

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Os embargos do terceiro-credor: uma nova via no processo falimentar?

Marco Aurelio Ferenzini

Juiz de Direito em Belo Horizonte(MG)

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos

“Vamos aos embargos... E por que iremos aos embargos?”¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do giro do sistema anterior para a nova lei. 3. O terceiro e o credor. 4. O crédito como bem da vida perseguido pela via dos embargos. 5. O correntista e /ou aplicador como credor do banco falido. 6. Conclusão.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo lançar uma discussão sobre o dispositivo do Art. 93, da Nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), que trata dos embargos de terceiro, na medida em que aponta como legitimado ativo para a utilização dessa via processual o credor e não terceiro esbulhado ou turbado na posse. Tendo em vista a novidade do instituto contido na nova sistemática falimentar não se almeja, por óbvio, o esgotamento do assunto, mas um breve confronto do atual procedimento com o anterior e o sistema processual vigente.

ABSTRACT

The present work has as its aim to start a discussion about disposition of Art. 93, from the New Law of Bankruptcies (Law n. 11.101/2005), that it is about the arrests of third, so far as it points as the active legitimated for the application of this process way the creditor and not the third trouble in the possession. In view of the novelty of the institute contained at the new bankruptcies systematic it does not aim, by blatant, the exhaustion of the subject, but a brief of the actual confront of the actual procedure with the latter and the external present process system.

1. INTRODUÇÃO

Após onze anos de tramitação no Poder Legislativo, ao direito brasileiro foi introduzido um novo modelo falimentar com a promulgação da Lei n. 11.101, de 9-2-2005. Substituiu-se o emperrado procedimento da concordata pela recuperação (judicial e extrajudicial) adequando nosso sistema ao de nações industrializadas. No âmbito da falência vieram alterações consideráveis, tornando a execução coletiva mais apta para atender aos anseios conflitantes do empresário insolvente e seus credores. Não se cogita mais do inquérito judicial e da verificação de contas. A habilitação dos credores passou a ser realizada perante o administrador judicial, o qual teve sua atividade profissionalizada, facilitando a realização do ativo e alterando a ordem de classificação dos credores.

É certo que os procedimentos ainda estão em uma fase inicial de processamento perante o Poder Judiciário, não sendo ainda possível aferir a efetividade dos novos instrumentos contidos na Nova Lei de Falências, tampouco a posição dos Tribunais.

Mas, foi inserido nesse novo diploma falimentar o Art. 93 dispondo sobre os embargos de terceiros dentro da Seção III que trata do Pedido de Restituição. Mas, como se verá à frente, tudo indica ter havido um novo enfoque ao aludido incidente processual, transformando o terceiro em credor, o credor em

terceiro.

2. DO GIRO DO SISTEMA ANTERIOR PARA A NOVA LEI

O Decreto-lei n. 7.661, de 21-6-1945, em seu art. 79, inserido no Título V, que dispunha Do Pedido de Restituição e dos Embargos de Terceiro, era vazado nos seguintes termos: “Art. 79. Aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do sequestro, poderá, se não preferir usar o pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro”.

É que o síndico, quando da promoção da arrecadação, não tinha outra opção senão promover a constrição de todos os bens que estivessem no estabelecimento do falido. Promovendo a arrecadação desses bens poderia turbar ou esbulhar a posse ou direito de terceiro, para o qual havia a possibilidade do manejo do incidente em questão. Anote-se que aparentemente o citado dispositivo legal dava uma opção ao turbado ou esbulhado de valer-se do pedido de restituição. Mas, não são procedimentos equivalentes na medida em que a mera turbação não autorizava a utilização do pedido restituidório, apesar da posição divergente de Rubens Requião.²

A nova lei, ao tratar dos embargos de terceiro, não deu ensejo a essa dúvida não admitindo a fungibilidade daqueles com

o pedido de restituição, dispondo textualmente: “Art. 93. Nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiro, observada a legislação processual civil.”

Mas, o cerne da questão ora debatida, na real verdade, reside no fato de a Nova Lei de Falência dar legitimidade ativa aos credores e não aos terceiros como se deduzia do texto legal do Decreto-lei n. 7.661 e da nossa própria tradição processual civil, esta aplicável de forma subsidiária.

Indago:

- a) Qual credor terá a oportunidade de manejar os embargos de terceiro do art. 93, da Lei n. 11.101/2005?
- b) Criou-se uma nova classe de credores na falência?
- c) De qual instrumento dispõe o terceiro que foi esbulhado ou turbado na sua posse ou direito?

3. O TERCEIRO E O CREDOR

Os processualistas procuram conceituar o legitimado ativo para o manejo dos embargos de terceiro, pois “quem não sendo parte no processo”, como consta do texto legal, não é suficiente para indicá-lo.

Hamilton de Moraes e Barros³ destaca a posição de vários deles:

Para PEREIRA DE SOUZA, citado por LUIZ AMBRA, em Dos embargos de Terceiro, pág. 20, “Terceiro é a pessoa diferente daqueles que tem contenda entre si” e, logo a seguir, o mesmo LUIZ AMBRA acrescenta: “é o antônimo de parte, haja ou não sentença na lide”.

PONTES MIRANDA, depois de dizer que “somente pode embargar como terceiro quem não tomou parte no feito”, pondera que “mais precisa e cientificamente se há de dizer que não pode usar de embargos de terceiro quem quer que esteja sujeito à eficácia do ato judicial que pretende embargar” (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed.vol. IX, pág. 23).

LIEBMAN, em parecer na Revista Forense, vol. CIX, pág. 46, assentou:

Para determinar se uma pessoa é ou não parte em processo, não é suficiente considerar a sua identidade física, devendo-se, ao contrário, tomar em conta também a qualidade jurídica em que compareceu no feito. Uma pessoa física poder ser simultaneamente parte e terceiro com relação a determinado processo, se não diferentes títulos jurídicos que justificam esse duplo papel que ela pretende representar, se não distintas as posições jurídicas que ela visa a defender.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, nas suas perfeitas Instituições de Direito Judiciário Civil, vol. 5, 2ª ed., pág. 445, ensina: “Os embargos são de terceiro; mas, como tal, deve entender-se não a pessoa física ou jurídica que não tenha participado

do feito, mas a pessoa titular de um direito outro que não tenha sido atingido pela decisão judicial”.

Depois de repetir a lição de J. M. CARNEIRO LACERDA, nos Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro, edição de 1941, vol. IV, pág. 175, de que terceiro “é o que não figurou na causa principal, ou contra quem a sentença não é exequível”, ainda escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Se a pessoa citada para a execução é parte ilegítima (ilegitimidade passiva *ad causam*) para figurar na relação processual executória, o que lhe cumpre é aduzir essa falta de condição de ação nos embargos do executado. Impossível lhe é, depois, opor embargos de terceiro.

Ainda com relação ao conceito de terceiro, vale invocar-se JOSÉ ALBERTO REIS, para quem “terceiro contrapõe-se a parte. É terceiro com relação a um processo quem nele não figura como parte. É com a intervenção em processo alheio que o terceiro se transforma em parte.”

E vamos encerrar essa caracterização com a palavra de MOACIR AMARAL SANTOS, nas suas Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2º, 4 edição, 1972, Max Limonad editor, pág. 24: “Terceiros são pessoas estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material àquela se liga intimamente, intervém no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio”.

Ora, não discrepam, portanto, em identificar o terceiro como sendo aquele que não compareceu ao processo como parte, conceito que se transpõe facilmente para o processo falimentar até pela aplicação subsidiária da lei processual civil, o que difere da figura do credor diante da instauração da falência do sujeito passivo do crédito.

É que, decretada a falência e publicado o edital a que alude o art. 99, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, incumbe ao credor não relacionado promover a habilitação de seu crédito perante o administrador judicial. Crédito este que, devidamente habilitado, será satisfeito quando da liquidação do ativo e pagamento dos demais credores.

Tendo em vista o negócio jurídico existente entre o credor e o falido, estando aquele relacionado pelo administrador judicial, ou sendo admitido pela via da habilitação, somente se pode dizer que o credor figura no processo falimentar como parte, nele podendo intervir ativamente na defesa de seus interesses perante a massa. Não se amoldando a sua condição à posição de terceiro nos autos da falência, pois dele é parte e tem atuação ativa, repetindo.

4. O CRÉDITO COMO BEM DA VIDA PERSEGUIDO PELA VIA DOS EMBARGOS

O art. 1.046, do Código de Processo Civil, põe à disposição do terceiro os embargos quando sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens. Já o art. 79 da revogada Lei de Falência outorgava expressa proteção, não só à posse, mas também a

direito⁴.

A Lei n. 11.101/2005, por seu turno, dispõe que, nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiro, observada a legislação processual civil.

Não se pode daí extrair a conclusão de que os direitos estariam excluídos da proteção dos embargos, pois até mesmo o crédito pode ser perseguido como leciona Pontes de Miranda⁵:

O direito pode ser pessoal, como se o juiz penhora crédito, pretensão ou ação, ou se, devendo somente penhorar o bem, deducta a dívida, a pretensão, ou a ação, o penhora sem restrição, ou se, devendo somente penhorar o crédito, a pretensão ou a ação, penhora o bem, cujo domínio ou direito real ainda não foi transferido ao credor, ou titular da pretensão ou ação.

O mesmo Pontes de Miranda⁶ afirma que:

O terceiro, que é apenas credor do executado, pode embargar com fundamento em que a coisa julgada material ou o ato judicial é incompatível com o seu “direito” e lhe cause constrição. Não precisa, para isso alegar colusão. O credor é terceiro como qualquer outro.

Porém, sem dúvida, esta não é a posição do credor do falido.

Mas, na medida em que seu crédito não é objeto de arrecadação pelo administrador judicial, mas sim parte integrante da massa que compõe o passivo da empresa insolvente, aquela não é a hipótese normal da situação do credor no processo falimentar.

Ora, se não houve arrecadação de seu crédito, como cogitar da utilização da via dos embargos?

O detentor, em virtude de direito real ou de contrato, que teve seu bem arrecadado pelo administrador judicial no estabelecimento do falido, será legitimado ativo para promover o pedido de restituição, na forma do art. 85, da Lei n. 11.101/2005.

Nessa hipótese, tive oportunidade de demonstrar na dissertação de mestrado⁷ as várias hipóteses em que inclusive o dinheiro arrecadado na falência pode ser objeto do pedido restitutório.

5. O CORRENTISTA E /OU APLICADOR COMO CREDOR DO BANCO FALIDO

Naquela mesma oportunidade da dissertação argumentei da possibilidade do correntista e/ou aplicador de instituição financeira falida valer-se do pedido de restituição para reaver os valores depositados e/ou aplicados arrecadados pelo administrador judicial, tendo em vista a ausência de transferência da

propriedade da quantia aplicada e/ou depositada, pela aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor⁸ e pela ausência de plena disponibilidade sobre os respectivos valores pelo banco.

Contudo, a tese que prevaleceu no julgamento do caso da falência do Banco do Progresso S.A., em sede de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça⁹ é a de que, na hipótese, há transferência de propriedade e que o depositante não tinha cobertura do art. 76, do Decreto-Lei n. 7.661/45 (hoje, art. 85, da Lei n. 11.101/2005), pois se trata depósito de coisa fungível, que se regula pelo que dispõe a lei acerca do mútuo (art. 1.280, do Código Civil de 1.916 – art. 645, do Código Civil de 2002). Assim, o correntista e/ou aplicador da instituição financeira falida transmutou-se de terceiro para credor, sujeito ao rateio na classe dos quirografários, mas não legitimado ativo para os embargos de terceiro.

Aliás, Trajano de Miranda Valverde¹⁰, comentando o Art. 79, do revogado Decreto-Lei n. 7.661/45, indaga e aduz que:

Poderá o juiz, se julgar improcedentes os embargos de terceiro, mandar incluir o embargante na classificação que, como credor, por direito lhe caiba? Parece que sim, atendendo-se ao princípio de economia processual e à circunstância de que, no pedido de restituição, essa faculdade é concedida ao juiz (art. 77, parágrafo 5º).

Seria esse credor, do banco falido, o legitimado ativo para os embargos de terceiro na Nova Lei de Falências?

Entendo que não, pois a ele cabe o pedido de restituição e o sistema da Lei n. 11.101/2005 não teve alterações substanciais a inviabilizar a busca do crédito por intermédio desse procedimento.

6. CONCLUSÃO

A doutrina que se debruçou sobre o texto da Nova Lei de Falências ainda não se atentou para a questão enfocada, bem como não se tem notícia de que já tenha sido objeto de apreciação pelos Tribunais.

Mas o fato é que ainda não se vislumbra qual vai ser o credor apto para manejar os embargos de terceiro, tampouco se pode dizer da criação de uma nova classe de credores.

Ao terceiro, assim entendido aquele conceituado pela doutrina processual civil, que foi esbulhado ou turbado na posse de seus bens ou direito terá por certo a possibilidade da utilização dos embargos a que alude o art. 1.046, do Código de Processo Civil, pois o art. 93, da Lei n. 11.101/2005, ressalva a observância da aplicação da legislação processual.

Enquanto isso, vamos aos embargos...

NOTAS

1 ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Globo, 1997. p. 177. (Obras completas de Machado de Assis)

2 REQUIAO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, p.254

3 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v.9, p.363-365.

4 “Art. 79. Aquele que sofrer turbacão ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens via de embargos de terceiro”.

5 Miranda, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t.15, p.7

6 Idem, 1977, p. 79

7 FERENZINI, Marco Aurélio. *O dinheiro de terceiro em poder do falido como objeto do pedido de restituição no processo falimentar*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2006.

⁸ Tese agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro Consif, em que foi relator o Ministro Carlos Veloso, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁹ Vide exemplificativamente: Recurso Especial n. 504.300-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 20/05/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 1 jun.2005.

¹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.70-71.

REFERÊNCIAS

1 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

2 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v 9

3 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

5 GUERRA, Érica; LITRENTA, Maria Cristina Frascari (Org.). *Nova lei de falências*; lei 11.101 de 9/2/2005, comentada. Campinas, SP: LZN, 2005.

6 MACHADO, Rubens Aprobato (Coord.). *Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

7 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t.15

8 PACHECO, José da Silva. Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro no processo de falência consoante a nova lei. *ADV Advocacia dinâmica*: boletim informativo semanal, v. 25, n. 31, p.607, 7 ago. 2005 .

9 PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v.1

11 SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

12 TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. v. 2.