

# DA INEFICÁCIA E DA REVOGAÇÃO DE ATOS PRATICADOS ANTES DA FALÊNCIA: ARTS. 129 A 138 DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

---

*Marino Luiz Postiglione \**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Histórico; 3. Ato jurídico revogável; 4. Espécies; 5. Atos do devedor especificados no art. 129; 5.1 Inciso I – Pagamento de dívidas não vencidas; 5.2 Inciso II – Pagamento de dívida vencida por meio anormal; 5.3 Inciso III – Constituição de direito real de garantia; 5.4 Inciso IV – Atos a título gratuito; 5.5 Inciso V – Renúncia à herança ou a legado; 5.6 Inciso VI – Transferência de estabelecimento comercial; 5.7 Inciso VII – Tardia inscrição de direitos reais e transcrição e averbação imobiliária; 6. Dos atos fundados na presunção de fraude e prejuízos especificados no art. 130 da LRE; 7. Fraude como elemento da ação revocatória; 8. Comento ao art. 136 da LRE; 9. Prejuízo como elemento da ação revocatória; 10. Prazo; 11. Atos fundados em decisão judicial; 12. A revocatória aplicável a casos de retirada de sócios; 13. Do processamento da ação revocatória; 13.1. Procedimento; 13.2. Legitimidade; 13.3. Competência; 13.4. Prazo; 13.5. Sentença; 13.6. Recurso; 13.7. Medidas acautelatórias; 14. Efeitos da ação revocatória; 15. Considerações finais; 16. Bibliografia.

## 1. Introdução

A experiência empresarial demonstra que, instalada uma situação de crise econômica que anteceda a uma quebra, na tentativa de evitar a bancarrota, se procederá, quase sempre, a atos de disposição patrimonial ou assunção de garantias que superem a capacidade patrimonial do empresário. Potencialmente, esse processo o conduzirá quase que inevitavelmente à falência.

Se o devedor favorecer um ou alguns credores, os remanescentes ficarão privados da garantia que representa o patrimônio, principalmente se o montante for insuficiente. Esse favorecimento, em detrimento de outros, deve, pois, ser obstado, porque rompe com o princípio igualitário que é a base do concurso de credores, a *par conditio creditorum*. Difícilmente teria o atendimento que é legalmente assegurado; por isso, a nova Lei Recuperatória municiou os interessados de instrumentos hábeis a revogar aqueles atos prejudiciais, para coibir os efei-

---

\* Mestre e Doutor em direito das relações sociais pela PUC/SP. Professor Assistente-Mestre em Direito Comercial da PUC/SP. Professor Titular em Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

tos nocivos que resultam de tais práticas. Consignou o remédio jurídico da ação revocatória sob duas formas: a primeira, prescreve expressamente certas presunções para seu exercício e especifica os atos acoimados de ineficácia; a segunda, assimilou a ação pauliana do direito comum; a declaração de falência não cria um direito, mas consente seu exercício para pleitear as conseqüências, de ordem processual, para reintegrar a garantia ao patrimônio do falido.

## 2. Histórico

À guisa de explicar a origem desta modalidade processual, importante fazer a referência de sua evolução, pois, com a civilização, foram suprimidas as modalidades de execução que recaíam sobre a pessoa física do devedor. O enfoque foi revertido sobre seu patrimônio, como o caminho hábil para os credores terem seus créditos satisfeitos. Refere Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>:

*“Atribui-se ao pretor P. Rutilio a criação, nos últimos tempos da República, da missio in possessionem, que se completava com a bonorum venditio, formas processuais que seriam o germe da execução real ou patrimonial, em lugar da primitiva e bárbara execução pessoal da Lei das XII Tábuas”.*

Quanto à citada ação pauliana, esclarece ainda o doutrinador quanto ao nome daquela modalidade processual:

*“Há entre os autores a opinião de que teria sido um pretor de nome Paulo o instituidor da ação revocatória dos atos em fraude de credores, fato que também teria se passado nos fins da República. Daí pensar-se que tal pretor seria o mesmo P. Rutilio, criador da missio in possessionem, sobre o qual a história quase nada registra... entre os pretores do ano 169 a.C., cujas obras completamente desaparecidas, existiam pelo ano 105 a.C. e cujo prenome P. possivelmente seria Paulo. Daí que, nas referências mais antigas, a ação revocatória da fraude contra credores era tanto apelidada ação pauliana como ação rutiliana (...) é certo que a denominação ação pauliana se tornou tradicional, perdurando desde as obscuras origens romanas até os códigos atuais, em todo o mundo ocidental”.*

As investigações doutrinárias sobre a origem da ação revocatória como instituto autônomo, muito embora partam do direito romano, têm por consabido que os comerciantes não consolidaram uma classe social economicamente predominante a ponto de ensejar estudos jurídicos para seus relacionamentos. Poucos institutos foram especificamente desenvolvidos para a defesa de seus interesses. Suscitaram mais propriamente estatutos de direito privado, compreendendo hoje as relações tipificadas como de direito civil, outras relacionadas com a atividade comercial e até mesmo de natureza processual, como indica Youssef Said Cahali<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Fraude contra credores – A natureza da sentença pauliana.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 165.

<sup>2</sup> *Fraudes contra credores.* São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 545.

Os comercialistas procuram vincular a revocatória falencial ao direito romano, no que este assegurava, pelo *curator bonorum*, pela pauliana e pelo interdito restituitório, a possibilidade de serem recuperados os bens salvos do patrimônio do devedor.

Prossegue este jurista aludindo que, historicamente, as origens da revocatória falencial foram identificadas nos estatutos comerciais das Comunas italianas, que indicavam a necessidade de rigorosa perquirição a respeito dos atos praticados pelo comerciante no período que precedia a falência, processo que poderia reputar como nulos, pois praticados na iminência da quebra. A legislação italiana iniciou, a francesa prosseguiu formulando regras a respeito dos atos praticados. Assim foram consolidados os princípios que, compilados no Código Comercial francês de 1808, equiparava o falido ao interdito: por ser incapaz seus atos ficavam marcados pela nulidade.

O Brasil consagrou a ação revocatória desde o Código Comercial de 1850, mantida pelo Decreto 917, de 1890, e pela Lei 859. A Lei 2.024, de 1908, deu-lhe melhor estrutura, que ainda foi desenvolvida pelo Decreto-lei 7.661, de 1945, a revogada *Lei de Falências*, praticamente repetida pela atual Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Assim, observa-se que o direito brasileiro manteve a ação revocatória como o expediente hábil para recuperar bens que o devedor desviou de seu patrimônio, em detrimento da massa de credores, houvesse ou não o propósito de fraudar o pagamento de suas dívidas.

### 3. Ato jurídico revogável

Ressalva Waldemar Ferreira Martins<sup>3</sup> :

*“Na iminência da quebra, animado do propósito natural de evitá-la a todo transe, é o comerciante levado à prática de atos e contratos redundantes, sobrevinda sua falência, em prejuízo dos credores, com o desfalcamento do patrimônio por que eles têm que pagar-se de seus créditos”.*

Para evitar esses prejuízos ou esvaziamentos de patrimônio, além da proposição geral expressa, determina o art. 591 do CPC: *“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.*

Consolida o princípio jurídico que o patrimônio do devedor constitui garantia de seus credores, mesmo assim, o empresário, em face de uma crise, poderá praticar verdadeiros atos de desespero, expedientes ruinosos, para ostentar uma capacidade de pagar que não mais existe, inclusive desvios e ocultações de ativo, tratamento favorecido a determinados credores que lhe são prediletos e coniventes ou que exerçam algum tipo de pressão mais ostensiva. Em suma, atos consubstanciados em afetações patrimoniais pela assunção de obrigações que ultrapassam a capacidade de garantia do empresário, que poderão, inclusive, comprometer o futuro recebimento dos credores.

---

<sup>3</sup> *Instituições de direito comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4, p. 170.

A própria terminologia explicita a abrangência do procedimento, pois o termo *revogar*, deriva do latim *revocare*, que significa chamar para trás, mandar voltar, chamar de novo, tornar a chamar, tornar nulo, anular, revogar. Como dito, pelos princípios jurídicos fundamentais, o patrimônio do devedor consubstancia as garantias de seus credores. Em caso de diminuição ou enfraquecimento, a estes o ordenamento jurídico oferece instrumentos de restabelecimento, por exemplo, a ineficácia de um negócio lesivo. Se o devedor efetivar atos de disposição, seja a título oneroso ou gratuito, que possam prejudicar as expectativas de recebimento dos credores, poderá ser declarado ineficaz ou, de acordo com a linguagem corrente, revogado como prevê o art. 158 do CC: “*Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos*”. A consequência legal perseguida não é a anulação, mas a declaração de ineficácia do ato para que o credor possa satisfazer seu crédito, como se aquele bem nunca tivesse saído do patrimônio do devedor, segundo preconiza o art. 182 do CC: “*Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam (...)*”.

Qualquer que seja o negócio, a identificação será a insuficiência de bens para satisfação dos credores pelos quais o devedor responde em cumprimento às suas obrigações com todos seus bens, presentes, futuros e também passados, porque, em verdade, trata de preceito essencial de direito privado, pelo qual todo o patrimônio do devedor responderá. Para o atendimento das obrigações contraídas têm de respeitar a garantia à época das contratações. A nova Lei manteve, praticamente, as mesmas regras anteriores de modo que sejam viabilizadas as obrigações anteriormente assumidas, cristalizando o momento que externava garantias suficientes.

Evidente que a hipótese legal é restritiva de circulação de bens e da vida econômica, muito embora qualquer um possa dispor de seus bens. Mas se resultar em prejuízo aos credores, pela supressão das garantias anteriores, a ponto de impingir o risco de nada receberem, porque o patrimônio residual ficou insuficiente para o regular cumprimento das obrigações, são desencadeados mecanismos legais que ensejam o restabelecimento daquelas seguranças negociais, pela desconstituição dos atos prejudiciais praticados antes da falência. Os expedientes estão disciplinados na Lei de Recuperação de Empresas, em seus arts. 129/137 e objetivam revogar os procedimentos prejudiciais aos credores.

A aplicação é exclusiva do Direito Falimentar, pois tira os efeitos de determinados atos praticados pelo falido, retrotraindo para destituí-los de eficácia; mas tão-somente em relação à massa falida, sem anulá-los ou desconstituí-los totalmente. O procedimento é judicial e visa à declaração que não produziu efeitos relativamente aos credores, aquele ato praticado pelo falido antes da falência. Em suma, a ineficácia do ato é declarada em proveito dos credores que, representados pela massa falida, suscita do juízo falimentar a revogação do ato lesivo; e o faz reivindicando direitos que lhe são próprios, não porque visa à regularidade dos negócios, mas em razão do prejuízo causado.

Antes de prosseguir o estudo, mister esclarecer os conceitos ventilados que, embora elementares, suscitam a devida aferição para entendimento e explicação do tema proposto.

Assim, cabe explicitar como são entendidas algumas expressões jurídicas aplicáveis ao presente estudo.

O ato jurídico *lato sensu* é fenômeno gerado pela manifestação de vontade emitida por alguém, com o intuito da produção de um resultado jurídico que seja amparado pelo ordenamento jurídico, ou proibido por ele. Exige, para sua configuração, a exteriorização da vontade do agente, que deve ser conscientemente produzida, e o objetivo, que seja um específico resultado no mundo das relações jurídicas. Para que a declaração de vontade alcance o efeito buscado pelo agente, é indispensável sua passagem pelos três planos jurídicos, quais sejam: *existência, validade e eficácia*. A não integração destes elementos conduz à impossibilidade do resultado buscado pelo agente.

Inicialmente, o ato nulo pode ser entendido como aquele a que faltam os requisitos legais substanciais, por esse motivo, a sanção é imposta pela transgressão ao princípio jurídico que veda a sua prática ou imponha o cumprimento a regras não atendidas. São exemplos: o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz; o objeto for ilícito ou impossível; a falta de solenidade que a lei considere essencial para a validade; o ato declarado taxativamente pela lei como nulo; quando a lei lhe negar efeito.

O ato nulo difere do ato anulável, porque este pode ser ratificado e surte, então, seus efeitos. O primeiro não sobrevive, e tudo fica no estado primitivo, como se não tivesse sido praticado, desde sua formação, pois a sua invalidade é *ex tunc*, ou seja, com efeito, retroativo.

O ato anulável contamina o ato jurídico porque foi praticado ou executado com ofensa ou preterição de formalidades legais. Pode ser anulado por quem tenha interesse na sua ineficácia. Os atos anuláveis são ratificáveis, isto é, podem ser reafirmados por quem os autorizou ou pela pessoa, em cujo interesse foram executados, de modo que se tornem legalmente perfeitos e possam surtir os desejados efeitos. É o vício suscetível de lhe determinar a ineficácia, mas poderá ser eliminado, restabelecendo-se sua regularidade. Segundo os princípios jurídicos, entende-se anulável o ato praticado por pessoa relativamente incapaz, ou que foi praticado em virtude de vício, erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Não somente quem tenha participado nele pode pleitear sua anulação; os *terceiros* prejudicados pela sua execução também o podem. E, nesse particular, a ratificação somente pode ser admitida, a fim de que o ato se valide, ressalvados os direitos de terceiros. E a ratificação retroage à data em que o ato se praticou, surtindo efeitos desde então.

#### 4. Espécies

A nova Lei Recuperatória resolveu a controvérsia acerca da similitude entre a ação pauliana e a ação revocatória, pois a antiga Lei de Falências intitulava como “Revogação de atos praticados antes da falência”. A nova Lei intitulou como “Da ineficácia e da revogação dos atos praticados antes da falência”, o que possibilita dirimir a discussão acadêmica sobre a diferenciação com relação aos efeitos da modalidade de revocatória.

O ordenamento jurídico, para aferição da regularidade dos negócios jurídicos, determina a superação dos planos da existência, eficácia e validade. Como o próprio texto legal indica, para determinadas hipóteses, a supressão de um dos planos induz o entendimento de que o ato não se adequou à hipótese legal; portanto, não terá força de produzir o efeito da declaração de vontade. No presente caso, estuda-se a ineficácia como decorrente natural da sujeição a algum termo ou condição suspensiva, para produzir o efeito procurado pelas partes, porquanto a Lei manteve o mecanismo de *ineficácia parcial* ou relativa: a declaração de vontade é atingida e não produz efeitos em relação à massa falida. Portanto, a ineficácia decorre da própria estrutura do negócio jurídico por ser prejudicial aos credores; a sanção advém da imposição legal que protege estes interesses.

A aplicação do mecanismo decorre de uma valoração legal em torno dos interesses dos credores, na conjuntura em que o negócio jurídico se desenvolveu. Ante a sujeição especial da coletividade que fica prejudicada, a Lei especifica uma valoração negativa a certos atos jurídicos. Num primeiro momento, o faz relativamente a determinados negócios aos quais liga diretamente a ineficácia daquelas situações jurídicas, suprimindo a necessidade probatória para obtenção dos efeitos legais próprios para o tipo legal respectivo.

Oportuna uma sintética distinção entre o ato *inválido* (nulo ou anulável) e o ato *ineficaz*, pois se revelam como *indispensáveis* às conseqüências destas figuras jurídicas. A *invalidade* é aquela situação em que falta algum dos requisitos essenciais impostos pela lei. A *ineficácia* é caracterizada por uma circunstância extrínseca. Interessa apenas a um ou outro esta atenção especial de alguma deficiência do negócio, porque foi validamente concluído e não perderá sua substância; ou seja, apenas em face dos credores, não produzirá seus efeitos.

A Lei visa preservar a garantia dos credores, evitando que o ato fraudulento os prejudique. Não viabiliza a desconstituição do ato, mas a preservação dos bens alienados. Para tanto, determina que o bem alienado em prejuízo da garantia dos credores reintegre o acervo sobre o qual deverá incidir a arrecadação (penhora).

Cabe a ressalva de que os atos lesivos praticados pelo falido deixam de ser estudados detalhadamente, pois são nulos, haja vista que a declaração da falência produz uma série de efeitos patrimoniais, principalmente o “desapossamento”; o falido ainda é proprietário dos bens (somente perderá a propriedade no momento da venda forçada), e, desde a data da sentença da quebra, a administração e a disponibilidade deles (cf. art. 103 da LRE) passaram ao administrador, que terá a incumbência de administrar a massa pela incapacidade do falido.

Determina a ineficácia de pleno direito os atos enumerados nos sete incisos do art. 129 da LRE. No artigo seguinte, há a formulação mais ampla e elástica para alcançar outros atos que porventura tenham sido praticados com a intenção de prejudicar credores, mas refogem às hipóteses legais para tanto. Deverá ser analisada a época em que o ato foi perpetrado (termo legal) e se os que contrataram perpetraram a fraude.

A constatação da prática dos atos enumerados no art. 129 da LRE, gera a imputação de ineficácia. Cabe apenas a observância do prazo, se anterior à falência, sobretudo se realiza-

do no termo legal da falência. Desse modo, a fixação do termo legal da falência é importante para vários aspectos da falência, principalmente os patrimoniais, pois possibilita a determinação das prerrogativas da massa, pois, após a decretação, pode surgir a necessidade de recomposição do patrimônio do devedor que alienou antes do termo legal.

Se constatada a inexistência de bens suficientes, cabe a perquirição de como o patrimônio foi esvaziado, se houve o propósito de prejudicar os credores e se se tratava de garantia. Assim, não é o aspecto negocial anterior à quebra que é juridicamente relevante, porque é lícito ao devedor vender seus bens. É a insuficiência de bens sem a necessária reserva que caracteriza a fraude aos credores, a qual, *de per se*, permite que estes encete a busca do restabelecimento da segurança anterior, como prevê o ordenamento jurídico, nos arts. 158 e seguintes do CC: “*Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirográficos, como lesivos dos seus direitos*”. Este texto legal foi repetido das regras do antigo diploma civil.

Ocorrida a alienação e evidenciada a diminuição do patrimônio do devedor ou sua insolvabilidade, ficou evidente o prejuízo aos credores (*eventus damni*), praticado pelo devedor com a intenção de fraudar os credores do que lhes era garantido. Pode ser refutado como um procedimento suspeito de desfalcocar o patrimônio com a finalidade de excepcioná-los da execução por dívidas, em prejuízo dos direitos dos credores. Quando se desfalca um patrimônio por meio de alienações ou quaisquer outros atos de disposição, que se mostrem injustos e prejudiciais aos interesses de seus credores, indica-se fraude contra os credores.

Essa modalidade de ato nocivo vicia o negócio com sua anulabilidade. É atacável por ação judicial e suscita os seguintes pressupostos: a) crédito anterior ao ato fraudulento; b) causou prejuízos; c) intenção de fraudar, presunção do conhecimento do estado de insolvência; d) pode ser intentada contra o devedor e a pessoa que com ele contratou ou ainda terceiros adquirentes que hajam procedido com má-fé; e) prova da insolvência do devedor, a proteção legal visa revogar o negócio, porque lesivo aos credores, pela reposição ao patrimônio anterior, para possibilitar o pagamento ou um rateio do qual aproveitarão todos os credores.

Este segundo elemento, o *consilium fraudis*, que é a má-fé, a fraude dos que participam do ato fraudulento, decorre da circunstância em que o ato se realizou. É presumível, pois, a intenção do devedor em causar prejuízo aos credores. Advém do conhecimento por parte da pessoa com quem o devedor contratou que o ato traria prejuízos aos credores dele. Os atos praticados com fraude aos credores são anuláveis, a fim de que voltem ao patrimônio do devedor, reconstituindo o estado anterior.

Também, para melhor entendimento, necessário diferenciar as figuras de alienação fraudulenta: fraude contra credores e fraude de execução, ambas compreendem atos de disposição de bens ou direitos com o propósito de prejudicar os credores, desfalcam o patrimônio que servia de garantia. A fraude contra credores ocorre antes da ação judicial contra o alienante e tem como pressupostos a consciência de que a alienação causaria dano aos credores, ou a



possibilidade de previsão deste dano (*consilium fraudis*), e o dano que consiste em qualquer ato de disposição patrimonial praticado com prejuízo da garantia dos credores, devido à situação de insolvência do devedor (*eventus damni*). A fraude de execução ocorre quando a alienação se dá no curso de ação judicial contra o alienante. Sequer é necessário que o devedor seja insolvente; a prova do *consilium fraudis* se presume.

É de se observar ainda que a fraude contra credores se destina apenas a atingir os interesses dos credores em particular, ao passo que a fraude de execução é mais grave, prejudicar os credores, e viola o próprio desenvolvimento da atividade jurisdicional do Estado, que é de interesse público.

Com relação aos efeitos, a fraude contra credores gera anulação do ato tido como prejudicial ao credor, assegurada a ação pauliana. Os atos praticados pelo devedor em fraude de execução não dependem de nenhuma ação para sua anulação. São considerados ineficazes contra o credor, ou seja, a execução segue normalmente, como se a alienação não tivesse ocorrido. Ineficaz em relação ao credor prejudicado.

A ineficácia do negócio jurídico acontece quando há falta de uma circunstância fática a ele extrínseca, com a cessação da produção de efeitos jurídicos do negócio ou ato em razão de causa superveniente, como onerosidade excessiva, implemento de condição resolutiva, renúncia etc. Cabe o esclarecimento do *termo legal*. É evidente que se trata daquele imposto por lei, mas depende de um ato judicial que fixará o início dos efeitos legais observados após a decretação da falência. Quer por iniciativa de credor ou autofalência, deverá o juiz observar e cumprir rigorosamente o elenco do art. 99 da LRE, pois são expressos os requisitos que integram e dão regularidade a este importante ato judicial que, muito embora trate de uma sentença, não obstante, inicia processo de falência. Esta deverá conter vários elementos, necessários à condução do processo falimentar, haja vista o elenco dos treze incisos do artigo que balizam todo o procedimento.

A sentença declaratória convola uma situação de fato (insolvência ou impontualidade) em um estado de direito (falência). A Lei 11.101, de 2005, indicou a data a ser considerada para a fixação do termo legal da falência, ou seja, a sentença fixará o período em que poderá ser determinada a ineficácia de atos considerados prejudiciais aos credores, praticados pelo falido. Em suma, compreende um espaço de tempo anterior à declaração da falência no qual os atos do devedor podem ser considerados suspeitos de fraude, por isso, suscetíveis de investigação e serem declarados ineficazes em relação à massa falida. Assim, a sentença de falência deve designar a data em que reconheceu esse estado, sem poder avançar por mais de noventa dias antes do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, conforme prevê o art. 99, II, da LRE.

Existem casos de efetiva participação de credores que, mesmo com inequívoco conhecimento da situação deficitária do devedor, buscam seu favorecimento, ainda que em detrimento dos demais credores. Por isso, a fixação é relevante para determinar a partir de que momento o falido legalmente praticou atos prejudiciais em pleno estado falimentar. A data serve de referência para a análise dos atos pretéritos, pois ocorrem, na prática forense, casos em que o devedor é



conhecedor de sua situação econômica deficitária, mas não falimentar, e pratica atos de dissipação do patrimônio durante este período e, quando decretada a falência, nada mais restava.

A insuficiência de patrimônio, muito embora possa parecer redundante em uma falência, consubstancia um aspecto objetivo que, acrescido à intenção de prejudicar os credores, enseja um procedimento judicial: a *ação revocatória* precípua para repor o complexo de bens ao estado anterior, mediante a declaração de ineficácia dos atos lesivos aos credores. É símile à referida ação pauliana<sup>4</sup>; pode ser proposta em face do devedor-alienante e terceiros que com ele contrataram. O procedimento é sob o rito ordinário, ou seja, com todas as fases processuais inerentes à sua complexidade.

Em razão dos vários interesses advindos dos credores que pretendem a declaração de ineficácia de um determinado negócio prejudicial, importante a distinção feita por Nelson Abrão<sup>5</sup>:

*“No sistema legal brasileiro estabeleceu-se definitivamente o marco divisor a respeito do exercício da pauliana e da revocatória: a primeira ficou reservada, na esfera civil, ao credor prejudicado pelo indevido desbastamento do patrimônio do devedor para promover a anulação do ato fraudatário; a segunda editou-se a benefício da totalidade dos credores lesionados pelo devedor comum, que a exercitam por intermédio do síndico”.*

Portanto, embora os atos profligados permaneçam válidos entre os contratantes originários, não produzem efeitos; são ineficazes em relação à massa.

Das conseqüências da pretendida declaração de ineficácia de negócio jurídico, também cumpre a distinção pela finalidade como ensina Darcy Bessone<sup>6</sup>:

*“Tendo em vista o dano eventual ou efetivo que, de sua prática, pode resultar para a massa, a lei (...) os declara ineficazes ou revogáveis, relativamente a ela. Ainda quando confrontados com os princípios do direito comum, não ostentam qualquer vício capaz de anulá-los. Não importa, em verdade, a ocorrência de tal vício, porque o que se quer não é desfazer o ato, por motivo de nulidade, mas, sim, torná-lo inoponível à massa (...) Assim, se desaparecer o interesse da massa (...) produzirão de maneira irrestrita todos os efeitos de que sejam normalmente capazes. Trata-se, pois, de inoponibilidade à massa, não de nulidade ou anulabilidade”.*

A nova Lei Recuperatória contém previsão e fundamento jurídico para a conseqüência jurídica processual de ineficácia de determinados negócios realizados pelo falido em determinados

<sup>4</sup> É ação que assiste aos credores para o fim de anularem os atos praticados pelo devedor insolvente, que celebrou negócio de má-fé, ou para revogar o negócio lesivo a seus interesses e repor o bem no patrimônio do devedor, possibilitando a efetivação do rateio, que aproveitará a todos os credores. Devem integrar os seguintes elementos: insolvência do devedor, intuito de fraudar e prejuízo. Sua denominação “pauliana” vem do nome do juriconsulto romano *Paulus*.

<sup>5</sup> *Da ação revocatória*. São Paulo: Leud, 1997. p. 40.

<sup>6</sup> *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.121.

negócios que ensejaram a redução do acervo patrimonial a ser liquidado. Assim, se houver a possibilidade de aumentar as chances de recebimento dos credores fica legitimada (interesse) à ação revocatória.

Nesses casos, a previsão legal subdivide-os em dois grupos: *atos incondicionados* ou *de ofício*. Neste primeiro, não se cogita a ocorrência de qualquer elemento subjetivo, pois o art. 129 da LRE pressupõe a prova de fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo, ao especificar os atos praticados pelo contratante que não necessariamente tenha o conhecimento do estado econômico do devedor – mesmo que este não tenha a intenção de fraudar credores e que seus atos apenas produzam efeitos relativamente à massa. O segundo grupo refere-se ao art. 130 da LRE, que determina, mediante uma formulação genérica, a declaração de revogação, relativamente à massa, dos atos praticados com a intenção de prejudicar credores; para tanto condiciona a prova de fraude do devedor e do terceiro que com ele contratou.

A distinção entre as espécies reside no elemento subjetivo ou intencional. No primeiro grupo, os atos ineficazes caracterizam-se independentemente da intenção de prejudicar credores, haja vista que o dano que se investiga é aquele à massa; por isso, a Lei expressamente estabelece um elenco casuístico para a primeira espécie. Na fórmula genérica do art. 130 da LRE, relativa aos atos revogáveis condicionados, a intenção de prejudicar e seu conseqüente prejuízo são essenciais; por isso, não houve especificação legal dos casos, sendo considerados todos os praticados com a intenção de prejudicar e com prova da fraude, do devedor e terceiro, aspecto que deve ser cumulado com o dano. Também é de se observar a diferença de modalidade do rito, sendo bastante simplificado a do art. 129 da LRE, que, inclusive, permite a declaração de ofício, como faculta seu parágrafo único, pois presume a fraude aos atos prejudiciais realizados antes da declaração de falência. O rito do art. 130 da LRE reverte à revocatória, com normas processuais probatórias mais elaboradas, e suscita a iniciativa processual do interessado cujo dano resultou prejuízo à massa para que ocorra sua declaração de ineficácia.

Ineficaz ou revogável o ato, o será apenas em relação à massa. Os bens saídos dela devem ser restituídos, com todos os acessórios e, não sendo possível a restituição, reverte-se em indenização, como determina o art. 135 da LRE. Por outro lado, para não locupletar indevidamente a massa, em caso de improcedência da ação revocatória, determina o art. 136 da LRE, que se restituirá o terceiro com o que houver para adquirir a coisa; este assume ou reassume a posição que, como credor, tinha antes do ato revogado.

No Direito Falimentar, embora os atos profligados permaneçam válidos entre os contratantes originários, não produzirão efeitos em relação à massa, posto que decretada a ineficácia dos efeitos patrimoniais com a restituição do bem à função de garantia que tinha antes, não importa à ação revocatória que o contratante esteja ou não de boa-fé, pois, ao contratar com um devedor-empresário, às vésperas de sua falência, tenha ou não conhecimento dos sintomas ou do estado de sua insolvência, não cumpre perquirir a inocência ou cumplicidade de quem participou, como parte da prática do ato, pois não visa punir fraudes, mas declarar a ineficácia pelas circunstâncias que o ato praticado, se prejudicial aos credores, acrescido da vontade consciente de obter um resultado intencional do ato praticado, restará seu retorno ao acervo que de onde nunca deveria ter saído.

Em suma, as conseqüências da relação jurídica entre as partes contratantes não se anulam, continuam a existir, mas perde eficácia jurídica contra a massa falida; a ineficácia dos atos aproveita a todos os credores, inclusive os posteriores ao ato revogado; os coobrigados com o falido, ou seus fiadores, que não podem invocar a ineficácia dos referidos atos para eximir-se às suas obrigações; e, cessados os efeitos da falência, a relação jurídica readquire toda sua eficácia, tanto que, se desaparecer o interesse da massa (como poderia ocorrer pelo deferimento da recuperação judicial, cf. inciso III do art. 129 da LRE, ou da extinção das obrigações, cf. art. 102 da LRE), aqueles atos, antes passíveis de revogação, produzirão todos os efeitos normais. Portanto, ineficácia referida é apenas em relação à massa e não trata de nulidade ou anulabilidade.

## 5. Atos do devedor especificados no art. 129 da LRE

Os casos enumerados no art. 129 da Lei Recuperatória relaciona os atos declarados ineficazes em relação à massa. Basta a decretação da falência para que estes, legalmente determinados, possam ser declarados ineficazes em relação à massa. São presumidos independentemente de o contratante ter ou não conhecimento do estado econômico do devedor. O ânimo de lesar os credores não precisa de prova, sendo que específica várias hipóteses em que poderão ser argüidas a qualquer tempo, até o encerramento do processo de falência, pelos quais cabe o comente específico.

Antes de prosseguir no estudo das hipóteses legais, imprescindível a previsão do art. 131, que ressalva: “*Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 que tenham sido previstos e realizados da forma definida no plano de recuperação judicial ou no plano de recuperação extrajudicial homologado será declarado ineficaz ou revogado.*” A exceção expressa veda a declaração de ineficácia de determinados atos praticados que foram realizados sob o amparo do procedimento da recuperação judicial ou extra. Quando homologada, tratou de atividade Recuperatória que passou pelo crivo dos credores e foi judicialmente “autorizada”; logo, não havia a intenção de fraudar os credores, não houve clandestinidade; o ato foi às claras, não pode ser declarado ineficaz, convalidado fica, sem a possibilidade de ineficácia, pois realizado de acordo com a própria Lei.

### 5.1 Inciso I – Pagamento de dívidas não vencidas

O pagamento é um dos meios de extinção das obrigações expressamente previsto no art. 304 do CC: “*Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.*”. Deve ser cumulado à disposição do art. 313 do mesmo Código: “*O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.*”. A estes casos o inciso I do art. 129 da LRE, que declara ineficaz em relação à massa falida, pois o pagamento de obrigação sequer exigível, realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que com o desconto do próprio título, não é normal nos meios empresariais, sobretudo em se tratando de devedor que se encontra em dificuldades financeiras. Como indica o dito popular que “tempo é dinheiro”, trata-se inclusive de um modo de ganhar dinheiro, haja vista a prática de comprar mercadorias faturadas, vender à vista, investir até o vencimento, para lucrar algum rendimento neste espaço de tempo. Outrossim, pode ocorrer que, com

empresas de grande porte, com liquidez, preferir o pagamento à vista, apenas porque obtêm abatimento; antecipação, porém, não é a normalidade.

Por isso, afigura-se como suspeito de favorecimento indevido aquele que compromete o tratamento igualitário dos credores pelo pagamento antecipado. Assim, a presunção da Lei reputa ineficaz em relação à massa o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor, se tal fato ocorrer dentro do termo legal da falência ou qualquer meio extintivo do direito de crédito. Exemplo disso é a dação em pagamento ou a incidência de sanção legal em qualquer forma contrária à conduta natural dos empresários. Além disso, mesmo que o pagamento seja realizado fora do termo legal, ainda assim cabe a ressalva do art. 162 do CC, que prevê: *“O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu”*.

## 5.2 Inciso II – Pagamento de dívida vencida por meio anormal

O pagamento convencional de dívidas ocorre quando estas estão vencidas e são exigíveis pelos modos previstos na contratação qualquer alteração sujeita o pagamento à ineficácia, haja vista que, na linguagem do preceito legal “qualquer forma que não seja prevista pelo contrato significa que o meio de pagamento previsto no contrato deverá ser a forma legal. Costumeiramente é efetuado em dinheiro, mas podem ocorrer casos em que houve algum ajuste diverso, por outro meio, por exemplo, a dação em pagamento.

A previsão legal tem por motivação a busca de salvaguardas aos credores de um comportamento reiterado na prática por devedores às vésperas de sua quebra, época em que sofrem forte pressão moral de seus credores, assim para se livrar de algum credor mais obstinado, que se esforçará em lograr um recebimento até de coisa que não seja dinheiro, em substituição à prestação que lhe era devida, como o referido no art. 356 do CC: *“O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”* da obrigação, comparáveis em seus efeitos ao pagamento, são a cessão, compensação etc.. A Lei, no entanto, veda qualquer pagamento de dívida vencida que não seja realizado pelo meio contratualmente estipulado.

## 5.3 Inciso III – Constituição de direito real de garantia

A Lei impede que o credor consiga do devedor, nas vésperas da falência, vantagens para roborar as garantias de uma dívida contraída anteriormente, de modo que os demais créditos fiquem sem o pagamento assegurado. Pela constituição de direito real de garantia no termo legal, esta alteração desequilibraria o direito entre os credores, infringindo o princípio da igualdade de tratamento dos credores.

A vedação legal não impede a constituição de direito real de garantia às vésperas da falência, legitimamente constituído, para assegurar o cumprimento de uma obrigação ao mesmo tempo assumida pelo credor, pois é comum que o devedor combata até o final as causas de sua crise, inclusive com financiamentos, desde que legítimos, para se resguardar da falência.

É de se observar as condições dos negócios entabulados. Não se pode generalizar e acoiar todos os negócios que foram validamente constituídos apenas porque nasceram no período suspeito da falência. Assim, as condições para a ineficácia desta garantia suplementar são: refira-se à dívida anterior ao termo legal e tenha sido dada neste período da falência, pois trata de prática comum que um credor, temendo que sua garantia se torne insuficiente, tente obter um reforço da garantia. Se ocorrer dentro do termo legal, será ineficaz e não afetará as garantias anteriores legalmente concedidas. Em suma, apenas não será eficaz o reforço com garantia real de obrigações anteriormente constituídas.

Apenas em casos específicos seria considerado válido o reforço, ou seja, que o reforço já estivesse previsto em contrato, que a insuficiência tenha ocorrido após a constituição da garantia e atenda a promessa preexistente à ocasião que constituiu a dívida – isto é, promessa contraída antes do termo legal.

#### 5.4 Inciso IV – Atos a título gratuito

A atividade empresarial é denotada por atos onerosos, ou seja, qualquer atividade, sem a devida correspondência monetária, foge ao necessário espectro da normalidade das relações contratuais, pois, se não houver qualquer contraprestação, a massa ficará espoliada, como prevê o art. 158 do CC: *“Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”*. Por exemplo, a doação seria a mais usual, portanto, ineficaz se no prazo legal. Todavia, é de se ressaltar os atos gratuitos que podem ser objeto de doações feitas pelo empresário sem que ocorra qualquer prejuízo aos credores, como é o caso das gratificações concedidas aos administradores, como é o caso da remuneração dos administradores ou empregados por deliberação dos sócios, haja vista que estes têm natureza de salário e neste se integram, inclusive com repercussões legais trabalhistas (conforme dispõe o art. 1.071, IV, do CC).

Cabe o comentário da extensão do prazo, além do termo legal, pois a Lei concedeu dois anos para vergastar a eficácia desta modalidade de ato jurídico que importem em diminuição das garantias.

#### 5.5 Inciso V – Renúncia à herança ou a legado

Igualmente ineficaz, em relação à massa, a renúncia de herança ou de legado, por parte do falido, se significar prejuízo aos credores. A Lei ratificou o princípio do direito comum, referido no art. 1.813 do CC, que prevê: *“Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante”*. Assim praticada, até dois anos antes da declaração da falência, o ato de renúncia é considerado pela Lei como prática a título gratuito, pois irá beneficiar parentes e terceiros. Com a renúncia à sucessão, legado ou usufruto, prescinde de um direito sem nenhuma vantagem e importa em alienação a título gratuito, o que significa diminuição de patrimônio para os credores; portanto, poderá ser declarado ineficaz, deve ser observado o prazo legal de dois anos.

## 5.6 Inciso VI – Transferência de estabelecimento comercial

O estabelecimento deve ser entendido na acepção do art. 1.142 do CC: “*Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”, ou seja, como uma *universalidade de fato*, como preconiza o art. 90 do CC: “*Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária*”. Assim constituído pela complexidade de bens unitários que, aglutinados pela vontade do empresário para servir-lhe como efetivo instrumento de sua atividade, se integram no seu patrimônio; logo, consubstancia garantia dos credores.

O art. 1.143 do CC, faculta: “*Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza*”. Assim, pode participar como objeto de várias relações patrimoniais contratuais, com as quais o empresário tem a prerrogativa de negociar seu estabelecimento. Entretanto, não poderá desfalcicar seus credores com essa venda, impossibilitando a garantia e/ou o pagamento dos credores. Assim, para negociar validamente, deverá o empresário obter antecipadamente o consentimento expresso de seus credores e ainda manter patrimônio suficiente para solver seu passivo.

Enfim, cabe a ressalva que trata o parágrafo único do citado art. 90 do CC, no sentido de que: “*Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias*”. Assim, uma simples venda de componentes do estabelecimento, como, por exemplo, mercadorias, máquinas, etc., desde que não inutilizem como instrumento da atividade do empresário, ou não enfraqueça de tal forma o seu patrimônio que o passivo ultrapasse o ativo, não aciona a vedação legal.

Para complementar este comentário, ainda a previsão do art. 1.144 do CC que: “*O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial*”. Assim também o art. 1.145 que prevê: “*Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação*”.

Assim, a eficácia deste negócio depende do consentimento dos credores, que obriga o comprador a assegurar-se de que não ocorra a situação ora prevista, sob pena de ser privado do estabelecimento.

## 5.7 Inciso VII – Tardia inscrição de direitos reais e transcrição e averbação imobiliária

No sistema do Direito Civil, a transferência da propriedade imóvel só opera os devidos efeitos jurídicos pelo registro do título de aquisição. Assim, a propriedade é transferida na



data em que for transcrito, conforme determina o art. 1.245 do CC: “*Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (...)*”. Além disso, terá por referência o dia em que apresentar o título ao registro, como o art. 1.246 do mesmo diploma legal indica com precisão: “*O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.*”.

Não só a referência legal do inciso, que já tinha previsão legal explícita, a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.5015, de 31.12.1973), em seu artigo 215, dispõe: “*São nulos os registros efetuados após a sentença de abertura de falência, ou do termo legal nele fixado, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente*”. Logo, já era acoimado de ineficácia; assim, se apresentado para registro após a sentença de falência ou no termo legal, o registro será nulo.

A segunda parte do inciso, todavia, contém disposição diversa da antecedente, pois refere a prenotação anterior, ou seja, trata de negócio realizado antes de qualquer alteração na capacidade negocial do falido. Nestes casos deve ser respeitado o registro do imóvel.

Quanto a este artigo, cabe a observação de que, nos incisos de I a III, cabe a revogação, se praticados dentro do termo legal; os demais são passíveis de revogação, independentemente da época em que tenham sido praticados, desde que observado o prazo próprio referido no inciso.

O parágrafo único deste artigo, em que foi criado um sistema especial com base na presunção do ânimo de lesar os credores – e para tanto dispensa a produção de provas, pois específica as hipóteses e retrata a presunção *juris et de jure* da intenção de lesar os credores, dos pressupostos, da fraude e do prejuízo –, refere a possibilidade de declaração de ofício pelo juiz, ou seja, mediante decisão interlocutória proferida nos autos da falência. Esta deve ser provocada por simples requerimento no próprio processo. Se eventual prejuízo for observado, cabe ao prejudicado a via recursal convencional, os embargos de terceiro ou agravo de instrumento. A mesma letra legal também permite ao administrador alegar em defesa da massa, em ação ou execução proposta por quem contratou com o falido, argüir a ineficácia do ato.

Outro aspecto deste parágrafo é quanto ao fato da ineficácia ser oposta como defesa em ação ou execução que será recebida como impugnação. Antes que a massa falida tome a iniciativa da ação revocatória, ela poderá ser utilizada pelo administrador com relação a algum bem, quando envolvido em ação judicial que objetive a transferência de bens a terceiros. Assim, a referência é de que se trata de verdadeira ação revocatória, porquanto a massa contesta, sob o fundamento da ineficácia, o que já significa a plena substituição da ação revocatória que fica esgotada nesta discussão instalada por terceiro.

## **6. Dos atos fundados na presunção de fraude e prejuízos especificados no art. 130 da LRE**

Nos casos enumerados no art. 130, diverso do antecedente, houve a manutenção das regras de direito comum referentes à fraude aos credores, apesar do dificultoso acréscimo de prova de

intenção de prejudicar. Foi referido como previsão legal, que trata de atos revogáveis, em contrapartida do ao anterior que trata de atos ineficazes. Assim, este processamento não dispensa os elementos probatórios para ensejar a finalidade precípua da ação revocatória que é reconstituir o patrimônio do falido, mediante declaração judicial de ineficácia de algum negócio realizado.

## 7. Fraude como elemento da ação revocatória

Ao confrontarmos a ação revocatória enunciada no art. 129 com a do art. 130, observamos que naquela existe a indicação expressa e direta de ineficácia, não suscita qualquer comprovação do elemento *fraude*, haja vista as hipóteses legais dos seus oito incisos; o mesmo não ocorre com o segundo que evidencia o termo “são revogáveis”, estipulando uma distinção importante, pois não houve previsão taxativa do legislador com a enumeração das hipóteses legais. Assim, podemos afirmar que esta espécie será complementada com as disposições do CC que, em seus artigos 158, 159 e 161 a 165, dão arcabouço jurídico suficiente para casos outros cuja revogação dependerá da prova do conluio fraudulento entre devedor e terceiro, bem como a ocorrência de efetivo prejuízo à massa. Além disso, a fixação de período determinado para buscar a revogação do ato, ou seja, que seja declarado ineficaz em relação à massa, como refere o art. 132 da LRE, que fixa em até três anos da decretação da falência.

Para tanto, é preciso provar a difícil combinação fraudulenta entre falido e terceiro que contratou. Como é a massa a interessada, e na circunstância de terceira, terá de produzir elementos de convicção suficientes, para concluir e demonstrar um aspecto subjetivo que é a intenção de prejudicar credores. A Lei usa a expressão “revogáveis”, como se referisse à ineficácia. Mas é imprescindível manter a distinção em foco, com o objetivo de proporcionar maior proveito aos credores e não fiscalizar os atos pretéritos do falido. Portanto, sob o enfoque de ineficácia ou da revogabilidade que vai orientar a importante atuação do administrador ou de outro legitimado para propor a ação revocatória e sob o ângulo da sistemática falimentar, o artigo é limitativo, haja vista, os pressupostos: serem praticados com *a intenção de prejudicar credores* e efetivo prejuízo sofrido pela massa, só assim são suscetíveis de revogação.

Quanto ao primeiro aspecto, prova da fraude, muito embora esta modalidade de ação revocatória tenha caráter amplo, somente é viável se demonstrar a existência do *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro. Esta pode ser realizada por qualquer meio admitido em direito, como prevê o art. 332 do CPC (“*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*”), e deve ser cumulada às prescrições do Código Civil, insculpidas nos artigos 212 a 232, como por exemplo: a) clandestinidade do ato; b) falta de causa ou motivação; c) alienação de bens indispensáveis para a atividade; c) infinidade de transmissões sem motivo, apenas para distanciar com quem ele contratou.

## 8. Comentário ao art. 136 da LRE

Comenta o art. 136 da LRE, o resultado final da ação revocatória. É de se notar sua principal consequência quanto “*as partes retornarão ao estado anterior...*”, muito semelhan-

te do que prevê o art. 182 do CC: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam...” No caso da revocatória, porém, a declaração judicial será de ineficácia (art. 129) ou revogação (art. 130). Este comando poderá inclusive atingir terceiros que não tiveram qualquer responsabilidade com a falência, ou seja, aquele ato em que esteve envolvida não ensejou a quebra. Assim, existe a previsão legal da proteção também de seus interesses pela restituição ou perdas e danos.

Outra circunstância que merece comentário na nova Lei, é o respeito à securitização de créditos. Como anota Fernando Schwarz Gaggini<sup>7</sup>, esta operação:

*“(...) é uma inovação financeira que busca oferecer novas formas de investimento para as empresas e um investimento diversificado e de menor risco para o investidor (...) portanto, trata-se de uma eficiente estrutura de financiamento e de transferência de risco, que permite a mobilização de recursos financeiros, ao mesmo tempo, estimula o desenvolvimento da atividade econômica nacional”.*

Exatamente, a finalidade da Lei Recuperatória consigna como um dos seus objetivos é a indissociável atenção aos interesses envolvidos, como expressa seu art. 47: “(...) a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Anotam os comentaristas da nova Lei, inicialmente por Manoel Justino<sup>8</sup>, que trata como:

*“(...) admirável engenhosidade jurídica, que impede ataque ao ato de cessão em prejuízo dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador (...) o que estimularia os investimentos no mercado imobiliário de imóveis em construção, pois haveria garantia mesmo em caso de falência da construtora”.*

Também Fabio Ulhoa Coelho<sup>9</sup> anota que:

*“... como se trata normalmente de mecanismo de financiamento da atividade empresarial abrigado no mercado de capitais, é indispensável à regular tutela dos interesses dos investidores que, na falência do emitente, a cessão da obrigação que serve de lastro ao título securitizado não possa ser declarada ineficaz”.*

Por fim, cabe a ressalva de Ricardo Tepedino<sup>10</sup>:

---

<sup>7</sup> *Securitização de recebíveis*. São Paulo: Leud, 2003. p. 19.

<sup>8</sup> *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 312.

<sup>9</sup> *Comentário à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 359. <favor confirmar dados, estava incompleto>

<sup>10</sup> *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. Paulo F. C. S. de Toledo e outro (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 369.

*“Se, no entanto, da fraude participaram também os investidores, a alienação dos créditos deverá cair sob o golpe da revocatória... obviamente esta cessão tem de ser privada de efeitos — pensar o contrário equivale a supor que a lei criou uma hipótese de fraude legalmente permitida, o que agride até mesmo o bom senso”.*

## 9. Prejuízo como elemento da ação revocatória

O prejuízo tem que ser efetivo, é o que condiciona o texto legal. Para tanto, bastaria observar a insuficiência de bens para o pagamento dos credores, que serve de subsídio para convicção e fundamento a qualquer decisão futura, e, como é evidente, o próprio concurso de credores para satisfazer a massa, mesmo que pelo sistema de rateio, uma vez que aludido prejuízo está provado de plano, pois o que baliza este procedimento é o dano à massa. Se ela existe, significa a ausência de bens aos pagamentos devidos, ou seja, a insolvência.

## 10. Prazo

A tempestividade estipulada pelo art. 132 da LRE, regulou um prazo de três anos a partir da declaração da falência. Nenhuma dúvida deixa que o prazo é extintivo da ação, ou seja, é de decadência, circunstância já pacífica com relação à legislação anterior, pelo que, o não atendimento tempestivo significa a perda do direito de vergastar os atos jurídicos acoimados de ineficazes, como anota Rubens Requião<sup>11</sup>:

*“(...) podemos compreender que a decadência do direito se consuma pelo decurso do prazo, de forma fatal, que não pode ser impedido, suspenso ou interrompido”.*

## 11. Atos fundados em decisão judicial

O art. 138 da Lei Recuperatória estatui que *“o ato poderá ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, observado o art. 131 desta Lei”* (reproduzindo o texto do art. 58 da Lei revogada). Para a Lei é indiferente a forma como o ato se reveste. Busca eliminar as conseqüências prejudiciais à massa, mesmo com decisão judicial que autorizou o ato. Podia ser fruto de uma renúncia de direito por parte do devedor ou mesmo de conluio entre as partes litigantes, de adrede para prejudicar credores. Como resultado, o ato fica revogado de pleno direito à decisão judicial que motivou a conseqüente execução.

José da Silva Pacheco<sup>12</sup> deduz que:

*“A parte final do art. 58 do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, tem de ser interpretada também em conexão com o art. 129 do CPC. Quando as circunstâncias da causa convencerem de que autor e réu se serviram do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá decisão que obste a estes objeti-*

<sup>11</sup> Curso de direito falimentar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1, p. 182.

<sup>12</sup> Processo de falência e concordata. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 364.

*vos. Pergunta-se: se o juiz não percebeu a simulação e deu sentença que, transitando em julgado, foi executada, de modo a reduzir ou desviar bens do falido, há impedimento em revogar estes atos fraudulentos? Acobertando-os, há uma sentença judicial. Mas nem por isto tais atos fraudulentos, praticados com a intenção de prejudicar credores, podem deixar de ser revogados, desde que se prove a fraude do devedor e do terceiro (art. 53 da LF e art. 483 do CPC)”.*

Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945, Pontes de Miranda<sup>13</sup> asseverava da ineficácia de decisão transita em julgado, mas fazia a ressalva de que *“a decisão que transitou em julgado, qualquer que fosse, não fica rescindida, fica sem a eficácia que teria contra a massa falida”*. Por fim, imperiosa a conclusão de Trajano de Miranda Valverde<sup>14</sup>: *“(…) neste caso, a sentença não se rescinde, mas deixa de produzir seus efeitos em relação à massa falida”*. Enfim, muito embora determinado ato jurídico fosse precedido de decisão judicial, mas a consequência tenha sido prejudicial à massa, tanto poderá ser declarada ineficaz como revogada como garantia contra fraudes. Assim, mesmo que a Lei indique que ficará rescindida a sentença que o motivou, em verdade, não se trata de ‘rescisão’ da sentença, porque não houve matéria de ação revocatória julgada.

É de se distinguir a abrangência de ineficácia, não havendo rescisão de sentença anterior nem violação de coisa julgada, mas apenas um óbice legal aos seus efeitos em razão da prevalência do interesse coletivo que submete situações anteriores a uma nova realidade concursal. Enfim, cabe a advertência de Julio Kahan Mandel<sup>15</sup> de que: *“Este dispositivo deve ser aplicado com a mais extrema das cautelas, para que a própria Justiça e outros diplomas processuais não fiquem sem credibilidade”*.

## **12. A revocatória aplicável a casos de retirada de sócios**

Além dos casos mencionados na Lei Recuperatória, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) também prevê outra modalidade de revogação. Trata-se da previsão do seu art. 45, § 3º: *“Se quando ocorrer a falência, já se houver efetuado, a conta do capital social, o reembolso dos ex-acionistas, estes não tiverem sido substituídos, e a massa não bastar para o pagamento dos créditos mais antigos, caberá ação revocatória para restituição do reembolso pago com redução do capital social, ate a concorrência que remanescer dessa parte do passivo. A restituição será havida, na mesma proporção de todos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas”*.

Assim, se houver a decretação da falência de uma sociedade anônima e houve pagamento de acionistas retirantes, observa-se a redução do capital social; mas havendo credores nessa ocasião, o reembolso não será mantido e deverá ser arrecadado como sendo da massa. Esta operação é aquela em que a companhia paga aos sócios dissidentes o valor de suas ações, mediante as hipóteses legais que conferem o direito de retirada da sociedade do valor das suas ações, conforme previsões dos arts. 136, 236 e 256, todos da LSA.

<sup>13</sup> *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1984. v. 28, t. XXVIII, p. 377.

<sup>14</sup> *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II, p. 71.

<sup>15</sup> *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 237

Esse raciocínio não se aplica apenas às sociedades *por ações*, mas a todas, se sujeitas à revocatória quando da saída de algum sócio às vésperas da quebra, pois o reembolso dos fundos sociais àquele que contribuiu para o capital social significa a manutenção de sua responsabilidade até o momento de sua despedida.

É de se observar que casos de retirada de sócios poderiam esgotar os fundos sociais que garantiam a sociedade. Portanto, a redução do patrimônio social garantidor dos débitos existentes até aquele momento pode ser revogada, muito embora nenhuma das leis especifique o rito aplicável. É de se observar sua adequação às hipóteses do 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: ...II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;*”

Refere Modesto Carvalhosa<sup>16</sup> sobre esta interessante hipótese que:

*“Os créditos dos sócios retirantes, no caso, são quirografários, somente prevalecendo contra (os quirografários) constituídos posteriormente à data em que se materializou o direito de recesso. Ademais, o crédito quirografário dos antigos acionistas dissidentes não prevalece contra os créditos privilegiados, ainda que constituídos posteriormente a materialização do direito de retirada... os preceitos obedecem ao princípio de que os acionistas não podem ser reembolsados do valor de suas ações antes do pagamento integral dos credores da sociedade”.*

## 13. Do processamento da ação revocatória

### 13.1 Procedimento

É de se notar que, nos casos do art. 129 da LRE, a princípio, não é necessária uma ação para a declaração de ineficácia do ato, como facultam as hipóteses de pleno direito. Assim, se for o caso de ineficácia, resultante da previsão da norma legal, que defere ao juiz a prerrogativa de declarar mediante decisão interlocutória. Mas se o ato que busca a revogação não está tipificado no artigo indigitado, terá por fundamento a previsão do art. 130 da LRE. Deverá obter a declaração de ineficácia de determinada alienação mediante ação instaurada e processada na conformidade da previsão do art. 134 da LRE que a remete ao rito ordinário, aplicando-se-lhe as regras processuais comuns ao procedimento, como dispõem os arts. 282 e seguintes do CPC, qual seja, o rito ordinário.

### 13.2 Legitimidade

Prescreve o art. 7º do CPC, que parte é: “*Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo*”. Destarte, o direito a ser encetado é o da

---

<sup>16</sup> *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 447.



declaração de ineficácia, como prevê o art. 135 da LRE, que preconiza: “*A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie (...)*”. Assim, a pretendida reintegração dos bens é destinada aos credores que, legalmente, são representados pelo administrador judicial a quem incumbe administrar os interesses da massa falida em juízo, como determina o art. 22 da LRE, além da previsão, no sentido de que outros terão supletivamente a legitimidade, conforme prescreve o art. 132: “*(...) deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público (...)*”. Assim, legitimou os três e não especificou nenhum prazo.

Nesse sentido, podem ser sujeitos passivos da ação revocatória, como refere o art. 133 da LRE: “*(...) pode ser promovida: I – contra todos os que figuraram no ato, ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados; II – contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores; III – contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos I e II*”. De modo geral, refere todos que figuraram no ato vergastado: os que vieram a adquirir e sabiam do ânimo do devedor em lesar os credores, ou simplesmente negociaram, independentemente da fraude.

### 13.3 Competência

Na consonância da imposição do Juízo Universal da Falência, observa-se a expressão fixação da competência, especificada pelo art. 134 da LRE, que congrega os interesses dos credores como resultado dos princípios igualitários da execução concursal, pois qualquer pretensão de recebimento de crédito deverá obrigatoriamente submeter-se à coletividade dos credores, a fim de possibilitar o melhor resultado e alcançar todos os bens. Assim, a falência é balizada pela universalidade. O art. 76 da LRE, institui a unidade ou indivisibilidade do juízo falimentar; também por esta regra, fica roborada a competência única e indivisível.

### 13.4 Prazo

A LRE não especificou a início da propositura da ação renovatória, apenas o termo final. Destarte, após a investidura como administrador judicial, está legitimado e habilitado a promovê-la, desde que tenha conhecimento de algum ato passível de ineficácia ou revogação, e se ajuste às hipóteses legais, para salvaguardar o patrimônio garantidor dos credores.

A prática forense inspira que, quanto antes for procedida a reintegração dos bens alienados, maiores a chances de sucesso dos interesses dos credores, haja vista a dilapidação, novas alienações ou extravio daqueles, até porque, na sistemática liquidatória atual, esta poderá ser iniciada logo após a arrecadação dos bens, como faculta o art. 139 da LRE.

A propositura da ação para revogação deverá respeitar o prazo instituído no art. 132, que refere: “*(...) no prazo de três anos contados da decretação da falência*”, sendo este decadencial.

### 13.5 Sentença

A ação revocatória tem por fito a declaração de ineficácia de determinados negócios jurídicos. Não se pode afirmar que apenas declara, mas sim desconstitui os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, pela regra do art. 130, que suscita a manutenção daquele bem no patrimônio do falido, mas não retorna para ele, e sim para a massa; portanto, a sentença fica atrelada ao comando do art. 135, que prescreve: “*A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos*”. Assim, não perscruta prejuízos ou irregularidades, apenas a restituição do próprio bem.

Na hipótese de procedência, o administrador deverá trazer materialmente o bem à massa. A expressão *em espécie*, constante do artigo, significa que a própria coisa deverá ser restituída com os acessórios que incluem: frutos, produtos, rendimentos e benfeitorias. Se não voluntariamente, mediante execução da sentença.

### 13.6 Recurso

A ação revocatória, como qualquer demanda regularmente proposta, poderá ser acolhida ou não. Em qualquer das hipóteses, pode ocorrer o inconformismo com um dos pólos e, na previsão do parágrafo único do art. 135, determina-se que: “*Da sentença cabe apelação*”, com o prazo de quinze dias. Entretanto, nada regula quanto aos efeitos de recebimento do recurso, nem observa a distinção entre ineficácia e revogação. Assim, é de perscrutar se os efeitos deverão ser balizados pelo fundamento da tutela suscitada, como prescreve Rubens Requião<sup>17</sup>. Se com base na ineficácia, apenas o efeito devolutivo; no caso de revogação, em ambos os efeitos.

### 13.7 Medidas acautelatórias

A ação revocatória é um meio de tutela do crédito e constitui ulterior fortalecimento das garantias patrimoniais em defesa das expectativas legítimas do credor. Em termos gerais, na sistemática do CC, a ação revocatória é firmemente ligada à tutela das garantias típicas oferecidas pelo legislador que predispôs instrumentos de intervenção e manutenção reais para o credor sobre o patrimônio do devedor, essas funções substancialmente conservadoras. Com o seqüestro referido no art. 137 da LRE, contempla-se a faculdade ao credor para intervir no patrimônio do devedor para conservar aquela garantia genérica sobre bens que poderiam ser alienados.

O art. 137 da LRE, reitera a previsão acautelatória da providência típica do seqüestro de bem, pelo qual poderá o magistrado, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros na forma da lei processual civil. A medida cautelar e o deferimento de

<sup>17</sup> *Curso de direito falimentar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1, p. 204.

eventual pedido liminar, neste sentido, obedecerão aos princípios gerais do CPC. Trata-se de aspecto específico despciendo, na medida em que, em situações de necessidade e adequação aos pressupostos processuais, são facultadas as providências cautelares referidas nos arts. 796 e seguintes do CPC, que suscitam o atendimento das condições inerentes à espécie. Neste sentido, o juiz, como quem efetivamente dirige o processo de falência, por suas atribuições dentro do *poder geral de cautela*, poderá determinar providências outras que não apenas a especificada para atender aos interesses da massa.

#### 14. Efeitos da ação revocatória

O objetivo da ação revocatória é recompor o patrimônio do falido, como preconiza o art. 135 da LRE: “*A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos*”, ou seja, a regra é de que os bens deverão ser restituídos à massa em espécie, com seus acessórios; caso não seja possível, reverte-se em indenização. Portanto, é a devolução da própria coisa que o falido alienou de seu patrimônio que o procedimento revocatório objetiva. Entretanto, se não encontrada, deve indenizar a massa em dinheiro na importância correspondente ao valor de mercado. Por isso, foi colocado como não se tratando de ação de anulação ou nulidade, pois não objetiva a relação jurídica do negócio realizado, mas somente a eficácia em relação à massa falida.

Por estes motivos que observamos alguns efeitos desta modalidade procedimental. O primeiro é de que objetiva proteger os interesses dos credores. Tanto que, se depois de pagos todos os credores houver algum remanescente, este valor pertencerá ao terceiro, porque não houve afetação no ato praticado com o falido e, não se tratando de irregularidade, não visa à apuração de irregularidade ou vício, menos ainda à punição do terceiro; serve como proteção aos interesses dos credores. Por isso, dispõe o art. 136, *in fine*, e § 2º, que ao contratante de boa-fé, se possível, haverá restituição dos bens ou valores, ou ainda a possibilidade de demandar a massa ou seus garantes para ser ressarcido por perdas e danos, pois, do contrário, haveria enriquecimento sem causa pela massa.

#### 15. Considerações finais

À guisa de conclusão, podemos sintetizar que o estudo enfocou os mecanismos de ineficácia e revogação de atos perpetrados em detrimento dos credores. Para tanto, uma sintética abordagem histórica, as espécies e fundamentos; por fim, o procedimento para revogar os atos prejudiciais do período anterior à falência. A nova Lei Recuperatória mostrou pouca evolução técnica, especificamente em relação a esta matéria, ao diploma anterior; não se observam alterações substanciais do texto legal anterior.

Iniciou-se com a análise dos requisitos para ser declarada a ineficácia de ato jurídico anterior à sentença de falência que, por ser prejudicial aos credores, suscita detida análise, porquanto deverá fixar o termo legal o período em que o ainda devedor poderia cometer diminuições no patrimônio. Além disso, nem sempre o juiz dispõe de elementos seguros para apre-

ciar de forma aprofundada os atos do falido. Assim, manteve claramente a idéia do chamado período suspeito que considera, em algumas situações previstas na Lei, o lapso temporal, ora aumentado de até 90 dias, para fins de melhorar a investigação.

Por outro lado, o ajuizamento da ação revocatória prevista no art. 130, que agora demanda uma dilação e um ônus probatório, provavelmente privará a massa de reaver bens suspeitosos de forma mais imediata, tornando difícil a necessária instrução processual. O procedimento não segue a mesma linha adotada para a declaração de ineficácia. É de se indagar: “Como provar a ‘intenção de fraude’?” As questões subjetivas não poderiam ficar à mercê de uma prova difícil de se produzir, principalmente para um terceiro, como é o caso do administrador, que deveria ter seu *mínus* facilitado.

Outro aspecto de evidente omissão da nova Lei em relação à anterior é quanto ao recurso. Em um primeiro momento, dirimiu a controvérsia sobre ineficácia e revogabilidade, ao titular a seção com a distinção necessária; mas quanto aos efeitos com que eventual recurso deva ser recebido em relação às revocatórias, não especifica nem discrimina quanto à ineficácia ou revogação de ato. Perdeu a oportunidade de, ao menos, manter o texto antigo, que era consentâneo com os institutos abordados.

Também reitera a providência acautelatória do seqüestro que, salvo melhor juízo, nos parece de somenos importância, pois os juízes, em caso de necessidade, há muito tempo concedem a antecipação dos efeitos da tutela necessária, inclusive a título de cautelares e de seqüestro, para assegurar que a massa falida fique indisponível até final solução da lide.

Enfim, até a título comparativo, ao analisar apenas os institutos abordados, chega-se à conclusão de que o novo Texto legal contém poucas inovações, talvez porque seu o foco tenha ensejado ensejasse mais as *recuperações*, relegando a falência a plano não primordial. Ao contrário da Lei de 1945, que retratava alternativas protetoras para o crédito, com uma a imposição de mecanismos rigorosos. Assim, o novo Texto legislativo é adequado para o ordenamento jurídico atual, à guisa de fomentar a atividade empresarial, com a possibilidade de recuperação das empresas com dificuldades econômicas e com sua preservação.

Fez-se necessário em alguns momentos comparar o novo Texto ao Decreto-lei 7.661/45, inclusive empregando a doutrina anterior, praticamente aplicável, o que gera a conclusão, no tocante ao tema específico deste estudo, de que não houve significativas alterações, o que, de certo modo, frustra as expectativas diante do longo tempo de tramitação da Lei. Mas, por tratar-se de inovação, outras análises vão surgindo e, certamente, os posicionamentos serão reformulados, com interpretações consentâneas à realidade dos processos judiciais, à própria estrutura do Poder Judiciário e à jurisprudência a ser produzida que, certamente, defrontarão aspectos relevantes que suscitarão novas polêmicas a respeito da nova Lei. E isso nos focos da recuperação e da falência, porque a evolução integra a dinâmica do direito.

## 16. Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. *Da ação revocatória*. São Paulo: Leud, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAHALI, Youssef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentário à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4.
- GAGGINI, Fernando Schwarz. *Securitização de recebíveis*. São Paulo: Leud, 2003. p. 19.
- JUSTINO, Manoel. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. II.
- MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1984. v. 28, t. XXVIII.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.
- TEPEDINO, Ricardo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. Paulo F. C. S. de Toledo e outro (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores – A natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

