caracteriza o concurso de exequentes, não se podem alegar as matérias constantes no Código Civil, art. 956, no Código de Processo Civil, art. 768, *caput, fine*, e na Lei nº 11.101/2005, art. 164, § 3º.

Isto é, veda-se aos coexequentes alegar nulidade ou fraude dos créditos uns dos outros.²⁰ Os artigos citados tecem a sistemática de execução universal, sob o pressuposto da insolvência. A execução universal envolve questões mais caras e complexas ao deslinde do problema do pagamento das dívidas, e por tal motivo abarca a fase de verificação dos créditos, quando se opera a certificação judicial da existência ou não do crédito habilitado (ASSIS, 2003, p. 249-53).

De resto, o objeto principal do incidente é a ordem dos créditos a serem pagos. Item específico é dedicado a isso.

5.8 *A ordem de pagamento dos créditos segundo a preferência*

O concurso de exequentes estabelecido em virtude da pluralidade de execuções singulares ajuizadas em face do devedor exequente segue a sistemática do pagamento segundo o melhor direito. É o que estabelece a regra o art. 613 do Código de Processo Civil: tudo deve seguir o título de preferência. Em verdade, as preferências não se mostram claramente. Normalmente, a questão da classificação das preferências é levantada nas execuções universais; assim, o estabelecimento das preferências atende aos reclamos da condição da insolvência. Contudo, o incidente concursal pressupõe solvência: a classificação das preferências tem outra sistemática. Por exemplo, os pagamentos não são feitos *pro rata*, mas pela ordem cronológica das penhoras; ainda, é indevido o deslocamento das multas tributárias – tão típico nas falências – para a classe dos subquirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VII), pois é elementar a solvência do executado no incidente concursal.

Em linhas gerais, a preferência segue critérios de direito material e processual. No tocante ao direito material,

estabelece-se a preferência, em virtude do crédito de natureza real e de privilégios (Código Civil, art. 958). Os privilégios, nesta ordem de ideias, tocam créditos de natureza pessoal e comportam divisão: há privilégios especiais e gerais, estes sucumbindo àqueles. Não havendo privilégio, diz-se ser quirografário o crédito. Por fim, há o grupo dos subquirografários, agraciados por último com o pagamento.

Outro dispositivo ainda trata da ordem de preferências, qual seja, o art. 186 do Código Tributário Nacional:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. [Redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005.]

Parágrafo único. Na falência:

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extracursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. [Parágrafo único e incisos incluídos pela Lei Complementar nº 118/2005.]

É necessário atentar para a sistemática do Código Tributário Nacional, devidamente modificado pela Lei Complementar nº 118/2005, em virtude das adaptações necessárias à lei de quebras, também de 2005. O estatuído no *caput* e no parágrafo único dá preferência, apenas na falência, aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem, em detrimento dos créditos tributários.²¹ Não se tratando de falência, os créditos tributários são preteridos apenas pelos

créditos trabalhistas (MOSCON, 2006, p. 47). Como a solvência é pressuposto para a espécie concursal objeto destas linhas, não é adequado tomar as disposições falimentares para casos diferentes da insolvência do devedor.²²

Em atenção aos dispositivos legais e aos escopos diversos das execuções universais e do incidente concursal,²³ adota-se a seguinte classificação dos créditos:²⁴

1. Créditos trabalhistas, incluídos os oriundos de acidente de trabalho e os relativos ao FGTS (Código Tributário Nacional, art. 186, *caput*, e Lei nº 8.844/1994, art. 2º, § 3º);
2. Créditos tributários ou não tributários, inscritos em dívida ativa, principais ou acessórios (Código Tributário Nacional, art. 186, *caput*, combinado com o art. 29, parágrafo único, e com o art. 4º, §4º, ambos da Lei nº 6.830/1980);
3. Créditos com garantia real (Código Civil, art. 961);
4. Créditos com privilégio especial (Código Civil, arts. 961 e 964, e Lei nº 11.101/2005, art. 83, IV);
5. Créditos com privilégio geral (Código Civil, art. 961 e 965, e Lei nº 11.101/2005, art. 83, V);
6. Créditos quirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VI, “a”); e
7. Créditos subordinados (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VIII).

Adicionalmente, os créditos tributários mencionados na segunda posição têm subdivisão interna, nos termos do art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 29, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980: primeiro recebe a União, depois as autarquias federais; após, Estado-membro e autarquias estaduais, conjuntamente; então, Município e autarquias municipais, conjuntamente.²⁵

Como já acentuado, referida classificação de preferência é de ordem material. Quanto à preferência de cunho

processual, sua valia se faz sentir quando disputam mais de um exequente sob idêntica preferência de ordem material. Entre eles não se faz pagamento proporcional, que homenageia a regra da *par conditio creditorum*, pela singela razão de que não há insolvência. Como o concurso se dá em face de executado solvente, ainda organiza os pagamentos a regra *prior in tempore, potior in iure*: receberá o coexecutado com primeira penhora constituída. Em seguida, vem o coexequente de idêntica classificação, com penhora posterior.²⁶ Assim, a preferência de cunho processual (ordem cronológica das penhoras) é útil para a organização das preferências da mesma classe de preferência material (GIANNICO, 2012, p. 316-7).

5.8.1 Marco cronológico das penhoras

Para a resolução do concurso de exequentes, imprescindível ater-se à ordem das penhoras sobre o bem arrematado.

Efetiva-se a penhora por termo ou por auto (Código de Processo Civil, art. 659, § 4º). No comum dos casos, precedido de mandado de penhora, o auto consubstancia o cumprimento, por oficial de justiça, da constrição. A penhora por termo é viável se o exequente junta certidão da matrícula do imóvel, nos termos do art. 659, § 5º, do Código de Processo Civil. Em qualquer dos casos, sobretudo quando se penhoram bens móveis, o depositário deve constar do auto ou do termo de penhora (Código de Processo Civil, art. 659, § 5º, e art. 665, IV).

Em princípio, perfectibiliza-se a penhora pelo cumprimento do mandado – escriturando-se o auto –, ou pela simples lavratura de termo. No tocante aos bens sujeitos a sistema público de registro (em especial os bens imóveis), discute-se sobre a necessidade do registro da penhora.

A antiga redação do art. 659, § 4º do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 8.953/1994, antes das Leis nºs 10.444/2002 e 11.382/2006, indicava claramente que o registro era elemento da própria penhora de bens imóveis (BECKER, 2008, p. 19): “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”. As leis posteriores retiraram a parte que atrelava a realização da penhora ao registro; fizeram, contudo, constar o registro (Lei nº 10.444/2002) ou a averbação (Lei nº 11.382/2006) como condição para a oponibilidade *erga omnes*. Resta saber que relevância tem o registro²⁷ da penhora, para fins do concurso de exequentes.

Assume-se a premissa de que não é necessária a averbação da penhora do bem imóvel para considerá-la perfeita. O efeito precípua da averbação é tornar conhecida de terceiros (presunção absoluta) a penhora efetuada (Código de Processo Civil, art. 659, § 4º). Deduz-se comumente o efeito *erga omnes*, para fins de fraude à execução. No tocante ao incidente recursal, entende-se que a penhora averbada é condição para participação do coexequente.²⁸ Não é o entendimento comum, entretanto.

Dispensa-se a averbação da penhora para a participação no incidente, mas o coexequente a quem cabia providenciá-la não será intimado na forma do art. 698 do Código de Processo Civil (GIANNICO, 2012, p. 298). Em que pese ser solução aceitável, entende-se que pode conduzir a situações injustas.

Não se respeita o devido processo legal substancial se se permite surpreender o coexequente diligente (que averbou sua penhora) com a participação, no concurso, de outro

coexequente, titular de crédito melhor classificado materialmente, com penhora de imóvel não averbada. Note-se que o exequente pode pedir a substituição da penhora se o bem constrito já tiver o gravame de outra (Código de Processo Civil, art. 656, IV). Sabedor de outras penhoras – justamente o objetivo da averbação, *verbis*: “para presunção absoluta de conhecimento por terceiros” –, o exequente evitará para si o inconveniente de propulsionar a execução fadada à inutilidade. É viável admitir em concurso apenas os exequentes com penhora averbada, nos casos de penhora sobre bens imóveis. Além de tornar factível a intimação mencionada no art. 698 do Código de Processo Civil, a averbação, pelos efeitos que lhe são próprios, torna substancialmente adequado o processo (*substantive due process of law*). Os coexequentes disputarão o produto da arrematação em condições transparentes, se souberem exatamente quais serão os outros exequentes aptos a receber; a partir dessa informação, poderão pleitear, se preferirem, a substituição do bem penhorado. Cumpre realçar que os coexequentes são terceiros entre si, calhando-lhes o disposto a respeito da presunção absoluta de conhecimento da penhora alheia. Cabe ao juízo prevenir ato contrário à dignidade da Justiça (Código de Processo Civil, art. 125, III); por mais vago e ambíguo que seja o objetivo dessa prevenção, é certo que não anda bem a Justiça que permite ao exequente envolver-se em execução que não atingirá seu fim: a satisfação do crédito.

Não obstante a importante função da averbação para alguns casos, sua data não afeta a data da penhora efetuada, sempre por auto ou termo: é a data destes o marco temporal da penhora para aferição da anterioridade (ASSIS, 2003, p. 211-2).

Retroage à ocasião da pré-penhora (Código de Processo Civil, art. 653, embora diga sobre arresto), se convertida em penhora, nos termos do art. 654 do Código de Processo Civil.

6 CONCLUSÕES

I – O concurso de exequentes é incidente processual em que se organizam os credores de diversas execuções singulares.

II – Três são os pressupostos processuais específicos do concurso de exequentes: (a) execuções pendentes em face de devedor comum; (b) diversas penhoras sobre o mesmo bem do devedor comum; e (c) arrematação do referido bem.

III – Compete ao juízo da arrematação processar o incidente concursal.

IV – A oportunidade de instauração do concurso se dá pela comunicação do juízo arrematante da ocasião da praça e de sua efetivação a todos os credores com penhoras sobre o bem arrematado, bem como àqueles com direitos reais sobre a coisa alheia arrematada.

V – As comunicações aos coexequentes se fazem pelo rol de penhoras registradas na matrícula do bem imóvel. Semelhante proceder se adota em quaisquer casos em que o bem penhorado se submeter a sistema público de registro.

VI – No caso de o bem arrematado ser móvel, sem submissão a sistema público de registro, intimam-se o depositário e o devedor, para que informem quais outros eventuais exequentes detêm penhora sobre o bem a arrematar.

VII – Apresentadas as preferências pelos exequentes interessados – sem que haja litisconsórcio necessário –,

intimam-se todos, bem como o executado, para impugnar as preferências.

VIII – Podem as partes produzir provas para defesa de sua preferência, em audiência inclusive.

IX – A ordem será julgada por decisão interlocutória, a desafiar agravo de instrumento.

X – A ordem das preferências observa critérios materiais e processuais. Por critério material ou substancial entende-se a posição relativa em que o Direito aloca a espécie de crédito. Forma-se hierarquia entre classes de créditos, sob o ângulo da ordem de pagamentos.

XI – Havendo vários créditos pertencentes à mesma classe, a ordem de pagamentos segue o critério processual, isto é, a ordem das penhoras.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Volnir Cardoso. Concurso especial de credores. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 117, set.-out. 2004.

ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECKER, Bruno. Concurso de credores: a preferência instituída pelo registro da penhora. *Revista de Direito e Jurisprudência*, n. 109, out. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos de processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1.

_____. *Fundamentos de processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 2.

GIANNICO, Maurício. *Expropriação executiva*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Direitos de preferências e privilégios no concurso de credores na execução. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 131, jan. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Concurso de exequentes (credores). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

1 Projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados (apensado ao Projeto de Lei nº 6.025/2005): “Art. 924. Havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências. § 1º No caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza propter rem, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência. § 2º Não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora. Art. 925. Os exequentes formularão as suas pretensões, que versarão unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora. Apresentadas as razões, o juiz decidirá. Parágrafo único. A decisão é impugnável por agravo de instrumento”.

2 Excepciona a execução específica de obrigação de quantia certa a possibilidade de o credor se satisfazer mediante adjudicação, nos termos dos arts. 685-A e seguintes do Código de Processo Civil. São regras, em que pese encontradiças em lei processual, que regulam o exercício de aspecto substancial do objeto do pagamento da obrigação (Código Civil, art. 313).

3 REsp 976.522/SP, Terceira Turma, Relª. Ministra Nancy Andrighi, julg. 2 fev. 2010, DJe 25 fev. 2010.

4 Mais claro é o projeto do novo Código de Processo Civil, cujo art. 925, parágrafo único, prevê seja o incidente apreciado “em decisão impugnável por agravo de instrumento” (vide nota nº 1).

5 No caso de bens imóveis (ou outro bem sob sistema público de registro), é necessária a averbação da penhora – não por razões de efetivação ou perfeição da penhora, mas por eficácia. Mais amplamente, dedica-se tópico particular à reflexão, adiante.

6 Apresenta a corrente Araken de Assis (2003, p. 216), em monografia sobre o tema do concurso de exequentes (*Concurso especial de credores no Código de Processo Civil*). Alude adotá-la Paulo Furtado, Amílcar de Castro, Celso Agrícola Barbi, bem como Pontes de Miranda, em comentários sobre o Código de Processo Civil de 1939. O entendimento se baseia na conexão instrumental entre as execuções com diversas penhoras sobre o mesmo bem, isto é, no liame finalístico entre as execuções: a arrecadação de dinheiro a partir da excussão do bem para pagamento dos créditos. Não se trata do conceito de conexão encontradiço no art. 103 do Código de Processo Civil, como adverte Araken de Assis (2003, p. 181), mas de concepção dilargada da conexão, tal como empregada pelo art. 315 do Código.

7 Argutamente, Dinamarco (2010, p. 1.446) pontua que o concurso de exequentes não é sobre o bem penhorado, mas sobre o dinheiro produto da excussão. Assim, a instauração do incidente depende da existência de dinheiro a repartir, o que se observa somente com a arrematação.

8 A favor da instauração de ofício, Araken de Assis (2003, p. 238).

9 Podendo desistir da execução, pode desistir de outras medidas mais brandas, como da penhora sobre determinado bem.

10 A solução, em si, é heterodoxa. A situação não se subsume a quaisquer dos casos do art. 463 do Código de Processo Civil; portanto, é preferível não se cogitar de aditamento da decisão.

11 Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

12 De toda forma, o arrematante receberá o bem livre do ônus fiscal *propter rem*, sem prejuízo da sub-rogação no preço. Trata-se de interessante caso em que o crédito fiscal não foi solvido, sem ser impedito do registro da carta de arrematação. Cabe ao juízo da arrematação, diante da recusa do oficial de registro de imóveis, determinar o registro da carta, independentemente da solução do crédito tributário. É certo que a hipótese traz tortuosos problemas, mas não se pode admitir o pagamento forçado do crédito tributário sem o ajuizamento da execução.

13 Por pretender fazer valer o privilégio de seu crédito, o coexequente tem o ônus de alegar e demonstrar a preferência pretendida. Sobre o ônus de afirmar como componente da inteireza da causa de pedir, veja-se Dinamarco, 2010, p. 542.

14 É a sugestão de Marcelo Abelha Rodrigues (2006, p. 262) que se acata. À míngua de regulação específica, o autor adverte que o prazo de cinco dias tem o apoio do prazo subsidiário do art. 185 do Código de Processo Civil, se bem que o dispositivo somente faz sentido justamente no caso de o juízo determinar o cometimento de algum ato processual, sem marcar-lhe prazo. Acrescentam-se à sugestão alguns pontos: (a) vislumbrando a dificuldade de se impugnar o número grande de créditos apresentados em concurso, o juízo pode marcar prazo maior do que o singelo quinquídio; (b) justifica-se a intimação do coexecutado pelo advogado, pois o incidente não instaura nova relação processual; (c) a circunstância de o concurso de dar entre vários coexequentes não faz incidir o art. 191 do Código de Processo Civil, pois não agem em litisconsórcio, embora plausível aplicar o preceito se diferentes advogados assistirem os coexecutados (entre os quais há genuíno litisconsórcio).

15 Por exemplo, será excluído do concurso o exequente que não tiver penhora sobre o bem arrematado. Igualmente, exclui-se o credor que sequer aforou execução. Ainda, reputa-se inviável a participação do credor hipotecário intimado da execução (Código de Processo Civil, art. 698) e que apresenta sua preferência (Código Civil, art. 961 e Lei nº 11.101/2005, art. 83, II), sem ter movido execução em face do devedor comum.

16 Cada um dos exequentes apresenta seu crédito em concurso, alegando sua qualidade de preferência, isto é, formulam seus argumentos (pontos). No cotejo entre os exequentes, tais pontos são postos em dúvida, a fim de verificar se, juridicamente, cada crédito está corretamente qualificado. Tais pontos postos em dúvida formam a questão a ser resolvida pelo juízo: dados os créditos habilitados, qual sua ordem de pagamento? A questão a ser resolvida não se confunde com o mérito da execução. O mérito compõe a pretensão a ser solucionada pelo Judiciário; no caso da execução, trata-se de dispensar ao exequente os meios estatais hábeis à satisfação do crédito, fazendo atuar o Direito (Dinamarco, 2010, p. 328-32).

17 Por exemplo, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-administrador somente é possível se alegada e comprovada sua atuação sob excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos (Código Tributário Nacional, art. 135, III), o que demanda do juízo decidir se há responsabilidade do administrador; incidentalmente, instala-se cognição a respeito, sem necessidade de processo apartado.

18 Bem entendido, a classificação do direito de preferência, pois há privilégios melhores que outros, à vista do art. 961 do Código Civil, por exemplo.

19 Este aspecto do concurso faz repensar a questão do excesso de penhora. O executado costuma alegar que o crédito executado é de valor muito menor ao do bem penhorado, com o que pretende livrá-lo da constrição. Sob o ângulo exclusivo da execução singular, o argumento faz sentido, em especial sob a contemporização do art. 620 do Código de Processo Civil. Entretanto, perde força o argumento se se atentar às inúmeras penhoras constituídas: o valor do bem penhorado pode ser desproporcional ao de cada execução singular, mas não ao somatório em concurso de exequentes.

20 Veda-se essa discussão no concurso de exequentes. Não está vedada a discussão (Constituição da República, art. 5º, XXXV) na via ordinária: sentindo-se preterido, poderá o coexequente buscar tutela em face do exequente beneficiado com a entrega do dinheiro, sob o fundamento de nulidade ou fraude do crédito solvido.

21 O art. 83 da Lei nº 11.101/2005 estabelece a ordem de preferências na falência. Sendo seu pressuposto a insolvência, não se aplica a ordem, sem adaptações, ao incidente concursal.

22 Justificou-se – não sem críticas – o tratamento preferencial dos créditos com garantia real, quando do advento da Lei nº 11.101/2005, com argumento *ad terrorem*: as instituições financeiras frequentemente se asseguram com garantia real; seu preterimento arriscaria a solvabilidade dos próprios bancos e, conseqüentemente, o sistema financeiro nacional.

23 Deve-se ter em linha que o incidente concursal propicia a reunião das execuções pela conexão instrumental, caracterizada pela arrematação do bem penhorado em todas elas. Concentra-se em único juízo etapa da entrega do dinheiro. Conseqüentemente, tudo se passa como se procederia nas execuções originais: o credor trabalhista não tem sua execução limitada a 150 salários mínimos e a multa tributária é crédito tributário a fundamentar a execução fiscal. Estes são alguns exemplos a demonstrar a inadequação da adoção integral da ordem de preferência da lei de quebras.

24 A classificação sugerida não é infensa a críticas. Ademais, cada classe suscita questões peculiares a respeito da correta classificação do crédito apresentado, a exemplo da nota seguinte.

25 Algumas observações. Primeiro, os créditos tributários do Distrito Federal acedem à espécie da competência tributária exercida (Constituição da República, art. 155, *caput*, e art. 147, *fine*). Assim, se o crédito executado pelo Distrito Federal for oriundo de típico tributo municipal, receberá em concurso na ordem deferida aos municípios. Segundo, embora o art. 29, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980 diga que Estados e suas autarquias, bem como municípios e suas autarquias recebam conjuntamente e *pro rata*, não de deve perder de vista que o incidente concursal pressupõe a solvência do executado. Logo, “conjuntamente” quer significar “na mesma classe de preferência” e a designação de pagamento *pro rata* não tem aplicação neste incidente concursal: recebem de acordo com a ordem cronológica de suas penhoras (art. 711, *fine*, do Código de Processo Civil).

26 Deve-se forrar o juízo de cometer enganos. A ordem das penhoras é observada dentro da mesma classificação de preferência. Assim, a preferência de ordem material não sucumbe à processual (ordem das penhoras), mas dela se vale para organizar o crédito dentro da classe. Assim, se os credores A e B têm privilégio especial e os credores C e D têm créditos quirografários, e se suas penhoras foram constituídas, respectivamente, em 2012, 2011, 2010 e 2009, admitidos no concurso em revista, a ordem de pagamentos será a dos créditos de B, A, D e C.

27 É preferível “registro” da penhora à “averbação”? Deixou de empregar aquele termo, ao menos no código, a modificação introduzida pela Lei nº 11.382/2006. A Lei de Registros Públicos, contudo, preceitua a penhora como objeto de registro (Lei nº 6.015, art. 167, I, n. 5). O contexto da hesitação entre os termos é devido à função da formalização da penhora no Ofício de Imóveis: se entendido que a penhora do bem imóvel depende da formalização, é próprio falar em “registro”; se a formalização é apenas *plus* de que não depende a perfeição da penhora, bastaria exigir “averbação”, por se tratar de informação a respeito da situação do imóvel. A modificação introduzida pela lei citada no início desta nota viabiliza a interpretação

de que a penhora não é criada com o registro, pois não fala em penhora registrável; di-la objeto de averbação. No interior do serviço registral, porém, tudo se passa como registro, por causa da dicção de sua lei específica. Neste trabalho, exceção feita à consideração presente, “registro” e “averbação” são tidos por equivalentes.

28 Havia-se estatuído, *retro*, a penhora como pressuposto para participação do incidente. Neste plano, acrescentasse que, nalguns casos, o pressuposto é sensivelmente modificado: não basta a penhora, há de ser averbada.