

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

REVOCATÓRIA FALIMENTAR

WILLIAM CASTILHO RAMLOW

CURITIBA

2006

WILLIAM CASTILHO RAMLOW

REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção ao título de Bacharel em Direito, sob
a orientação do Prof. Carlos Eduardo
Manfredini Hapner.



CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO
REVOCATÓRIA FALIMENTAR

por

WILLIAM CASTILHO RAMLOW

MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA COMISSÃO FORMADA PELOS PROFESSORES:

ORIENTADOR:

Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Prof. M./Dr.

Prof. M./Dr.

CURITIBA, _____ de _____ de _____.

"Homo homini lupus est."

Thomas Hobbes.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Primeira Parte: Parte Geral	3
2.1 Princípios	3
2.2 Lei de Falência e Recuperação de Empresas	6
2.2.1 Recuperação	6
2.2.2 Viabilidade	10
2.2.3 Falência	12
2.3 Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia	14
2.3.1 Existência	15
2.3.2 Validade	15
2.3.3 Eficácia	16
2.3.4 Considerações	18
3. Segunda Parte: Parte Especial	21
3.1 Sentença Declaratória de Falência	21
3.2 Período Suspeito e Termo Legal da falência	26
3.3 O Patrimônio do Devedor	30
3.4 A Fraude contra Credores	32
3.5 Ação Pauliana	35
3.6 Revocatória Falimentar	38

3.6.1 Ineficácia Objetiva	41
3.6.2 Ineficácia Subjetiva	44
3.7 Generalidades	47
3.8 A Atuação do Ministério Público na Revocatória Falimentar ...	50
4. Conclusão	54
5. Bibliografia	56

1. Introdução

A atividade empresarial pressupõe, em maior ou menor grau, o risco. O insucesso pode ocorrer por diversos motivos e muitos anos após o início dos negócios. Exemplos disso são comuns até mesmo em grandes potências de setores variados do mercado, veja-se, por exemplo, o caso Encol, na construção civil, ou Varig, no transporte aéreo, surpreendendo, chocando e lesando não só os credores do insolvente, como também a sociedade.

Antes de chegar ao ponto da *crise patrimonial fatal da empresa*¹, porém, é muito comum que o devedor tente, mediante uma série de ilegais malabarismos mercantis, empresariais, contratuais, etc., beneficiar-se em detrimento daqueles a quem deve.

Nesse sentido, preocupou-se o legislador em propiciar instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para a segurança das relações empresariais e o desenvolvimento econômico da sociedade em geral.

É nesse cenário que se desenvolve a ação revocatória falimentar: ferramenta de grande importância apta a proteger os credores de atos já praticados pelo empresário² falido que tenha prejudicado suas garantias.

O tema é de grande expressão no processo de falência e suscita novo interesse, haja vista a revogação do Decreto-lei 7.661/45 pela Lei nº.11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que passou a vigorar no dia 8 de junho do mesmo ano.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101 de 9-2-2005)**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24, ao se referir à insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo.

² O termo “empresário” foi inserido pelo art. 966 do Código Civil de 2002, extinguindo a figura do comerciante, presente na Lei Falimentar anterior.

Por esse motivo, o presente trabalho pretende estudar a revocatória falimentar sob o prisma da nova lei, contrapondo-a, bem como os elementos que a circundam, com a lei antiga, de forma que se possa concluir sobre a necessidade e efetividade das mudanças.

2. Primeira Parte: Parte Geral

2.1 Princípios

O processo da insolvência, como qualquer outro, aliás, é orientado por princípios. Estes são um conjunto de disposições de maior generalização cuja norma se subordina a fim de permitir uma interpretação sistemática³. Partindo do pressuposto que nenhuma lei existe sozinha e, portanto, não deve ser entendida isoladamente, é mister compreender os princípios norteadores da lei de regência.

Princípio da viabilidade da empresa. Apesar da importância da atividade econômica em uma sociedade pluralista e de livre iniciativa como a nossa, há de se considerar, também, o desserviço prestado pela empresa insolvente e desestruturada. O ponto divisório dessa análise é, precisamente, a viabilidade da empresa.

A aferição da viabilidade será abordada em momento oportuno nesse estudo. Importa saber, por ora, que a lei proporciona soluções diferenciadas para empresas economicamente viáveis ou não. Para as primeiras, a recuperação judicial ou extrajudicial. Para as segundas, a falência.

Princípio da relevância do interesse dos credores. Ainda que a importância da manutenção da empresa deva ser considerada, qualquer regime de insolvência visa satisfazer, equitativamente, pretensões creditícias legítimas. Isto quer dizer que a recuperação ou a falência da empresa é instaurada essencialmente para satisfazer os interesses dos credores.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, v. I, p. 128.

Esse fato deve ser entendido em sentido geral, ou seja, não em razão de um ou de outro credor, como determina o próximo princípio, mas sim em favor da coletividade dos credores. É importante frisar que essa supremacia é relativa, isto é, pode ser mitigada tendo em vista a importância socioeconômica da empresa e, neste caso, cedendo ao interesse público.

Princípio da “par conditio creditorum”. O princípio da equidade é basilar no Direito e, aqui, está presente de forma intensa e constante. Isto quer dizer que o processo concursal só é instaurado para tratar eqüitativamente os créditos, na medida em que o ativo não mais é suficiente para garantir o passivo. Antes disso, é permitido que qualquer credor exerça separadamente seu direito. Uma vez insolvente o devedor, se fosse permitida a execução individual, credores mais próximos ou inescrupulosos poderiam ser favorecidos.

Cada crédito tem classificação própria determinada pela lei, por isso não só na formação da execução coletiva, mas até o seu término será observada a “*par conditio creditorum*”. Existe paridade, mas não, necessariamente, nivelamento dos credores.

Princípio da publicidade dos procedimentos. Esse princípio não visa apenas à conhecida publicidade “*stricto sensu*” dos atos processuais, mas também a clareza e a objetividade na definição dos atos que integram o processo de insolvência.

A preocupação do referido princípio é evitar atos protelatórios, principalmente do devedor, que tanto prejudicam o bom andamento do processo e, por conseguinte, a satisfação dos credores. Reclama a publicidade a clara e necessária estipulação, pelo juiz, de requisitos, prazos e fundamentos, a fiscalização do representante do Ministério Público e do administrador da massa

e, por fim, a ampla participação dos credores ao longo do processo, a fim de conservá-lo transparente, previsível e seguro.

Princípio da maximização dos ativos. O processo de insolvência deve ter os ativos do devedor preservados e, se possível, maximizados para ser plenamente concluído. A experiência sintetizada por esse princípio atesta que, no período da crise econômica da empresa, credores mais ligeiros podem ajudar a dissipar os ativos para satisfazer, ao menos em parte, seus créditos em prejuízo da coletividade.

Frise-se que a maximização dos ativos visa resolver ao máximo os créditos e não devolver sua fruição ao devedor insolvente. O que se pretende recuperar ou proteger é a empresa, não o empresário.

Princípio da preservação da empresa. Vários fatores devem ser considerados quando se pretende extinguir uma empresa. As seqüelas advindas da falência são inevitáveis, tanto no mercado quanto na sociedade. A empresa, ainda que insolvente, é uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços e oferece empregos. Daí porque há de se preservar a empresa e porque é suficiente a presunção da insolvência para desencadear meios de recuperá-la. Prioriza-se, através da atual Lei de Falências, a recuperação à liquidação.

Acertada é a posição defendida por RUBENS REQUIÃO, NELSON ABRÃO, JORGE LOBO e PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO⁴, ainda na vigência da Lei de Falências de 1945, segundo a qual o ordenamento jurídico deveria prever formas de manter a empresa insolvente em

⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo.** 3ª ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 34 - 42.

funcionamento, por ser fonte geradora de empregos, impostos, divisas, etc., e não servir de instrumento de liquidação da sociedade empresária.

Não condiz com o princípio em análise a preservação do empresário, já que proteger a atividade significa, quase sempre, separar os interesses da empresa dos interesses dos seus dirigentes. E, de fato, essa parece ser a via mais adequada de se atender à vontade da lei e que deve prevalecer sobre quaisquer outras pretensões, visto que, através da recuperação, os empregados e o mercado podem ter seus interesses salvaguardados e os credores podem ter seus créditos resolvidos, ainda que em prazo maior.

2.2 Lei de Falência e Recuperação de Empresas

2.2.1 Recuperação

A lei confere duas possibilidades resolutórias das relações jurídicas derivadas do estado de crise econômico-financeira dos agentes econômicos: a recuperação da empresa ou sua falência. Em ambas há concurso. Naquela, concurso de observação. Nesta, concurso de liquidação.⁵

A fim de observar os supracitados princípios da preservação da empresa e da maximização dos ativos sobre o qual incidem as pretensões dos credores, o legislador brasileiro inseriu no ordenamento as figuras da recuperação judicial e extrajudicial. Solicitação antiga da doutrina, a recuperação visa prevenir a falência.

⁵ FAZZIO JR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

Frise-se que o processo de recuperação não veio para substituir a concordata preventiva. Como anotado anteriormente, grande parte da doutrina criticava a Lei de Falências e Concordatas de 1945, alegando que o instituto da concordata consistia, singelamente, em protelar o pagamento de créditos quirografários ou propor sua quitação com abatimento de valores. Nas palavras de WALDO FAZZIO JÚNIOR, “para dizer pouco, a concordata não recuperava a empresa. Quase sempre, prorrogava sua agonia.”⁶

REQUIÃO afirmou até que a falência e a concordata da lei anterior “transformaram-se em nosso país, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos.”⁷

Antes, o empresário devedor comprometia-se, quando muito, com a dilação ou a remição dos seus débitos. Com a nova lei, há a possibilidade de recompor suas atividades empresariais e, concomitantemente, solver seu passivo de forma mais eficaz. A empresa insolvente, garantia insuficiente aos credores, passa a ser encarada como unidade produtiva apta não só a satisfazer os credores como permanecer ativa.

Com exceção da falência advinda do pedido do próprio devedor (autofalência ou liquidação voluntária), as demais espécies serão sempre presumidas. Em outras palavras, liquidação coletiva forçada resulta de uma presunção de insolvência, fundada na suspensão de pagamentos ou nos atos indutores de insolvência, conforme a previsão legal.

⁶ *Op. cit.*, p. 105.

⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. vol.2. p. 248.

Mas existe uma oportunidade oferecida pela lei ao empresário antes que o descumprimento da obrigação de pagar autorize sua falência. Essa oportunidade é a *recuperação*. Através dela o devedor pode demonstrar que, simplesmente, pode superar a crise econômico-financeira na qual se encontra. Isto quer dizer que a recuperação é uma chance outorgada pela lei ao empresário, o qual readquire a capacidade de cumprir suas obrigações, de não descumpri-las. Para isso, existem medidas para auxiliar a empresa a se recuperar, como decidiu o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. VARIG. POSTULAÇÃO PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Estando a empresa demandada em processo de recuperação judicial, as ações e execuções promovidas contra a devedora permanecem suspensas. Inteligência do art. 52, III, Lei nº. 11.101/05. Inovação do pedido em sede recursal que impede a apreciação sob pena de supressão de um grau de jurisdição. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.⁸

Apesar de essa chance estar prevista na lei e de o direito de pedir do insolvente ser concedido pelo Judiciário, não é o Estado quem a proporciona. Com efeito, quem concede a oportunidade são os credores, isso se entenderem que esse caminho é o melhor para os seus interesses do que a via falencial.

Portanto, a lei não concede, de fato, a recuperação, mas dá ensejo apenas à faculdade de pedi-la. Nos termos do art. 35 da Lei de Falência, cabe à assembléia geral de credores decidir sobre a aceitação ou não do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

⁸ TJRS – 9ª Cam. Cív. – Ag. Instr. 70016742876 – Rel. Tasso Caubi Soares Delabary – j. em 05.09.2006.

Pode-se dizer que o processo de recuperação, tanto judicial como extrajudicial, é uma intervenção dos credores na empresa do devedor, a pedido deste e sob o controle de legalidade sempre judicial.

Ao contrário da revogada Lei de Falência de 1945, na qual aos credores era praticamente imposta uma proposta remissória ou dilatória através da concessão da concordata, a lei em vigência trouxe uma série de prerrogativas aos detentores de créditos.

A despeito de alguns autores, como FAZZIO JÚNIOR, entenderem que não se trata de excesso conferido pelo legislador aos credores “porque quem tem o direito de crédito é que tem, também, disponibilidade dele”⁹, tais prerrogativas podem ser prejudiciais e significar poder demasiado se exercidas inadvertidamente e sem a devida supervisão judicial. Isto porque, em algumas ocasiões, aos credores é dada a faculdade de decidir sobre o futuro da empresa. Se uma análise aprofundada acerca de sua viabilidade e/ou utilidade pública não for realizada com cautela, de forma que se preserve a empresa antes mesmo de submetê-la à vontade dos credores, pode-se condenar à liquidação uma unidade produtiva de grande valor social exclusivamente pelo interesse imediatista privado.

E essa é a tendência se tal decisão couber aos credores, visto que credor algum aceita gastar “dinheiro bom em cima de dinheiro ruim”, ou seja, esperar muito mais tempo para receber seus créditos com o objetivo de recuperar uma empresa, notadamente em dificuldades econômicas e representando risco ao seu próprio empreendimento.

⁹ *Op. cit.*, p. 99.

Entretanto, a recuperação, ainda assim, é melhor do que a extinta concordata. Os credores são sujeitos ativos da recuperação, não se limitam a aceitar ou não uma proposta.

É possível discordarem do plano proposto pelo devedor, mas, se o fizerem, estarão ante a realidade fática de insolvência econômica e não mais restritos à presunção jurídica. Em outros termos, mas com o mesmo alcance, o sistema da recuperação é mais transparente, pois as conseqüências advindas das atitudes dos credores podem ser, por eles mesmos, calculadas e esperadas, na medida em que agem baseados em um fato, não em uma presunção.

2.2.2 Viabilidade

O item 2.1 traz a viabilidade como princípio norteador do processo da insolvência. Cabe, agora, maior aprofundamento sobre o assunto, considerando sua relevância na decisão de ser concedida a recuperação ou decretada a falência da empresa insolvente.

É claro que o conceito de viabilidade não comporta explicação simplista. A distinção entre empresas viáveis e inviáveis deve ser forjada a partir de mecanismos de mercado. Não pode ser gerada por abstrações normativas. O papel do Direito, aqui, deve ser de mero árbitro da legalidade. A questão é de índole econômico-financeira. O substrato jurídico só disciplina direitos e deveres; não viabiliza nem inviabiliza.¹⁰

Isto quer dizer que a aferição da viabilidade é questão complexa e não cabe à lei elencar os seus requisitos. Não se diagnostica, simplesmente, se a

¹⁰ FAZZIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 102.

empresa é viável ou não. Há de se avaliar a sua aptidão para integrar o mercado de forma produtiva.

Embora não haja declaração expressa por parte da lei sobre o que é necessário para se determinar a viabilidade de uma empresa insolvente, a moderna e mais acertada doutrina afirma que, de fato, existem parâmetros objetivos a serem observados.

Tais parâmetros coincidem com os pressupostos da ação de recuperação judicial, ou seja, aqueles que precisam estar presentes para que seja entrevista como recomendável. São eles: importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; mão-de-obra e tecnologia empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de constituição e funcionamento do negócio e faturamento anual; e nível de endividamento da empresa.

Essa linha de raciocínio parece a mais correta porque é a relevância sócio-econômica de certas empresas que justifica a continuação de suas atividades. Isso quer dizer que ao juiz é reservada a importante tarefa de sensibilizar-se com o caráter público ou de interesse público da recuperação empresarial. E isso está em harmonia com a moderna teoria da empresa, a qual reconhece suas responsabilidades e deveres perante a coletividade e como que a emancipa de seus proprietários, dissociando a empresa do empresário, despersonalizando-se, "*desprivatizando*" o processo de insolvência.

2.2.3 Falência

O que foi abordado até agora sobre a Lei de Falência e Recuperação de Empresas culmina na conclusão de que falência é o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa.

Designa-se a insolvência ou a crise econômico-financeira da sociedade ou empresário insuscetível, portanto, de recuperação judicial de *estado de falência e estado de liquidação*.

A insolvência pode ser *econômica* ou *jurídica*. Aquela representa um estado de fato no qual o empresário está impossibilitado de satisfazer obrigações. Esta, campo do direito concursal, baseia-se em uma presunção da mesma impossibilidade, uma vez preenchido o requisito da incapacidade de pagar ou o do descumprimento da obrigação. Resumindo, para o direito a presunção de insolvência é autorizada seja pela incapacidade seja pelo descumprimento.

Tem-se, portanto, que todo o processo de falência está assentado em uma presunção e em um descumprimento. A referida presunção é "*iuris tantum*" e, portanto, passível de ser elidida.

Vale lembrar que o agente econômico falido não poderá estar sujeito à recuperação e que sua empresa foi considerada inviável no momento do provimento jurisdicional. Importa, ainda, ressaltar que a falência só tem início com uma decisão judiciária e que esta não pode ser decretada "*ex officio*".

Nesse sentido, pode-se afirmar que são três os pressupostos do estado de liquidação judicial na legislação brasileira.

O primeiro é o pressuposto material subjetivo, isto é, ser agente econômico. O segundo é o material objetivo, qual seja, a presunção não elidida

de insolvência. Por último, o pressuposto formal, a sentença que decreta a falência.

Haja vista a preocupação em permitir que se recorra ao procedimento extremo da falência os ordenamentos tentam estabelecer critérios que, cada vez mais, diagnostiquem a insolvência e isso parece ser tanto mais preciso quanto mais se identificar a insolvência jurídica com a econômica.

Há três critérios aferidores da insolvência, quais sejam o do balanço de determinação, o da impontualidade e o da cessação de pagamentos.

O primeiro, intimamente ligado à viabilidade da empresa, baseia-se no excedente do passivo sobre o ativo. É o mais preciso, porém é muito lento e pode trazer mais prejuízos do que benefícios aos credores em geral.

O segundo ocupava o primeiro plano na Lei de Falências e Concordatas e significa o inadimplemento, sem justa causa, de obrigação líquida no vencimento. De rigor inegável, esse critério tornou-se meio de cobrança de pagamentos, pois a presunção de insolvência contenta-se com um único evento de inadimplência, com uma única hipótese de impontualidade, nos termos do art. 94, I, da lei de regência.

O terceiro deve ser interpretado como um indício revelador do estado de impotência do patrimônio para arcar com as obrigações das quais se onerou. Parece ser o critério que chega mais perto da certeza na verificação da incapacidade patrimonial do agente econômico. Autorizada a falência pelo inadimplemento reiterado, há o risco de precocidade em se utilizar esse critério, mas tem a vantagem de evitar que os bens do devedor se dissipem também prematuramente.

Em síntese, a falta de pagamento é critério autorizador da falência e justificador de procedimentos recuperatórios e assim tem-se entendido praticamente na totalidade dos sistemas jurídicos. Isto porque se parte do princípio de que a insolvência não é um evento repentino, mas um processo, uma cadeia de atos sucessivos na direção da impotência patrimonial, cuja ocorrência é, ou deveria ser, de conhecimento do empresário.

Existem diferentes hipóteses em que a insolvência do devedor empresário deixa de ser apenas um fato econômico e ingressa no universo jurídico por meio de uma sentença de falência. Tais hipóteses serão abordadas em momento oportuno nesse estudo, mais precisamente quando houver referência à sentença que decreta a falência (item 3.1).

2.3 Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia

O negócio jurídico, espécie do gênero ato jurídico, é fenômeno gerado pela manifestação de vontade do homem, visando produzir resultado jurídico amparado pelo ordenamento ou não proibido por ele. Deve ser, portanto, ato de vontade e lícito.¹¹

Ocorre que alguns atos praticados pelo falido, ainda que eivados de vontade e licitude, podem ser objeto da ação revocatória no processo falimentar, a fim de que sejam declarados ineficazes perante a massa.

Cumpra, portanto, diferenciar os três planos do mundo jurídico pelos quais deve passar o negócio jurídico para alcançar o efeito buscado pelo agente: o da

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 185.

existência, o da validade e o da eficácia. Seu perfeito entendimento nos conduzirá à compreensão do resultado buscado pela ação revocatória, a má colocação da fraude entre os defeitos do ato jurídico no Código Civil e, conseqüentemente, o tratamento errôneo dado à ação pauliana por considerável parte da doutrina nacional, relativamente ao direito comparado.

2.3.1 Existência

Para ser encarado como negócio jurídico o ato deve, antes, existir como realidade material, ou seja, reunir todos os seus elementos estruturais. Tome-se como exemplo a estipulação do preço como um dos elementos estruturais do contrato de compra e venda sem o qual o ato não pode penetrar no plano da existência e, muito menos, na esfera jurídica.

A inexistência é, nesse sentido, o *fato típico* (“*fattispecie*”) incompleto que, por isso mesmo, não pode ser discutido se é nulo ou ineficaz, nem cogitado em ser desconstituído judicialmente porque, para o direito, jamais existiu.

2.3.2 Validade

Para ser válido, o negócio jurídico depende dos agentes, do objeto e da forma adequada de realização, como dispõe o Código Civil no art. 104.

Uma vez existente o ato, analisa-se a sua perfeição, ou seja, se contém algum vício que o invalide daqueles trazidos pelo Estatuto Civil em seus arts. 166 e 171. Aqueles são, portanto, nulos e estes anuláveis.

Ocorre nulidade do ato quando existe defeito grave que atinge seu conteúdo, não produzindo os efeitos desejados pelos participantes; ofende princípio de ordem pública; representa o grau máximo de ineficácia do ato jurídico. O ato existe, mas é impotente para produzir efeitos jurídicos.

Às vezes, porém, o grau de invalidade não é total, não sendo o ato nulo. Tem o poder, destarte, de gerar efeitos jurídicos, ainda que, a requerimento de um de seus sujeitos, possa ser invalidado, devido a algum vício, menos gravoso, obviamente, que aqueles justificadores da anulação do ato. São os atos jurídicos anuláveis do art. 171, ressalvada a fraude contra credores do inc. II, o qual será abordado adiante.

Vale repisar, no dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que, quanto à anulabilidade “o ato jurídico existe e tem aptidão para produzir seus efeitos, mas a lei confere a uma das partes a faculdade de requerer a sua anulação, eliminando, retroativamente, todos os seus efeitos”.¹²

A nulidade é de pleno direito e deve ser declarada pelo juiz, ao contrário da anulabilidade, que necessita de sentença em ação promovida pela parte interessada que desconstitua o ato defeituoso.

2.3.3 Eficácia

Primeiramente, cabe diferenciar a eficácia *lato sensu* da eficácia *stricto sensu*. Aquela compreende todas as situações nas quais o negócio jurídico não produz seus efeitos (ineficácia), pelas mais variadas razões, inclusive a nulidade.

¹² THEODORO JR, Humberto. **Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 178.

Nesse sentido, não seria incorreto denominar as hipóteses de nulidade e anulabilidade de casos de ineficácia do ato jurídico. A segunda é o foco do presente tópico e será abordada em seguida.

Optou-se, por questões didáticas, em chamar de ineficácia somente aquela em sentido estrito, substituindo-se a expressão *eficácia em sentido lato* por *efeitos do negócio jurídico*.

A eficácia, leia-se em sentido estrito, é o plano do mundo jurídico no qual o ato jurídico é existente, válido e produz os efeitos que a vontade negocial declarara. Isto significa que, ainda que existente e válido o ato pode não produzir tais efeitos por alguma razão de direito.

Logicamente, a ineficácia decorre da nulidade ou da anulabilidade decretada, pois, vez que não atinja o plano da validade, o ato não pode passar ao plano da eficácia.

Contudo, a ineficácia do ato não decorre necessariamente da invalidade. O termo ou condição suspensiva do ato válido adia a eficácia de que se reveste.

Outras vezes, e aqui reside grande interesse e ampla aplicação do Direito Falimentar, “a lei cria um mecanismo de ineficácia parcial ou relativa: a declaração de vontade atinge as partes, mas não produz efeitos em relação a certa pessoa ou a terceiros (inoponibilidade)”.¹³

Na lei falimentar, a ineficácia de determinados atos ocorre relativamente à massa falida, conforme o art. 129 da Lei nº 11.101/2005, ou seja, é como se o ato não tivesse existido, não surtisse quaisquer efeitos em sua esfera jurídica. Não obstante, para os demais envolvidos o ato continua sendo eficaz e produzindo

¹³ THEODORO JR, *op. cit.*, p. 180.

seus efeitos. Trata-se de “ineficácia superveniente”¹⁴, advinda por força da lei de falência, que tem alcance retroativo.

A ineficácia parcial justifica-se porque, ao realizar algum dos atos previstos no referido artigo, o devedor insolvente ultrapassa o limite da disponibilidade do seu patrimônio, garantia dos credores já comprometida à época da realização do ato.

Importante frisar que a ineficácia não visa desconstituir o ato ou, ainda, restabelecer ao devedor insolvente a propriedade do bem jurídico objeto do negócio, mas apenas preservá-lo para sujeitá-lo à execução do credor, integrando, no caso do processo da falência, o acervo da massa falida.

2.3.4 Considerações

Fez-se uma ressalva no item 2.3.2 relativamente à fraude contra credores estar incluída na parte do Código Civil Brasileiro que trata da invalidade do negócio jurídico. Ora, por tudo o que se expôs acerca da validade e da eficácia do ato jurídico, não se pode concordar com tal erro de técnica por parte do legislador.

Na fraude contra credores não há nenhum vício intrínseco nos elementos constitutivos do ato jurídico. Não há, pois, o que se discutir acerca da sua anulabilidade ou, mais precisamente, do plano da validade do ato. Trata-se, como já se demonstrou, de ineficácia relativa, nascida da deficiência extrínseca

¹⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 472.

ao ato em si, qual seja, a fraude. O instituto propriamente dito será visto em tópico específico na Segunda Parte do presente trabalho.

O fato de a “*verba legis*” trazer expressamente o dispositivo segundo o qual a fraude contra credores representa hipótese de anulabilidade não pode ser suficiente para que seja aceito, posto que a norma concreta não é e não deve ser tida como única e última fonte do Direito. O ordenamento evoluiu e outros fatores devem ser trazidos à tona para ajudar o hermeneuta a classificar corretamente institutos como esse em questão.

Nesse caminho, comunga-se da posição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ao abordar o assunto com viés histórico, ainda na vigência do Código Civil de 1916, porém mais atual do que nunca, pois o documento legal de 2002 pouco inovou. Segundo o autor,

Ao tempo de nosso envelhecido Código, cuja elaboração se deu de fato nos fins do século XIX, a doutrina nacional não conhecia, no plano da patologia do ato jurídico, senão o binário *nulidade-anulabilidade*, de modo que na concepção da época não se poderia privar, na origem, um negócio de seus efeitos a não ser qualificando-o de nulo ou anulável. Daí ter nosso Estatuto Civil optado por incluir a fraude contra credores entre os casos de anulabilidade dos atos jurídicos. O fato, porém, de o legislador ignorar uma *categoria* ou *tipo jurídico* não muda a *natureza da coisa*.¹⁵ (grifos do autor)

De fato, a teoria acerca do fenômeno da ineficácia do ato jurídico é recente. Tanto que autores tradicionais da metade do século passado, como

¹⁵ *Op. cit.*, p. 184.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁶ ainda não traziam em suas obras qualquer menção a ela.

A correta compreensão da classificação do instituto da fraude contra credores como caso de ineficácia relativa do ato jurídico e não de invalidade é de extrema importância para o estudo da ação pauliana e, conseqüentemente, da ação revocatória falimentar.

Anular o ato jurídico objeto da ação pauliana vai muito além de seu objetivo e pode representar prêmio ao devedor insolvente inescrupuloso como efeito colateral, uma vez que, ao invés de integrar o acervo sobre o qual recairá a execução, o bem voltará à propriedade do devedor, pois a invalidade do ato reclama o “*statu quo ante*”.

Se tudo o que foi exposto está em conformidade com a hermenêutica moderna e com a concepção mais acertada da doutrina em relação à teoria da ineficácia do ato jurídico, não é menos verdade que a natureza da sentença da ação pauliana é *declaratória* de ineficácia relativa e não *constitutiva*, conquanto não anula ou resolve o contrato firmado em prejuízo do credor. O direito comparado mostra que a tendência geral é essa mesma.¹⁷

¹⁶ *Op. cit.*

¹⁷ Nesse sentido é, *v.g.*, o direito italiano, francês, alemão, argentino, espanhol, mexicano e português.

3. Segunda Parte: Parte Especial

3.1 Sentença que Decreta a Falência

Como visto no item 2.2.3 *supra*, a sentença que decreta a falência é o pressuposto formal do estado de falência, ou seja, é indispensável à proposição da demanda.

A falência começa e termina com uma sentença. Estamos a tratar precisamente da primeira. A segunda é a sentença extintiva das obrigações do devedor, cujo escopo é realmente resolver a lide.

Desde já, é mister criticar a terminologia utilizada ao se referir à sentença em comento. Grande parte da doutrina, a exemplo da lei de quebras anterior, se refere a ela como sentença *declaratória* de falência, mas de mera declaração não se trata.

Isto porque o adjetivo *declaratória* não condiz com a verdadeira natureza do provimento jurisdicional que dá início à falência. É ilógico declarar a falência, posto que a mesma ainda não existe. O que há é um estado econômico de insolvência *transformado*, a partir dessa sentença, em um estado jurídico de falência.

A esse respeito, conclui FÁBIO ULHOA COELHO que, “apesar do nome de que fez uso o legislador, a *sentença declaratória da falência*, pressuposto inafastável da instauração do processo de execução concursal de empresário, tem caráter predominantemente *constitutivo*”.¹⁸

¹⁸ *Op. cit.*, p. 271.

A sentença que decreta a falência do devedor, como será chamada de agora em diante, tem, portanto, natureza *constitutiva*, na medida em que estabelece, principalmente, o concurso de credores e a execução coletiva incidente sobre o patrimônio do devedor, além de ter o condão de ordenar a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido.

Como já se asseverou anteriormente, excetuando-se a liquidação voluntária, a falência é autorizada por uma presunção, ainda que relativa, de insolvência. Essa presunção é, precisamente, a causa de pedir na ação constitutiva de falência. As suas modalidades são trazidas pelo art. 94 da lei de regência e fundamentarão a sentença que decreta a quebra. Por esse motivo é válido estudá-las, mesmo que rapidamente.

A primeira hipótese de presunção de insolvência é a *impontualidade*. Trazida pelo inciso I do artigo supracitado, é o mais comum critério de aferição. Resulta da conjugação de cinco condições: falta de pagamento no vencimento; razão juridicamente escusável inexistente; obrigação ou obrigações líquida(s) cujo valor originário seja superior a quarenta salários mínimos; existência de título(s) executivo(s); e que estes títulos estejam devidamente protestados.

Dúvida freqüente que pode levar à confusão diz respeito à falta de pagamento. Repita-se que todas as condições acima devem existir conjuntamente para autorizar a sentença positiva da falência, ou seja, a simples falta de pagamento no vencimento não é, por si só, sinônima de impontualidade, cuja prova formal é o *protesto*.

Assim entende o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL:

FALÊNCIA. PROTESTO ESPECIAL. INEXIGIBILIDADE. Recurso da autora. Protesto especial. Desnecessidade. Para efeito de eventual pedido de falência, mostra-se desnecessário o protesto especial (art.10 da Lei de Quebras) de título executivo judicial. Inexigibilidade da cumulação da impontualidade com a prática de atos falenciais. *Estando demonstrada a impontualidade do devedor pelo inadimplemento de débito consubstanciado em título judicial devidamente protestado, a decretação da falência mostra-se imperativa.* Precedentes Jurisprudenciais. **FALÊNCIA DECRETADA**¹⁹. [...] (grifo nosso)

A segunda hipótese em que a lei presume a insolvência do devedor empresário é a fundada em *execução frustrada*, trazida pelo inciso II do art. 94. Obviamente, é caso em que o credor resta insatisfeito com a atuação da sanção.

Ocorre quando, citado para execução singular, o empresário devedor não paga, não deposita o *quantum* ou não nomeia bens à penhora no prazo legal. Nesse caso o credor pode requerer o encerramento da execução individual e ingressar com pedido de falência do mesmo devedor, nos termos da lei.

O último critério indicativo de insolvência admitido pela Lei de Falência consiste em ato ou atos cuja prática revela séria redução patrimonial por parte do devedor, tão significativa que representa risco à garantia dos credores e é indutora do estado de falência.

Esses atos normalmente são movidos pelo iminente estado jurídico falimentar, pois que a incapacidade de pagar de fato já existe ou está prestes a existir. Com eles, visa o devedor esquivar-se da falência, dos devedores ou da disposição da integralidade de seu patrimônio. Muitas vezes acabam por se enveredar para o ilícito civil e penal. Pela clara ameaça aos interesses dos

¹⁹ TJRS – 6ª Cam. Cív. – Ap. Cív. 70013129101 – Rel. José Conrado de Souza Júnior – j. em 20.07.2006.

credores é reconhecida pela lei a presunção de insolvência, autorizador da sentença que decreta a falência.

Fortes indícios de fraude podem dar causa de pedir, inclusive, à ação revocatória. Nesse caso não se pretende somente obter a sentença que decrete a quebra, mas também tornar o ato ineficaz perante a massa.

Por esse entendimento é a jurisprudência:

FALENCIA - AÇÃO REVOCATÓRIA - INDÍCIOS APTOS A COMPROVAREM A AUSENCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO REGULAR. A simulação pode ser atacada pela Ação Revocatória. Recurso desprovido.²⁰ (grifo nosso)

Note-se que o acórdão é bastante abrangente ao se referir aos indícios de fraude, o que desvincula a revocatória dos casos contidos apenas no art. 130 da lei de quebras.

Interessante frisar que, para obter sentença positiva de falência fundada na *presunção de insolvência por indícios legais* não há que se inquirir sobre o vencimento do crédito. Suficiente é a prova da realização de qualquer uma das sete hipóteses previstas no inciso III do art. 94 como, *v.g.*, a simulação da transferência do principal estabelecimento do devedor, nos termos da alínea “d”.

Em suma, a lei equiparou as três situações em que prevê a presunção de insolvência, seja por impontualidade, execução frustrada ou indícios legais. Se o devedor não está deveras insolvente, age como se estivesse.

Pode-se chegar à conclusão de que não há contraditório antes da decretação da falência, visto que se trata de uma presunção autorizada pela lei.

²⁰ TJRS – 6ª Cam. Civ. – Ap. Civ. 598560274 – Rel. Décio Antônio Erpen – j. em 06.10.1999.

Ledo engano. O contraditório existe e ocorre antes de proferida a sentença. Consiste em, justamente, confirmar ou elidir essa presunção. O desfecho positivo é que conduz à sentença de falência. Elidir é suprimir a presunção de insolvência, pagar, satisfazer ao credor.²¹

A sentença decretatória gera, logicamente, alguns efeitos em relação aos credores. Urge saber que a formação da massa falida subjetiva é um deles.

A massa falida subjetiva é a designativa dos credores. Contrapõe-se à massa falida objetiva, pertinente ao patrimônio do devedor objeto da execução coletiva.

A massa de credores, "*corpus creditorum*", não tem bens, vez que pertencem ao devedor, ainda que esteja privado da sua posse e administração. A administração "*in rem suam*"²² fica a cargo da massa falida.

Em relação ao devedor, como já se pode deduzir, os efeitos da sentença são a inabilitação temporária para o exercício da atividade empresarial e a perda da administração e disponibilidade de seus bens. Existem, ainda, alguns deveres do devedor advindos com a falência, mas, como a lei é exaustiva nesse aspecto e o assunto deve ser tratado em outro lugar que não este, não se deterá em nenhum deles.

A lei é taxativa quando trata do conteúdo da sentença que dá início à falência. É de somenos importância para o presente estudo examinar cada um dos requisitos trazidos pela "*verba legis*". Necessário é sublinhar que obedece a determinações genéricas (art. 485 do Código de Processo Civil) e específicas (art. 99 da Lei nº. 11.101).

²¹ FAZZIO JR, *op. cit.*, p. 215.

²² MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 7, p. 375.

Há, entretanto, um requisito específico da sentença que decreta a falência de extrema importância para o processo falimentar e que merece análise aprofundada: o termo legal da falência, disposto no inc. II, do art. 99 da lei de regência.

3.2 Período Suspeito e Termo Legal da Falência

Como visto, a sentença que decreta a falência normalmente transforma situação de fato em situação de direito. Isso quer dizer que, antes de ser juridicamente falido, o devedor pode ter-se utilizado de artimanhas para não incorrer nos casos de presunção de insolvência.

Não raro, o empresário adentra no campo dos atos fraudulentos para garantir-lhe injusta vantagem em detrimento dos credores. Há, ainda, casos em que, cientes da crise econômico-financeira do devedor, os próprios credores concorrem para a consecução desses atos, claramente ferindo o princípio da "*par conditio creditorum*". Desrespeita-se, portanto, a hierarquia dos créditos ou ocasiona-se a diminuição do patrimônio objeto da execução concursal.

Novamente, o legislador partiu do pressuposto que o empresário sabe, ou deveria saber, muito bem como está a saúde de sua empresa, motivo pelo qual, a fim de proteger o "*corpus creditorum*", põe à prova todos os negócios jurídicos realizados pelo falido a partir de um marco.

Esse lapso temporal fixado pelo juiz ou por lei, em que os atos praticados pelo falido ficam sujeitos à declaração de ineficácia em relação à massa, é o "termo legal da falência".

Para FÁBIO ULHOA COELHO sua fixação é importante porque

[...] é o período anterior à decretação da quebra, que serve de referência para a auditoria dos atos praticados pela sociedade falida. Como é fácil perceber, *a falência não costuma surpreender os responsáveis pela empresa falida, já que normalmente a degradação da situação econômica, patrimonial e financeira é paulatina*, e o sócio controlador e administradores antevêm o desfecho desastroso para o negócio. Nesse contexto, pode-se verificar a prática de atos que frustram os objetivos do antevisto processo falimentar.²³ (grifo nosso)

Ocorre que esta data específica a ser estabelecida pode acabar por prejudicar os credores. Isto porque a Lei de Falências, em seu art. 99, inc. II é taxativa quando determina que:

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

I – [...];

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

Observe-se que o juiz valer-se-á de um dos três fatos jurídicos para indicar com precisão o termo legal: o pedido de falência, o pedido de recuperação judicial ou, mais comumente, o primeiro protesto por falta de pagamento.

O termo legal do citado inciso II do art. 99 é o mesmo do inciso III do art. 14 da lei anterior, exceto pelo período que retroage. Na lei atual, é de noventa dias; na anterior era de sessenta.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v.3., p. 248.

Logicamente, em havendo negócios jurídicos realizados pelo insolvente dentro do termo legal e antes da decretação da falência, mas não sendo provada fraude na execução, não há que se falar em ineficácia, salvo nos casos em que a lei expressamente o previr, porquanto os atos são perfeitos e não proibidos.

O motivo pelo qual se afirmou que a fixação do termo legal no ordenamento brasileiro pode vir a prejudicar os credores, ao invés de protegê-los, deve-se ao fato de a lei não considerar o *período suspeito* como autorizador, também, de cautelosa análise acerca da regularidade dos atos do falido.

Ao retrotrair noventa dias a contar, por exemplo, do primeiro protesto por falta de pagamento o juiz pode acabar por cancelar ou mesmo perpetuar certos desvios do empresário devedor. Até o administrador judicial ou algum credor desvendar o ato de ineficácia ou nulidade pode ser tarde. Os bens podem ter sido pulverizados, transmitidos a terceiros de boa-fé, ter formado grande cadeia de adquirentes e subadquirentes. À massa pode restar pouco.

Portanto, ainda que o legislador tenha-se mostrado ciente da importância do exerto temporal do termo legal, foi tímido na mudança, motivo pelo qual defende-se não só a adoção do período suspeito, mas também nova alteração legal a fim de se estabelecer período mais abrangente.

Importante advertir que não é a sentença decretatória que retrocede à data da fixação do termo legal. É o próprio termo legal que retroage, "*ex vi legis*".

Falou-se que antes de ser juridicamente insolvente o empresário é economicamente insolvente, pois que a incapacidade de pagar é decorrência de um longo processo de instabilidade econômico-financeira. Defendeu-se, também, a proteção oferecida pelo termo legal da falência, por saber-se ser possível a prática de atos prejudiciais à massa.

Se todas as situações citadas (insolvência judicial, insolvência econômica, primeiro protesto por falta de pagamento) são conseqüências de um seguimento, é certo afirmar que a data do pedido de falência, de recuperação judicial ou primeiro protesto por falta de pagamento também são o ápice de um período de desequilíbrio empresarial. Nos termos da lei, o termo legal é o período compreendido entre a decretação de falência e noventa dias antes do fato cuja data utilizou-se o juiz para fixá-lo. O período suspeito seria aquele compreendido entre o começo do desequilíbrio econômico financeiro, ainda que de difícil determinação, e o início do termo legal.

Nesse sentido, seria lógico, e até esperado, que a lei previsse o período suspeito como sendo o início desse desequilíbrio. Retrotraísse um, dois ou cinco anos, por exemplo, à data do primeiro protesto por falta de pagamento, a proteção aos credores seria maior e mais justa. Imagine-se empresário que, ainda que economicamente insolvente, consiga procrastinar sua falência por um ou dois anos, renegociando suas dívidas, praticando diversos atos fraudulentos, utilizando-se de “*laranjas*” para “*blindar*” seu patrimônio, tudo de forma muito bem feita – possível de ser descoberto, mas de difícil comprovação. Ao final, um protesto por falta de pagamento e o pedido de falência. O termo legal certamente não seria a expressão do lapso temporal sujeito à execução de atos suspeitos.

Nesse sentido, há julgados em que jamais se saberá se houve ou não má-fé do falido:

Falência. Ação Revocatória. Venda do estabelecimento comercial fora do termo legal da falência, o que torna incabível a decretação da ineficácia do ato com base no art. 52 da Lei de Falência. Negócio realizado dentro do período suspeito da falência que não pode ser

desconstituído, porquanto sequer alegada a má-fé do falido. Apelo desprovido.²⁴

Em suma, embora a lei brasileira, ao contrário da italiana, não mencione o período suspeito e muitos autores nem a abordem, crê-se que seria de grande valia se considerado fosse como complemento à segurança jurídica.

Na mesma linha da lei, a jurisprudência também não diferencia termo legal de período suspeito:

AÇÃO REVOCATÓRIA. Art. 52, VII, da LEI DE FALÊNCIAS. PRECEDENTE DA CORTE. Como assentado na jurisprudência da Corte, "inocorrendo demonstração de fraude, é eficaz em relação à massa falida a alienação de imóvel de sua propriedade ocorrida dentro do termo legal da falência, também denominado período suspeito, mas anteriormente à declaração da quebra".²⁵ [...] (grifo nosso)

3.3 O Patrimônio do Devedor

Princípio assente e basilar é o de que os bens do devedor são a garantia dos credores, certo que o patrimônio responde pelas obrigações assumidas, em caso de inadimplemento voluntário. É isso o que dispõe o art. 591 do Código de Processo Civil²⁶. Essa é a que se convencionou chamar de *responsabilidade patrimonial*.

O crédito faz surgir o direito de o credor exigir a prestação em tempo e modo corretos e a obrigação de o devedor realizá-la. Se este não cumpre

²⁴ TJRS – 6ª Cam. Cív. – Ap. Cív. 70005605712 – Rel. José Conrado de Souza Júnior – j. em 27.04.2006.

²⁵ STJ – 3ª T. – Resp. 681798/PR – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU de 22.08.2005 - p. 271.

²⁶ *In verbis*: "Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

voluntariamente a prestação devida, a lei põe à disposição do credor as vias judiciais, a fim de se evitar soluções como as que chegaram a existir no Direito Romano, segundo as quais o devedor pagava com a própria vida pelas obrigações contraídas. Atualmente são variadas as ações que permitem ao credor cobrar seus créditos, isto é, exercer a garantia patrimonial por meio da *execução forçada*, disciplinada pelo art. 566 e seguintes do Código de Processo Civil, mantendo o caráter de coação para realizar a prestação.

Impende destacar que, salvo as exceções previstas em lei, não haverá prisão em decorrência do inadimplemento, sendo esta uma garantia constitucional (art. 5º, inc. LXVII).

Nesse sentido, os bens corpóreos e incorpóreos são de grande interesse ao credor, vez que compõem o patrimônio sobre o qual poderá vir a satisfazer a obrigação assumida e não paga pelo devedor.

Pode ocorrer, todavia, a prática de atos desabonadores, temerários, suspeitos e que podem beneficiar uma determinada pessoa, ferindo, assim, o já repisado princípio da "*par conditio creditorum*". Trata-se do problema central da falência. Nesse caso, medidas urgentes e enérgicas devem ser tomadas, no interesse comum e do próprio crédito.

Dentre essas medidas, há um específico mecanismo legal de proteção dos credores tendente a reverter a situação que lhes é desfavorável e interessa sobremaneira a este trabalho: a **ação pauliana**²⁷, a ser estudada no capítulo subsequente.

²⁷ As outras modalidades que, basicamente, protegem a garantia da *responsabilidade patrimonial* são a *ação sub-rogatória* e a *ação de arresto*. Sua pertinência ao tema é pouca e, por esse motivo, deixarão de ser abordadas detalhadamente.

Cumprе ressaltar, desde já, que, ao contrário das demais formas legais de garantia patrimonial, cuja característica principal é serem meios judiciais preventivos contra possíveis desfalques, a ação pauliana é remédio repressivo contra a defraudação já ocorrida.

Para se entender perfeitamente os atos atingidos pela ação pauliana e o porquê da *revocação*, faz-se necessário defrontar a *fraude*.

3.4 A fraude contra credores

Do latim “*fraus*”, “*fraudis*”, a fraude é o mesmo que dolo, burla, engano, logro, ação praticada de má-fé. No plano jurídico, essa caracterização nos remete à idéia de malícia ou “esperteza” para lesar alguém, por meio de uma conduta desleal, mentirosa e antijurídica.

Referentemente aos atos fraudulentos, todos os ramos do Direito insurgem-se e procuram meios para repelí-los, do direito privado ao público, no interesse particular ou coletivo.

O direito comercial, ramo que importa agora, considera ineficaz contra a massa todo e qualquer ato praticado em prejuízo dos credores do falido, durante o termo legal da quebra (L. 11.101/05, art. 129), pois pressupõe a fraude, como será visto adiante.

Preocupando-se com a efetividade, as regras do direito em geral procuram cercar-se de mecanismos sancionatórios que desencorajem os possíveis infratores. Esse é o motivo de esses mecanismos assumirem grande destaque dentre os demais que defendem os direitos subjetivos e o próprio ordenamento jurídico.

É que a diferença do agente do ilícito comum para o agente de fraude é que o primeiro atua às claras, permitindo reação da vítima a tempo de defender seus direitos e evitar a consumação do dano, enquanto que o segundo, via de regra, surpreende sua vítima com a lesão do patrimônio já consumada, vez que age às escondidas. Para a vítima do agente de fraude só resta o socorro ao processo judicial para invalidar o ato fraudulento. Fator que dificulta ainda mais a defesa do lesado é o caráter de pré-ordenação da ilicitude, que leva o agente a agir com cautela e segurança, de forma que a *aparência de ato jurídico perfeito* configura-se como a principal barreira à defesa da vítima.

O fraudador de má-fé não tem como objetivo precípuo violar a lei. Sua principal intenção é prejudicar alguém. O ato, “*per se stante*”, abstraído do propósito de lesar, é *ato lícito*. A censura imposta pela lei “não está, portanto, em seus elementos negociais internos, e, sim, no efeito externo que se procurou atingir por meio de um ato naturalmente legítimo.”²⁸

Diferencie-se o caso de fraude acima da fraude à lei. Aqui a ilicitude está no íntimo do próprio negócio jurídico. O ato não poderia ter sido realizado, uma vez que existe vedação de ordem pública à sua prática. A ineficácia do ato fraudulento reside na afronta maliciosamente cometida contra tal vedação.

A fraude é, portanto, a manobra realizada com o objetivo principal de prejudicar terceiro e distingue-se dos demais defeitos do negócio jurídico.

Nesse sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ensina que

constitui *fraude* contra credores toda *diminuição maliciosa* levada a efeito pelo devedor, com o propósito de desfalcocar aquela garantia, em detrimento dos direitos creditórios alheios. Não constitui fraude, portanto,

²⁸ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 63.

o fato em si de reduzir o devedor o seu ativo patrimonial, seja pela alienação de um bem, seja pela constituição de garantia em benefício de certo credor, seja pela solução de débito preexistente.²⁹ (grifos do autor)

Já se expôs sobre a imprecisão técnica de incluir a fraude contra credores nos casos de anulabilidade do negócio jurídico (art. 171 do Código Civil), quando o que se pretende, na verdade, é a ineficácia do ato, e não a sua anulação. Deveria constar na parte dos efeitos e garantias das obrigações.³⁰

O direito brasileiro não se posicionou expressamente no sentido de caracterizar o *elemento psicológico da fraude* por parte do devedor, isto é, se, para existir fraude, é necessário agir com *animus nocendi* ou basta o *consilium fraudis*.

Modernamente, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*), basta que tenha a consciência do dano que produz (*consilium fraudis*). Portanto, o “plano de fraude” configura-se com o simples “conhecimento que tenha ou que deva ter o devedor, do seu estado de insolvência e das conseqüências que, do ato lesivo, resultarão para os credores.”³¹ Essa é a posição uniforme da doutrina pátria.³²

Há, ainda, um outro elemento necessário à caracterização da fraude: o *eventus damni*. O dano deve ser contemporâneo ao ato a ser impugnado como fraudulento.

Isto quer dizer que, tendo em vista o patrimônio ser a garantia dos credores e a fraude um ato malicioso diminuidor dessa garantia, para haver dano

²⁹ *Op. cit.*, p. 343.

³⁰ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 125.

³¹ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 188.

³² Nesse sentido, *v.g.*, é Yussef Said Cahali, Caio Mário da Silva Pereira, Humberto Theodoro Júnior, Waldo Fazzio Júnior (obras citadas).

“a situação de insolvência do devedor tem de ser provocada ou agravada pela alienação nociva à garantia patrimonial com que o credor contava.”³³

Assim, ainda que haja diminuição do patrimônio do devedor, mas seus bens ainda são suficientes para a garantia dos credores foram recompostos à data da impugnação do ato (elisão do *eventus damni*), não há que se falar em dano, pois haverá desaparecido. Em outras palavras, mas com igual alcance, “é de reconhecer-se, portanto, que a insolvência, além de *contemporânea* ao ato de disposição, tem de conservar-se *atual*, na época do aforamento da ação pauliana.”³⁴

3.5 Ação Pauliana

A “*actio pauliana*” surgiu ainda à época dos antigos textos romanos como uma “*actio in factum*” através da qual era possível *revogar* as alienações praticadas em fraude de credores. Seu nome é advindo do jurisconsulto Paulo, através de quem se obteve o texto, fruto de uma glosa do “*Digesto*”.³⁵

Mais tarde, porém, a *ação revocatória* ou *pauliana* veio a abarcar outros meios impugnativos da fraude contra credores, sobrevivendo até os dias de hoje.

A evolução histórica da ação revocatória é deveras confusa, lacunosa e ambígua na literatura a respeito. Há, entretanto, relevância no que tange ao objetivo de sua sanção já ao tempo de *Justiniano*, ou seja, devolver aos credores a possibilidade de penhorar os bens que lhe haviam sido, indevidamente, subtraídos. Que não se trata de anulação parece evidente, contudo não se pode

³³ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 143.

³⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵ *Idem*, p. 70.

dizer se tratar da *ineficácia* conhecida atualmente, muito embora a essência seja a mesma.

Assim, parece que a *ação revocatória* nunca se ligou à idéia de *revogar* (anular, derrogar), mas à de *revocar* (do latim “*revocare*”), isto é, “chamar de novo”, “chamar para trás”.

A ação pauliana, nesse sentido, é aquela própria para reverter a situação e repor o bem jurídico (“*lato sensu*”) no estado anterior, recolocando-o no patrimônio do devedor, sem, no entanto, desconstituir a aquisição efetuada pelo terceiro. Não há anulação: a sentença só declara que, diante da fraude, o ato é *ineficaz* perante o credor, podendo ser o bem penhorado pelo autor da revocatória, como se não tivesse saído do patrimônio do insolvente.

São três os requisitos gerais da ação pauliana, quais sejam a existência de crédito, a insolvência do devedor e a anterioridade do crédito ao ato fraudulento.³⁶ Há, ainda, as hipóteses de transmissão gratuita de bens e da remissão de dívidas, do art. 158 do Código Civil, e de contratos onerosos, do art. 159 do mesmo diploma legal, realizados pelo devedor insolvente para especificar esses requisitos.

O autor da pauliana deve ser um *credor quirografário*, porque é este o prejudicado em sua garantia, consistente no patrimônio do devedor. Pode ser legitimado, excepcionalmente, o credor com garantia real desfalcada ou insuficiente, nos termos do art. 161 do Código Civil Brasileiro, tendo como prazo decadencial para sua propositura quatro anos, como é claro o art. 178 da mesma carta normativa.

³⁶ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 134.

Necessário se faz a prova, por parte do interessado que intentou a ação, do “*consilium fraudis*” e do “*eventus damni*”. “Se houve uma cadeia de sucessíveis alienações, a título oneroso, em relação a cada um dos adquirentes, haverá de se demonstrar o requisito da participação na fraude, de sorte que aqueles que agiram de boa-fé acabarão excluídos do alcance da sentença pauliana.”³⁷

Assim entendeu também o Superior Tribunal de Justiça:

Ação pauliana. Fraude contra credores. Adquirente imediato de má-fé. Subadquirente de boa-fé. Indenização pelo equivalente.

Inviabilizado o restabelecimento do *statu quo ante*, pela transferência a terceiro de boa-fé, que *não pode ser atingido pela sentença de procedência da ação pauliana*, entende-se que o pedido compreendia implicitamente a substituição do bem pelo seu equivalente em moeda, a cargo do adquirente imediato, cuja má-fé ficou demonstrada nos autos. Limitada a procedência da ação apenas quanto aos que agiram com má-fé, em se tratando de aquisições a título oneroso, impende tornar efetivo o reconhecimento da malícia do adquirente imediato, *atribuindo-lhe o dever de contribuir para o restabelecimento, pelo equivalente, do patrimônio do devedor [...]*.³⁸ (grifo nosso)

Como se estudou no item 2.3.4, a sentença da ação pauliana tem natureza *declaratória* e não *constitutiva*, vez que não anula ou transforma a situação do negócio jurídico, mas simplesmente o declara caso de *ineficácia relativa* ou *inoponibilidade* do ato.

³⁷ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 153.

³⁸ STJ – 4ª T., REsp. 28521/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. unân. – DJU de 21.11.1994 – p. 31769.

3.6 Revocatória Falimentar

A revocatória falimentar é uma pauliana que pressupõe devedor já respondendo por falência decretada. É genuína criação do Direito Falimentar. Por isso, seu uso torna a repressão aos atos do falido uma tarefa menos penosa. Diferentemente da pauliana, a revocatória não diz com qualquer credor quirografário, mas sim com a massa falida *durante* o período da falência. Finda essa situação ou extinta as obrigações a revocatória perde seu objeto.

Caracteriza-se pela finalidade restitutória que possui. Trata-se de *recomposição patrimonial*, não de *invalidação*. “Não se trata, pois, de ação de nulidade, conhecida desde os romanos (*ação pauliana*). Trata-se, sim, de um instituto especial, brasileiro por excelência, com características próprias, não apresentando qualquer relação com as regras do Direito Civil, relativamente à nulidade ou anulação dos atos jurídicos.”³⁹

O seu efeito prático é o direcionamento dos bens para o ativo do “*corpus creditorum*”. Não tem por objetivo devolvê-los ao falido. “É que a sentença revocatória não agride a validade jurídica dos atos sobre os quais incide; simplesmente, declara sua ineficácia em relação à massa e reivindica os valores ou bens correspondentes.”⁴⁰ Isto quer dizer que ninguém, senão a massa, beneficia-se da tutela revocatória.

A revocatória, assim, visa restaurar situação anterior, possibilitando que os débitos venham a ser quitados com a futura venda do patrimônio recuperado de

³⁹ TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 6ª. ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

⁴⁰ FAZZIO JR, Waldo. *Op. cit.*, p. 322.

alienação ou transferência indevida realizada pelo devedor antes da decretação da falência.

Após a realização do ativo e a solução do passivo, se houver saldo, a massa restituirá o que tiver sido prestado pelo terceiro, porque, com ele, o ato é juridicamente válido, sendo ineficaz, repise-se, somente em relação à massa. Na prática, porém, é difícil até mesmo restaurar a situação fática existente antes da falência ou, feito isso, o produto da venda ser suficiente para honrar o pagamento dos créditos.

A *fraude* em si é a mesma, a diferença reside apenas no plano processual. A fonte normativa em nosso ordenamento é trazida pela lei de regência nos arts. 129 e 130: trata-se de duas formas eficazes de fazer com que o bem indevidamente alienado ou transferido regresse ao acervo da massa falida objetiva.

Em primeiro lugar contemplou a ineficácia (art. 129), que diz respeito aos efeitos do ato; de outro lado, estabeleceu a revogação (art. 130), que diz respeito à validade do ato, ambos constantes na Seção IX – Da Ineficácia e da Revogação de Atos Praticados Antes da Falência, da lei de regência.

Evidentemente, com base em todo o estudo até o momento, pode-se discutir que os casos aqui são todos de ineficácia, segundo os princípios doutrinários, não se tratando em ambos os casos de invalidade. “No entanto, a opção do legislador ficou clara que neste ponto, ao dividir os atos em ineficazes e nulos.”⁴¹

⁴¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo.** 3ª ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 296.

Assim entende o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sobre nulidade trazida pelo art. 53 da antiga lei, muito semelhante ao do art. 130 da atual:

Ação revocatória. Venda de bem imóvel no período suspeito. Súmula nº 07 da Corte. Dissídio.

1. Precedentes da Corte já assentaram que “se a transferência se deu no período suspeito, mas antes da decretação da falência, sua *nulidade depende da prova da fraude*”
2. Não cabe em recurso especial fazer um novo exame da prova dos autos para desmontar aquele constante do acórdão recorrido sobre o cenário fático relativo à operação com os imóveis, à fraude em relação à certidão para a operação e ao preço vil.
3. O dissídio sem a devida demonstração analítica, com a mera transcrição de ementas, no caso, não tem como ter êxito.
4. Recurso especial não conhecido.⁴²

Também a mesma Corte assentou o entendimento segundo o qual o art. 52 da revogada lei, art. 129 da atual, é caso de ineficácia:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVOCATÓRIA. ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INEFICÁCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE.

A alienação de imóvel necessário ao desenvolvimento da atividade empresarial da falida é ineficaz em relação à massa falida, nos termos do art. 52, VIII, da Lei de Falências.

O art. 23 da Lei n. 8.906/94, que cuida do 'Estatuto da Advocacia, confere ao advogado o direito autônomo para executar a sentença na parte referente aos honorários de sucumbência. Isso, todavia, não afasta a legitimidade da parte para recorrer da decisão que os fixar. Recursos especiais não conhecidos.⁴³

⁴² STJ – 3ª T. – Resp. 510404/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU de 29.03.2004 - p. 232.

⁴³ STJ – 4ª T. – Resp. 628860/SP – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU de 07.06.2004 - p. 237.

A disciplina da revocatória falimentar consagra, expressamente, a teoria da *ineficácia*, afastando, por completo, a errônea e inaceitável posição do Código Civil de colocar a fraude contra credores no plano das *anulabilidades*, como já asseverado.

É mister, portanto, estudar ambas as categorias pelas quais os credores podem ter seus interesses salvaguardados, diferenciando-as e observando as mudanças inseridas pelo legislador com a nova lei.

3.6.1 Ineficácia Objetiva

Na lei anterior, os atos objetivamente ineficazes do falido encontravam-se no art. 52 da lei de quebras. Atualmente, encontram-se no art. 129. Afora atualizações relativas à designação dos institutos jurídicos, ou mesmo à sua eliminação do direito positivo (é o caso da antecipação de dote), nada muda na lista legal.

A mudança, aliás, bem significativa, diz respeito ao instrumento processual da declaração de ineficácia objetiva, que deixa de ser a ação revocatória.

É a redação do *caput* do art. 129, *in verbis*:

“**Art. 129.** São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:”

Pode-se observar que, havendo ou não intuito fraudulento de prejudicar credores, o ato, se for identificado com quaisquer das hipóteses que a norma traz em seus incisos, será ineficaz perante a massa falida, desde que praticado dentro do prazo da lei ou de acordo com outros pressupostos. O ato deixa de produzir

efeitos, independentemente de boa ou má-fé das partes; é irrelevante se agiu ou não com fraude.

A jurisprudência é clara nesse sentido:

Falência. Ação Revocatória. Recurso interposto contra decisão que julgou procedente o pedido sob alegação de análise equivocada do art. 52 da Lei de Falências. Improvimento do recurso.

O imóvel objeto da ação foi cedido durante o termo legal da falência e a alienação de bem integrante do patrimônio da falida em período suspeito é ineficaz em relação á massa, independentemente de prova da intenção de fraude. Confirmação do julgado.⁴⁴

Na descrição dos atos objetivamente ineficazes, em geral, a ineficácia é condicionada à prática num certo lapso temporal (termo legal da falência ou os dois anos anteriores à quebra, dependendo do inciso), ressalvados os casos dos incisos VI e VII da lei, nos quais não há de se perquirir sobre a data em que foram realizados.

Como mencionado, o art. 129 praticamente repete o art. 52 da lei revogada, apenas substituindo as palavras “não produzem efeito” por “são ineficazes” e “estado econômico” por “estado de crise econômico-financeira”.

Os atos referidos no art. 129 são aqueles relacionados “*numerus clausus*”, nos incisos I a VII. Isto quer dizer que são hipóteses taxativas, exaustivas, e não possibilitam qualquer ampliação por parte do exegeta. Ocorrendo outra situação que não esteja elencada entre esses incisos não se pode falar em ineficácia, sendo o caso de aplicação do art. 130, tão-somente. Por esse motivo e pelo fato de representarem precisa e direta determinação não serão abordadas todas as

⁴⁴ TJRJ – 18ª Cam. Cív. – Ap. Cív. 2005.001.089553 – Rel. Nascimento Povoas Vaz – j. em 27.09.2005.

hipóteses em que se procederá com a declaração de ineficácia objetiva, senão aquela constante no inc. VII.

Discute a doutrina se tal inciso⁴⁵ conflita ou não com o art. 215 da Lei n. 6.015/73, que dispõe serem *nulos* os registros efetuados após a sentença de decretação da falência ou do termo legal nela fixado (salvo apresentação anterior). Existe aparente contradição.

“*Data venia*” opinião divergente⁴⁶, partilha-se do entendimento de grande parte da doutrina, segundo a qual a Lei de Registros Públicos extrapolou sua competência, de modo que não pode prevalecer, pois tal dispositivo é desprovido de técnica. Tal posição está, inclusive, em conformidade com a produção jurisprudencial, ainda na vigência da lei anterior:

Ação revocatória. Promessa de cessão de direito. Período suspeito (art. 14, II, da Lei Falimentar). Registro. Decretação posterior da falência. Ineficácia. Não configurada. Dec.-lei 7.661/45, art. 52, inc. VII; Lei 6.015/73, art. 215.

I. Eficaz em relação à massa o contrato de direito real efetuado entre a falida e terceiros, registrado no cartório imobiliário dentro do período suspeito (LF, art. 14, inc. III), mas antes da sentença declaratória. De outro lado, o art. 215 da Lei 6.015/73 não revogou o art. 52, VII, da Lei de Falências. Precedentes.

II. Recurso conhecido e provido.⁴⁷ (grifo nosso)

No entanto, a nova lei trouxe mudança bastante acentuada no sistema da ação revocatória e resolveu, de forma que parece a mais correta, antiga discussão jurisprudencial que ainda não estava pacificada. O parágrafo único do

⁴⁵ *In verbis*: “VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação de falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.”

⁴⁶ A esse respeito é Rubens REQUIÃO, *op. cit.*, 1998, p. 234.

⁴⁷ STJ – 4ª T., REsp. 241.319/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – j. em 06.06.2002.

art. 129 estabelece que a ineficácia pode ser declarada **de ofício** pelo juiz. A maioria da jurisprudência era no sentido de ajuizar-se a ação revocatória tanto para o caso da ineficácia objetiva quanto subjetiva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. INEFICÁCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO DECLARADA DE OFÍCIO. INADMISSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 52 E 53 DA LEI FALIMENTAR. NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO). NEGÓCIO JURÍDICO, ADEMAIS, CELEBRADO EM MOMENTO ANTERIOR AO TERMO LEGAL DA FALÊNCIA. RECURSO PROVIDO.⁴⁸

Na lei anterior, qualquer que fosse a espécie de ineficácia (objetiva ou subjetiva), sua declaração deveria ser feita sempre por sentença terminativa de ação revocatória. Na atual, muda-se a disciplina da matéria, sendo a revocatória exigida apenas na declaração de ineficácia subjetiva, como se verá adiante.

Agora, constatando o juiz nos autos principais da falência que neles já se encontra prova da prática do ato listado no art. 129 pode, por mero despacho, declarar a ineficácia. Pode, ainda, o administrador judicial, o Ministério Público ou qualquer credor interessado peticionar, indicando o cabimento da declaração e requerendo-a.

Além desses casos, a ineficácia objetiva pode ser declarada também em sentença terminativa de qualquer ação de conhecimento, seja a massa falida autora ou ré, uma vez a matéria suscitada na petição inicial ou na defesa,

⁴⁸ TJRS – 6ª Cam. Cív. – Ag. Instr. 70007611742 – Rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – j. em 12.05.2004.

evidentemente. Tal ação pode ser independente ou incidente em relação ao processo falimentar.⁴⁹

3.6.2 Ineficácia Subjetiva

Uma vez esgotada a discussão sobre a diferença da validade e da eficácia dos atos jurídicos, ressalta-se, desde logo, a intenção do legislador em determinar que os casos do art. 129 são de ineficácia, enquanto os do art. 130 são de revogação, claramente acabando com outro problema jurisprudencial não pacificado.

O elemento subjetivo dos atos do art. 130, art. 53 da lei anterior, é o “*consilium fraudis*”, ou seja, aqui é irrelevante a época em que foi praticado, próxima ou distante da decretação de falência ou do seu termo legal, bastando para a ineficácia perante a massa a demonstração de que o falido ou o representante legal da sociedade falida e o terceiro contratante agiram com fraude, com o intuito de prejudicar credores ou frustrar os objetivos da falência., sendo a *ação revocatória falimentar* o remédio para reverter tal situação de prejuízo:

“**Art. 130.** São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.”

Assim tem-se decidido acerca da época do fato e da consciência do dano causado:

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 351.

Ação Revocatória. Falência. Art. 53 da Lei de Falências. Consilium fraudis. Ainda que o negócio jurídico que se pretende desconstituir tenha ocorrido antes do termo legal da falência, é cabível Ação Revocatória com base no art. 53 do Decreto-Lei 7661. Neste caso, cabe ao demandante não apenas provar o evento danoso, que não se presume, mas, especialmente, o consilium fraudis entre o devedor e o terceiro. Na hipótese dos autos, o negócio jurídico impugnado envolve terceiros sem qualquer vinculação com a Massa. Sentença reformada.⁵⁰

Pela leitura do artigo ora em análise, observa-se que diversa é sua hipótese daquela do artigo anterior, sendo fundamental que se prove, cabalmente, a intenção de criar prejuízo aos credores, fraude do terceiro contratante e devedor, consciência daquele de que este estava em situação deficitária e também que a realização do ato provocou prejuízo aos credores, sem limitação de tempo para serem questionados.

Se o legislador trouxesse somente a novidade de determinar, nos casos do art. 129, reversão por simples despacho interlocutório e, nos casos do art. 130, por ação revocatória, já haveria profunda conseqüência processual. Corrobora com essa conclusão o art. 132 da lei de regência, pois fala da “[...] ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei [...]”, não prevento a revocatória para os atos do art. 129.

Como exemplo, pode-se afirmar que qualquer ato referido pelo art. 129, I a IV e VII, da Lei de Falência, mas não alcançado por esses dispositivos, porque praticado fora do prazo correspondente, será ineficaz se provado que as partes agiram com fraude.⁵¹

⁵⁰ TJRJ – 1ª Cam. Cív. – Ap. Cível. 2004.001.10647 – Rel. Henrique de Andrade Figueira – j. em 05.10.2004.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 352.

A declaração de ineficácia subjetiva só pode ser feita em sentença terminativa de ação revocatória. Não se admite tal declaração, como na ineficácia objetiva, por mero despacho no processo falimentar ou por decisão proferida em ação diversa, em respeito ao direito constitucional do devido processo legal, do art. 5º da Constituição Federal.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO⁵² critica o novo dispositivo da lei no que diz respeito à adição da expressão “efetivo prejuízo sofrido pela massa falida” ao final do art. 130, inovando em relação ao correspondente art. 53 revogado. Segundo o autor, tal prova de prejuízo pode abrir espaço à fraude e constituir impedimento de êxito para a revocatória.

Isto porque só seria possível afirmar que houve efetivo prejuízo para a massa no momento do encerramento da falência, já que até esse momento podem-se localizar bens a arrecadar, passíveis de suportar todo o débito.

Outro motivo é a dificuldade da prova, vez que o terceiro pode alegar que não foi provado o prejuízo, uma vez que o pagamento foi regularmente feito e o valor, em seu ponto de vista, teria adentrado aos cofres da empresa, agora falida.

Conclui o autor que o legislador pretendeu, provavelmente, dizer que quem deve provar o prejuízo é o réu da revocatória, uma vez tal ação ajuizada e o conluio demonstrado. Essa, de fato, parece ser a melhor interpretação.

3.7 Generalidades

Passemos ao breve comentário acerca das demais disposições da Seção IX da lei de regência, a fim de completarmos o entendimento sobre a revocatória.

⁵² *Op. cit.*, p. 304.

Comecemos por dizer que alguns dos atos objetivamente ineficazes não perdem a eficácia, se estavam previstos no plano de recuperação judicial ou extrajudicial homologado em juízo. Não se aplica, obviamente, aos casos de ineficácia subjetiva, motivo pelo qual se deve ler o art. 131⁵³ como se não mencionasse a revogação, interpretando-o de forma que qualquer ato, ainda que previsto no plano de recuperação, praticado com fraude dê ensejo à ação revocatória falimentar.⁵⁴ “Evidentemente, este desvio da lei deverá ser corrigido por alteração legislativa ou, certamente, pela atividade jurisprudencial.”⁵⁵

A massa falida decai do direito de propor a ação revocatória nos três anos seguintes à decretação da falência, e não mais no prazo de um ano do início da liquidação. Além disso, o Ministério Público passa a titular concorrente com o administrador e os credores. Dessa inovação da lei ocupa-se o item seguinte.

Já a legitimidade passiva é de todos os que figuraram no ato ou que, em decorrência deste, foram pagos, garantidos ou beneficiados, além dos terceiros contratantes, salvo em relação a estes, na hipótese de ineficácia subjetiva, se não tinham conhecimento da fraude. Os herdeiros ou legatários dessas pessoas também têm legitimidade passiva para a ação revocatória.

O juízo competente é a falência, e a ação processa-se pelo rito ordinário (art. 134). Da decisão que julgar a revocatória cabe o recurso de apelação (art. 135, parágrafo único), que será recebida em ambos os efeitos (art. 520 do Código de Processo Civil).

⁵³ “**Art. 131.** Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.” (grifo nosso)

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 354.

⁵⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Op. cit.*, p. 306.

Sobrevindo medida judicial que reconheça a ineficácia ou fraude, o efeito dessa sentença de procedência é o de restabelecer a possibilidade executiva sobre o bem que fora objeto do negócio, que passa a ser suscetível de arrecadação. Se o bem for inexistente ou, por qualquer motivo, impossível de ser arrecadado, o réu da ação responderá com todos os seus bens particulares pelo valor correspondente, além de responder também pelas perdas e danos que seu ato fraudulento causou.

A declaração de ineficácia (objetiva ou subjetiva) pode causar prejuízo a pessoas que não participaram do ato ineficaz e nem são herdeiros ou legatários delas. Ao terceiro de boa-fé não pode ser oposta ação revocatória, porque não se enquadram no inciso II do art. 133. Na lei anterior, tal adquirente não estava bem definido, mas atualmente há uma hipótese de pedido de restituição para proteger seus interesses, nos termos do art. 136, § 2º da lei de regência.

Para garantir o resultado apropriado da execução concursal, bem como garantir que o bem cuja negociação tenha sido declarada ineficaz perante a massa não venha a perecer, a lei prevê, no art. 137, a possibilidade de o juiz ordenar, como medida preventiva, o seqüestro desse bem, no caso de estar em poder de terceiros. Esse é o momento em que se chama de volta *ao patrimônio do falido* exatamente a coisa transferida em fraude, que ficará sob a guarda do depositário judicial, obedecendo à forma da lei processual civil, em seus arts. 822 e seguintes.

Por fim, o art. 138 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, traz, como na lei anterior, a determinação de que a declaração de ineficácia subjetiva ou objetiva não é obstada pela circunstância de ter sido o ato praticado em razão

de decisão judicial. Muito pelo contrário, a decisão proferida pelo juízo falimentar acarreta a rescisão da sentença em que se embasara o ato ineficaz.

3.8 A Atuação do Ministério Público na Revocatória Falimentar

O art. 132 da lei de regência prevê expressamente a legitimidade ativa concorrente do Ministério Público na ação revocatória, ao passo que o Decreto-lei 7.661/45 é omissivo a esse respeito.

Da mesma forma que se questionou sobre a disposição legal segundo a qual a fraude contra credores é caso de anulabilidade e não de ineficácia, há de se analisar essa intervenção do *Parquet* e concluir se a palavra da lei é suficiente para sua aplicabilidade.

Sublinhe-se que não se está colocando à prova o papel de “*custos legis*” do Ministério Público no processo falimentar. Sua intervenção nessa qualidade é de inegável importância, pois significa, realmente, a proteção do interesse coletivo, na medida em que age no amparo do equilíbrio e da efetividade do concurso creditório, salvaguardando a observação do “*par conditio creditorum*” e da limpidez dos atos praticados pelo falido antes e após a decretação da falência, bem como provocador do juízo em determinadas situações, tal como o oferecimento da denúncia nos casos dos crimes falimentares previstos na lei (art. 187).

Por esse motivo, a despeito do vetado art. 4º da lei de quebras⁵⁶ e por uma interpretação extensiva da lei ordinária em geral⁵⁷ quanto à atuação do Ministério Público, partilha-se da mesma opinião do Promotor de Justiça ALÉCIO SILVEIRA NOGUEIRA, para quem é “necessária a intervenção do Ministério Público como *custos legis* nos processos em que a massa falida for autora ou ré, mesmo que se refiram a direitos sem relação direta como o concurso creditório”.⁵⁸

Apesar de haver divergência doutrinária acerca dos casos em que o Ministério Público age baseado no interesse da coletividade após o referido veto do art. 4º da Lei nº. 11.101/05, é pacífico o entendimento de que a instituição se faz imprescindível no processo falimentar. Entretanto, a particular discussão de sua legitimidade ativa para propor a ação revocatória falimentar tem ganhado relevância e, também por essa razão, é válido abordá-la no estudo.

Para RUBENS REQUIÃO⁵⁹, na vigência da lei anterior, o Ministério Público não teria legitimidade para propor ação revocatória, pois não seria parte no processo falencial.

YUSSEF SAID CAHALI⁶⁰, em contrapartida, defende a legitimidade do *Parquet* para a propositura, vez que, para o autor, está presente no processo falimentar o interesse do Estado na preservação e na recomposição do patrimônio do falido em benefício dos credores.

⁵⁶ Referido artigo da lei, em seu parágrafo único, previa que “o representante do Ministério Público *intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta*” (grifo nosso). As razões do veto dizem com a sobrecarga da instituição e da redução da importância institucional do *Parquet*.

⁵⁷ Segundo a própria Lei de Falências, no art. 189, adota-se subsidiariamente o “Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei”. Cumpre, portanto, ponderar o artigo da lei vetado com os princípios, a lógica e a hermenêutica jurídica.

⁵⁸ NOGUEIRA, Alécio Silveira. **O Ministério Público e a nova Lei de Falências**. Disponível em: <<http://cnpq.mp.rs.gov.br/civel/doutrina/id347.htm>>. Acesso em 5 jul. 2006.

⁵⁹ *Op. cit.*, 1998, p. 238.

⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 862.

Com base nessas duas opiniões e tendo em vista a mudança da lei, poder-se-ia precipitadamente descartar a primeira. “*Data venia*” à posição de Cahali, parece haver sutil deferência que desconstitui seu raciocínio e que pretende ser demonstrada.

Primeiramente, é na Constituição Federal, nos termos do art. 127, que se encontra a incumbência do Ministério Público, qual seja, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Trata-se, portanto, como amplamente difundido na doutrina, da defesa do *interesse público*.

Há, todavia, imprecisão na expressão. RENATO ALESSI entende de distinguir as formas de interesse: o público e o privado. Aquele como sendo titular o Estado e este o cidadão. Ressalta o interesse público por conter significado mais abrangente, dividindo-se em *interesse público primário* e *interesse público secundário*, os quais de forma alguma se confundem. O primário seria o interesse do bem geral, enquanto que o secundário seria o interesse da administração, ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público.⁶¹

Dessa distinção feita por Alessi, deduz-se que nem sempre coincidem o interesse público primário e o secundário. Ao Ministério Público é dada a incumbência de zelar pelo primário, fazendo o mesmo pelo segundo somente quando, de fato, são simultâneos na mesma relação. Pode-se identificar, portanto, que o interesse público primário diz com o interesse social, da sociedade ou da coletividade e mesmo com os interesses difusos.

⁶¹ ALESSI, Renato *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Como já se pormenorizou, a ação revocatória tem por finalidade a declaração de ineficácia de ato ou de negócio jurídico realizado pelo devedor falido e, por conseqüência, recompor seu patrimônio para satisfazer o pagamento dos credores. Há, aqui, interesse particular dos credores, o qual não se confunde com o interesse público a ser tutelado pelo *Parquet*.

Atribuindo legitimidade ao representante do Ministério Público para a propositura da revocatória, a lei acaba por qualificá-lo como mero agente cobrador de interesses particulares de credores do falido, contrariando a própria finalidade constitucional a ele conferida.

Diante do exposto, muito embora o art. 132 da lei de regência atribua tal legitimidade à nobre Instituição, conclui-se ser o dispositivo, nessa parte, materialmente incompatível com o art. 127 da Carta Magna, pois não há interesse público primário a ser defendido. Também não se pode falar em adequação à primeira parte do inciso IX, do art. 129 da Constituição⁶², pois que não parece condizente com sua finalidade.

Na mesma linha de raciocínio é EWERTON RONCOLETA, para quem

o art. 132 do citado diploma legal deverá ser *declarado parcialmente inconstitucional*, aplicando-se, ao caso, o *instituto da interpretação conforme a CF, com redução do texto*, para o fim de excluir a expressão Ministério Público, devendo a ação ser proposta tão-somente pelos demais legitimados, quais sejam o administrador judicial e os credores.⁶³
(grifos do autor)

⁶² *In verbis*: “**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”. (grifo nosso)

⁶³ RONCOLETA, Ewerton. **Direito Falimentar – Ação Revocatória: o Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura da ação?** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2005. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2006.

4. Conclusão

O legislador brasileiro inovou com a Lei nº. 11.101/05, ao diferenciar as hipóteses de declaração de ineficácia objetiva e subjetiva, pondo fim à antiga discussão jurisprudencial acerca dos ritos a serem adotados.

A ineficácia objetiva (art. 129) pode até ser declarada *ex officio* pelo juiz, por mero despacho ou em sentença terminativa de qualquer ação de conhecimento, dispensando a proposição da ação revocatória para atingir seu fim. Qualquer ato ali previsto presume o *consilium fraudis* e o *eventus damni*.

O mesmo não ocorre com a ineficácia subjetiva (art. 130), declarada por sentença somente após ampla instrução probatória, vez que a fraude e o dano devem ser devidamente demonstrados através do mecanismo da ação revocatória falimentar.

Realçou-se o aspecto da fraude na revocatória falimentar e enfatizou-se que, para a aplicação de tal dispositivo da lei, entre outros requisitos, basta a ciência do terceiro contratante, quanto à situação do devedor e que o ato praticado traga prejuízo ao universo de credores, componentes da massa falida.

Conclui-se, portanto, que esta ação, especial e brasileira por excelência, apresenta-se como efetivo instrumento para reaver os bens transferidos a terceiros, de maneira a proteger o crédito e recompor a massa falida dos prejuízos que tenha sofrido por esses atos. Isto porque não há delimitação de tempo para propô-la: atendendo à solicitação legal da prova do conluio e do prejuízo sofrido os credores estão autorizados a buscar a tutela legal.

Ao garantir a observância do princípio da *par conditio creditorum*, a revocatória não atinge o plano da validade dos atos fraudulentos: objetiva tirar

seus efeitos, destituindo-os de eficácia, sem anulá-los ou desconstituí-los totalmente. A questão, porém, é discutível, vez que o legislador trouxe, expressamente, a idéia de *revogação*, e não ineficácia, dos atos que dão ensejo à revocatória.

Indiscutível, entretanto, é que os bens correspondentes ao ato ineficaz atingido pela sentença revocatória procedente retornam à massa falida objetiva, e não ao patrimônio do devedor, o que não torna o ato inválido, porque não se retorna ao *statu quo ante*, simplesmente o torna relativamente ineficaz (*inoponível*) em relação ao *corpus creditorum*.

Necessário se fez a abordagem da *actio pauliana*, gênero do qual a revocatória é espécie. Não objetivando, também, a anulação do ato, tal ação permite que o credor penhore o bem, como se não tivesse saído do patrimônio do devedor insolvente. Na ação pauliana, porém, não existe o estado de falência, tal como configurado – judicialmente – na ação revocatória.

Restou entendido, ainda, que o Ministério Público não deve ser legitimado a propor a ação revocatória, a despeito do que prevê a Lei no art. 132, porque ausente o interesse público primário, isto é, o interesse do bem geral, devendo ser o referido dispositivo declarado inconstitucional.

Por fim, dá-se crédito à nova lei, não só no que tange à revocatória, mas relativamente a todas as implementações que pretendem acelerar e aumentar a segurança do processo da tutela do crédito. Certo que frustrou algumas expectativas, como a consideração do período suspeito e maior sensibilidade ao aumentar o lapso temporal do termo legal, mas, no geral, mostra-se apta a regular a maior parte das relações empresariais em crise econômico-financeira, alinhada com o interesse público e com a mais atual teoria da empresa.

5. Bibliografia

ALESSI, Renato *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação – referências, elaboração**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **NBR 10520: informação e documentação – citações em documentos, apresentação**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos, apresentação**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo**. 3ª ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101 de 9-2-2005)**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v.3.

FAZZIO JR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 (Série Métodos em Direito – volume 01).

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. E notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1958.

NOGUEIRA, Alécio Silveira. **O Ministério Público e a nova Lei de Falências**. Disponível em: <<http://cnpq.mp.rs.gov.br/civel/doutrina/id347.htm>>. Acesso em 5 jul. 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1996, v. I.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 2.

RONCOLETA, Ewerton. **Direito Falimentar – Ação Revocatória: o Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura da ação?** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2005. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2006.

THEODORO JR, Humberto. **Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 6ª. ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.