

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

GISELE FAZOLO

AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Vitória (ES)

2009

GISELE FAZOLO

AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, Mestrado em Direito Processual, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Dora Berger.

Vitória (ES)

2009

GISELE FAZOLO

AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, Mestrado em Direito Processual, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre¹.

COMISSÃO EXAMIDANDORA

Prof.^a. Dr.^a. Dora Berger

Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge

Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. William Couto Gonçalves

Membro externo

¹ Defendida em 17 de junho de 2009, às 15h, na Sala Carlos Drummond de Andrade e aprovada com distinção, cf. <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/Dissertacoesdefendidas.htm>.

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pois para Ele, nada é impossível.

Agradeço a Zilma, minha mãe, e a Lorena e Mirela, minhas irmãs, pela compreensão.

A Prof^a. Dr^a. Dora, pela escolha do tema e valorosos ensinamentos.

Agradeço a Daniel, amigo de todas as horas.

Agradeço a Alexandre, Claudia, Elseana, Iara, Mara e Renatta e a todos que torceram pelo sucesso desta empreitada.

Agradeço aos autores comercialistas e falencistas, pois suas obras desde a graduação me despertaram para o estudo desse ramo do Direito.

Nem tão longe que eu não possa ver
Nem tão perto que eu possa tocar
Nem tão longe que eu não possa crer que um dia chego lá
Nem tão perto que eu possa acreditar que o dia já chegou

("A Montanha", Humberto Gessinger)

RESUMO

A Ação Revocatória Falimentar se insere no contexto do processo de falência e depende da sentença decretatória de falência para ter cabimento, por isso, inicia-se o presente estudo com noções de Direito Falimentar e, em seguida, princípios aplicáveis ao processo de falência. A ação objeto deste estudo visa tornar atos ineficazes em relação à massa falida e possui duas modalidades possíveis: Ação Revocatória por Ineficácia de Ato e Ação Revocatória por Revogação de Ato, previstas nos artigos 129 e 130 da Lei 11.101/2005, respectivamente. Além das disposições comuns às duas modalidades de ações, são abordadas as diferenças entre elas, e, por fim, é feita uma comparação entre a Ação Revocatória Falimentar e a Ação Revocatória Civil (Ação Pauliana), bem como a possibilidade ou não de fungibilidade e cumulatividade entre a Ação Revocatória Falimentar e a Ação Revocatória Civil no juízo falimentar.

Palavras-chave: Ação Revocatória. Revocatória Falimentar. Processo de Falência. Direito Falimentar. Revogação. Ineficácia. Direito Civil. Revocatória Civil. Ação Pauliana.

ABSTRACT

The Bankruptcy Revocatory Action inserts itself in the context of the bankruptcy process and it depends on the decretory bankruptcy judicial decision to have pertinence, for that, the present study begins with bankruptcy law notion and, soon afterwards, applicable principles to the bankruptcy process. The Action, object of this study, is to turn ineffective acts in relation to the bankrupted object and it possesses two possible modalities: Revocatory Action for Inefficacy of the Act and Revocatory Action for Repeal of Acts, foreseen in the articles 129 and 130 of the Law 11.101/2005, respectively. Besides the common dispositions to the two modalities of actions, the differences among them are approached, and, finally, it is made a comparison between the Bankruptcy Repeal Action and the Civil Revocatory Action (Pauliana Action), as well as the possibility or non of changeable and cumulativity among the Bankruptcy Revocatory Action and the Civil Revocatory Action in the Bankruptcy Court.

Keywords: Revocatory Action. Bankruptcy Revocatory. Bankruptcy process. Bankruptcy law. Repeal. Inefficacy. Civil law. Civil Revocatory. Pauliana Action.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. ou arts.	Artigo ou artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
Cf.	Conferir
CPC	Código de Processo Civil
Ibid.	Na mesma obra
Inc. ou incs.	Inciso ou incisos
LF	Lei de Falência
Loc. cit.	Local citado
Op. cit.	Obra citada
P. ex.	Por exemplo

Sumário

INTRODUZINDO O TEMA	10
1 Noções e Princípios de Direito Falimentar.....	14
1.1 Um pouco da história do instituto da falência.....	14
1.2 Conceito de falência.....	20
1.3 Efeitos da falência.....	24
1.4 Desconsideração da personalidade jurídica na falência.....	29
1.5 Princípios Gerais de Direito Processual.....	32
1.6 Princípios Específicos de Direito Falimentar.....	36
2 Aspectos Processuais da Ação Revocatória Falimentar	45
2.1 Prazo para propositura da ação.....	47
2.2 Termo legal como critério objetivo para alcance da ação revocatória.....	48
2.3 Legitimidade ativa e passiva para a ação revocatória.....	54
2.4 Natureza da ação e juízo competente.....	56
2.5 Procedimento ordinário e suas conseqüências	58
2.6 Inadmissibilidade de reconvenção e compensação.....	59
2.7 Seqüestro preventivo.....	63
2.8 Antecipação dos efeitos da tutela	65
3 Ação Revocatória por Ineficácia de Ato.....	68
3.1 Pagamento de dívidas não vencidas.....	69
3.2 Pagamento de dívidas vencidas	70
3.3 Constituição de direito real de garantia ou de retenção	72
3.4 Atos a título gratuito	73
3.5 Renúncia a herança ou legado	74

3.6	Venda ou transferência de estabelecimento	76
3.7	Registros de transferência de propriedade e anotações imobiliárias	78
3.8	Exceções à declaração de ineficácia de ato	79
4	Ação Revocatória por Revogação de Ato	83
4.1	Impossibilidade de declaração de ineficácia <i>ex officio</i>	84
4.2	Intenção de prejudicar credores e conluio fraudulento	85
4.3	Outras formas de oponibilidade da ineficácia do ato	88
4.4	Ineficácia, revogação e coisa julgada	90
4.5	Recurso	93
4.6	Ineficácia ou revogação do ato e efeitos <i>ex tunc</i> ou <i>ex nunc</i> da sentença	95
5	Ação Revocatória Falimentar e Ação Revocatória Civil	98
5.1	Origem da ação revocatória falimentar fundamentada na ação pauliana	99
5.2	Fraude contra credores no Direito Civil e no Direito Falimentar	103
5.3	Atos anuláveis e ineficazes	107
5.4	Legitimidade ativa para as ações	107
5.5	Concurso de credores no Direito Civil e no Direito Falimentar	108
5.6	Legitimidade passiva para as ações	110
5.7	Prazo para propositura das ações	111
5.8	Síntese dos aspectos que distinguem as ações	112
5.9	Cumulatividade e fungibilidade entre ação revocatória falimentar e ação pauliana	113
	CONCLUINDO NOSSO PENSAMENTO	125
	REFERÊNCIAS	129

INTRODUZINDO O TEMA

Sua importância

A entidade empresarial é a fonte produtora de riquezas para o país, fazendo-o crescer economicamente. Ela gera empregos para os trabalhadores e seus rumos interessam aos credores que com ela transacionam diuturnamente.

Entretanto, nem sempre a atividade empresarial é bem-sucedida, pois o risco de insolvência é inerente à atividade econômica. Quando se chega à conclusão de que determinada entidade empresarial não tem mais condição de superar a crise econômico-financeira e o desenrolar dos acontecimentos faz com que haja a decretação da falência, passa-se à fase de arrecadação dos bens que servirão para a satisfação de créditos.

Os direitos creditórios são direitos patrimoniais, cingindo-se, portanto, à esfera do Direito Privado, mas o Estado tem interesse em manter o crédito, manter a economia em bom funcionamento, evitar a crise econômica. Há, conseqüentemente, interesse público na matéria.

O escopo do procedimento falimentar é tanto a *par conditio creditorum* quanto o saneamento do meio empresarial, devendo a garantia geral do crédito ser promovida e assegurada pelo Estado. Se for obtido êxito em uma ação revocatória falimentar, há vantagem para os credores, na medida em que, quando determinados atos são tidos como ineficazes em relação à massa, esta aumenta a sua capacidade de pagamento.

Por isso, a importância desse tema é divulgar a ação revocatória falimentar como um instrumento processual apto a promover maior efetividade na execução concursal que se forma no processo de falência, porque busca a realização da tutela do direito patrimonial dos credores em conformidade com a abordagem principiológica do processo falimentar.

Resumo do conteúdo

A ação revocatória falimentar pressupõe a existência de uma sentença de decretação de falência, e, portanto, de um processo de falência. Por isso, é importante se ter em mente algumas *noções e princípios de Direito Falimentar*, para contextualização do tema objeto de estudo.

Por isso, o **Capítulo 1** versa sobre o processo de falência em geral, mencionando sua história, seu conceito e estudo no âmbito processual. Trata dos efeitos da decretação da falência sobre as pessoas e obrigações, arrecadação, bem como a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica na falência. Faz-se, ainda, uma abordagem principiológica, que inclui os princípios gerais de Direito Processual e os princípios específicos de Direito Falimentar.

O **Capítulo 2** cuida dos *aspectos processuais da ação revocatória falimentar*. É um capítulo que conceitua a ação revocatória e apresenta um estudo de pontos processuais aplicáveis às duas modalidades previstas na Lei 11.101/2005, situando o instituto e sua finalidade no contexto processual da falência.

O **Capítulo 3** explicita as hipóteses do art. 129 da Lei 11.101/2005. É intitulado de *ação revocatória por ineficácia de ato* e seus subtítulos são os assuntos de cada inciso deste artigo. Optamos por tratar no final deste capítulo das *exceções à declaração de ineficácia de ato*, uma vez que a previsão do art. 131 é expressa quanto a determinados atos relacionados no art. 129.

O **Capítulo 4** trata do art. 130 da Lei 11.101/2005 e dos assuntos afins como impossibilidade de declaração de ineficácia *ex officio*, a intenção de prejudicar credores e conluio fraudulento. Abordam-se as outras formas de oponibilidade da ineficácia do ato, a relação entre ineficácia, revogação e coisa julgada, recurso, bem como a diferenciação da ineficácia ou revogação do ato e os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença, que, apesar do enfoque processual, são assuntos que ficam melhor compreendidos após o estudo das duas formas de ação revocatória.

No **Capítulo 5**, faz-se uma comparação entre a *ação revocatória falimentar e ação revocatória civil*, registrando-se a apontada origem da revocatória falimentar na pré-existente

revocatória civil e a comparação entre as ações, segundo a visão dos autores falencistas, tendo em vista que o foco do estudo está no âmbito falimentar. Ao final, com esses subsídios, discorre-se acerca da possibilidade ou não de *cumulatividade e fungibilidade* entre ação civil e a falimentar.

Esse é o propósito de nosso estudo.

Metodologia aplicada

Esse trabalho aborda tanto a Lei 11.101/2005 em vigor, quanto o revogado Decreto-Lei 7.661/1945², pois no que concerne à ação revocatória, a sistemática da Lei em muito se assemelha ao que já dispunha o Decreto-Lei. Conferimos, todavia, maior ênfase à Lei. Nesse sentido, quando for mencionado dispositivo sem se mencionar a qual Lei pertence, subentende-se que pertence à Lei de Falência, outra forma que se utiliza nesse trabalho para se referir à Lei 11.101/2005.

Adota-se o adjetivo decretatória para o provimento jurisdicional falimentar, assim como a terminologia da Lei 11.101/2005 (cf. arts. 81 e 94), pois não pretendemos nos enveredar acerca da natureza desse provimento jurisdicional que inicia o processo de falência. Do mesmo modo, nosso capítulo 1 não exaure o tema da falência, pois omitimos o tratamento dispensado a cada tipo de contrato com a falida após a decretação da falência, a influência do regime de bens no casamento da pessoa natural que se inscreve como empresa individual quanto à Arrecadação em caso de falência³, dentre outros assuntos. Mas não se trata de incompletude, e sim, de corte metodológico, tendo em vista que o capítulo inicial pretende apenas contextualizar o leitor quanto ao ambiente em que se insere a ação revocatória.

² Alguns artigos e livros que comentam a ação revocatória não foram atualizados para a Lei vigente. Existem mesmo clássicos sobre a ação revocatória escritos sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945.

³ O regime de bens no casamento, sob nosso ponto de vista, é matéria para estudo no campo do Direito Civil, embora influencie no Direito Falimentar. Essa é apenas uma observação que reafirma a complexidade do Direito Falimentar e sua intercomunicação com os outros ramos do Direito e a impossibilidade de de tudo mencionar no capítulo inicial de *noções e princípios de Direito Falimentar*.

Observamos que a Lei 11.101/2005 possui impropriedades ao utilizar indistintamente os termos falido, falida, devedor, devedora, ou ainda, empresário, causando uma verdadeira confusão ao intérprete e mesmo na doutrina que comenta esse diploma legal. Procuramos utilizar os termos no corpo do trabalho sempre no gênero feminino: falida e devedora, a não ser na parte histórica⁴. Isso em virtude de considerarmos devedora e falida no contexto desse trabalho a sociedade empresária ou a empresa individual (esta última, a Lei de Falência denomina *empresário*⁵). Ou então, utilizamos a expressão *entidade empresarial* para designar tanto a empresa individual, quanto a sociedade empresária⁶. Não olvidamos que existe a particular situação do sócio ilimitadamente responsável falido ou devedor, mesmo assim, continuamos na regra geral do uso do gênero feminino.

Ainda sobre a questão terminológica, nestes escritos denominou-se a ação descrita no âmbito falimentar de *ação revocatória falimentar*, *revocatória falimentar*, ou, simplesmente, *revocatória*. Com exceção do título do capítulo 5, para dar o contraste do Direito Falimentar *versus* Direito Civil, chamamos a ação civil de *pauliana*, para facilitar a identificação pelo leitor e evitar confusões terminológicas.

No que concerne às abreviaturas utilizadas, elaboramos uma Lista de Abreviaturas, localizada antes de nosso Sumário, constando, dentre outras, as seguintes: Art. para artigo de lei; CC para Código Civil; CF para Constituição Federal; e CPC para Código de Processo Civil.

Como método, parte-se do geral (*noções e princípios de Direito Falimentar*) para o específico (*ação revocatória*), configurando-se o método dedutivo, pautado na pesquisa doutrinária.

As opiniões da autora fazem parte deste estudo e estão registradas ao longo do texto e, ao final, *concluindo nosso pensamento*, essas opiniões foram reunidas como encerramento do trabalho.

⁴ No capítulo de *noções e princípios de direito falimentar*, utilizamos a palavra *devedor*, porque ainda não se distinguia a pessoa jurídica da pessoa natural.

⁵ A palavra *empresário* é também utilizada no Código Civil, que menciona *empresário individual* ou *empresário*.

⁶ Sobre a *confusão terminológica*: “De fato, a sociedade empresária tem existência distinta da dos seus membros, já explicitava o Código Civil de 1916, em seu art. 20. **Então falida é a entidade empresarial**, sempre. O ponto em comento é deveras relevante e dúvida não pode existir. A verdadeira confusão terminológica começa quando o Dec.-lei 7.661/45 e mesmo a nova lei utilizam, indistintamente, o vocábulo “falido”, ora para designar a sociedade, ora para designar aqueles que a representam enquanto a personalidade jurídica se encontra “suspensa”, em virtude do processo falimentar estar em andamento”. CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória Falimentar**: de acordo com a nova lei de falências. 3 ed. rev. atual e ampl., com base na Lei 11.101, de 09.02.2005. Curitiba: Juruá, 2006, p. 127 (negrito do original).

1 Noções e Princípios de Direito Falimentar

A ação revocatória falimentar se insere no contexto do processo de falência e se relaciona tanto com princípios processuais, quanto princípios próprios do Direito Falimentar, por isso, iniciamos com algumas *noções e princípios de Direito Falimentar*, em que, dentre outras coisas, situamos a falência como objeto de estudo do direito processual.

1.1 Um pouco da história do instituto da falência

1.1.1 Direito romano

Inicialmente a responsabilidade do devedor era pessoal, pois ele respondia com sua liberdade ou a própria vida. “É no direito romano que surgem os primeiros princípios de todo processo de execução. [...] A obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre os seus bens”⁷.

Na fase do direito quiritário (*ius quiritium*, *ius civile*), anterior à Lei das XII Tábuas, era possível ao credor adjudicar o devedor insolvente, para que este permanecesse pelo prazo de sessenta dias em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito nesse prazo, o credor podia vendê-lo como escravo no estrangeiro (*trans Tiberium*, além do Tibre), ou até mesmo matá-lo, repartindo-se as partes do corpo entre os credores.

⁷ LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14 ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 38.

Em 428 a.C., com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, a execução deixou de ser pessoal e passou a ser patrimonial.

O pretor Rutilio Rufo instituiu a *bonorum venditio*, em que o pretor determinava o desapossamento dos bens do devedor (a pedido do credor e por ordem do magistrado: *missio in bona* ou *missio in possessionem*) e nomeava um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens⁸. O credor ficava incumbido de dar publicidade para que os outros credores comparecessem, no prazo de trinta dias, para concorrer com seus créditos. Se passado o prazo de trinta dias e o devedor não pagasse as suas dívidas, o *curator* alienava (*bonorum venditio*) o patrimônio do devedor ao melhor ofertante (*bonorum emptor*) e este pagava “[...] proporcionalmente caso o ativo fosse insuficiente para a satisfação completa de todos e obedecendo à mais perfeita igualdade”⁹.

A outra alternativa que restava ao devedor seria a *cessio bonorum*, que seria ceder seus bens ao credor, que promovia a venda deles separadamente por intermédio do *curator* e depois pagava aos outros credores em rateio. A *cessio bonorum* foi instituída pela *Lex Julia Bonorum* em 737 a.C. Por esse instituto o devedor evitava a execução pessoal e a infâmia, além de não poder sujeitar-se de novo à execução, a não ser pela aquisição de novos bens.

No direito romano, as figuras estudadas, mesmo singelamente, eram aplicáveis tanto ao devedor comerciante quanto ao devedor civil.

1.1.2 Idade Média

A execução das dívidas baseava-se na execução individual, quando os povos bárbaros invadiram o Império Romano. Essa execução individual se efetuava ou sobre os bens móveis ou sobre a própria pessoa do devedor, caso fosse solvente ou insolvente, respectivamente.

⁸ Esse *curator bonorum* foi uma espécie de precursor do administrador judicial da massa falida (nomenclatura da vigente Lei 11.101/2005).

⁹ LACERDA, op. cit., p. 41. Sobre igualdade, cf. nosso f) *Princípio da par conditio creditorum*.

Nessa época, havia não só a perda da propriedade como também da administração e se o devedor fugisse, havia o seqüestro de seus bens¹⁰.

Mas foram nas cidades do norte da Itália (Veneza, Florença, Milão e Gênova) que o processo coletivo de execução apresentou características tais quais as normas da falência moderna. A falência poderia ocorrer se: a) houvesse fuga do devedor; b) a requerimento do credor; c) a pedido do próprio devedor, fosse esse comerciante ou não. “É nessa época que o concurso de credores se transforma na falência, quando o comércio, sobretudo o marítimo, atinge extraordinária expansão nas cidades italianas”¹¹ e a tutela estatal assume relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária, pois a habilitação em juízo era obrigatória.

A falência era considerada um delito e para que o credor pudesse pedir a falência do devedor, deveria provar a sua qualidade de credor e demonstrar a insolvência do devedor. Se o credor assim procedesse, então era intimado o devedor. Se este não comparecesse, seus bens eram seqüestrados. Se comparecesse, deveria provar que não estava insolvente (portanto, deveria pagar a seus credores), ou confessar a insolvência, o que lhe dava as alternativas da *cessio bonorum* ou do seqüestro geral de bens.

1.1.3 Código napoleônico

Os estatutos italianos influenciaram as Ordenações francesas de 1673, que previam normas sobre falências e bancarrotas. Depois, as normas sobre falências passaram ao Código Comercial da França, codificação elaborada com participação de Napoleão Bonaparte, que no Conselho de Estado defendeu a severidade com os falidos, para evitar que a falência servisse a pessoa falida para “[...] ostentar ares de triunfo ou indiferença [...]”. ‘A detenção do falido

¹⁰ LACERDA, op. cit., p. 41-42.

¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

produzirá efeitos de correção' [...]. É possível que não tenha tido má intenção, o que é raro; mas o falido poderá sempre justificar-se”¹².

Segundo Amador Paes de Almeida, os rigores da legislação foram gradativamente abrandados e assume “[...] a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a própria modificação do conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social”¹³.

1.1.4 Direito brasileiro

Optou-se por fazer uma divisão histórica do direito brasileiro nas seguintes alíneas:

a) Brasil colônia;

Durante o período em que o Brasil foi colônia, as regras aplicáveis eram as portuguesas, sendo as *Ordenações Afonsinas*, depois revisadas pelas *Ordenações Manuelinas*, que “[...] não cuidavam, de forma específica, da quebra do comerciante [...]”¹⁴. As *Ordenações Manuelinas* “[...] previam, dentre outras que, ocorrendo falência o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores”¹⁵ ou então, deveria ceder seus bens aos credores, evitando assim, a prisão.

Em 1603, foram adotadas as *Ordenações Filipinas*, elaboradas por D. Felipe II de Espanha, o mesmo Felipe I de Portugal. Na época, devido ao Reino de Castela (que submeteu Portugal), as *Ordenações Filipinas* foram aplicadas a Portugal, e, conseqüentemente, à colônia Brasil. As *Ordenações Filipinas* foram modificadas pelo Alvará de 13 de novembro de 1756 e segundo Waldemar Ferreira, foi um marco decisivo no Direito Falimentar, por ser um

¹² LACERDA, op. cit., p. 43.

¹³ ALMEIDA, op. cit., p. 7.

¹⁴ Idem.

¹⁵ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 35.

processo original e autêntico, acentuadamente mercantil, em um juízo comercial e exclusivo para comerciantes, mercadores ou homens de negócios¹⁶.

Segundo o Amador Paes de Almeida, a pessoa falida se apresentava a Junta do Comércio e “jurava a verdadeira causa da falência”, entregava as chaves dos armazéns e o Livro Diário e declarava seus bens¹⁷. Depois de concluído o inventário de bens do falido, era feita a publicação de edital, convocando os credores. Para o sustento do devedor falido e de sua família, era reservado dez por cento do que fosse arrecadado e o restante era partilhado entre os credores. Se a falência fosse considerada fraudulenta, decretava-se a prisão do comerciante e se iniciava o processo penal.

b) Brasil imperial;

Após a proclamação da independência do Brasil, ainda eram vigentes as leis portuguesas, “[...] mandando a Lei de 20 de outubro de 1823, de acordo com a lei da Boa Razão, que se aplicasse o antigo direito dos povos cultos, ou melhor, ‘das nações cristãs, iluminadas e polidas’”¹⁸. Por essa razão, expõe Carvalho de Mendonça, aplicou-se o Código Comercial Francês.

A Constituição do Império, de 1824, “[...] havia prometido um código civil e um código criminal e, em 1830, foi promulgado este último, que prescreveu pena para os crimes de falência, cuja qualificação seria feita na conformidade das leis do comércio”¹⁹.

Segundo Sampaio de Lacerda, o Código Comercial, de 1850, com sua terceira parte que dispunha “Das quebras”, inaugurou a primeira fase histórica do instituto da falência no direito brasileiro, que durou até o advento do regime republicano. Sob a égide do Código Comercial, o que caracterizava a falência era a falta de pagamento e somente com a finalização do processo da quebra e a qualificação da falência é que se iniciava a liquidação da massa, por isso, argumentava-se ser um procedimento lento e complicado, que prejudicava tanto o credor quanto o devedor. No que concerne à concordata, a necessidade de aceitação da maioria dos credores em número e que representasse pelo menos dois terços dos créditos sujeitos à concordata dificultava a sua concessão.

¹⁶ FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. 4 ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955, 5v, p. 18 *apud* PERIN JUNIOR, op. cit., p. 35 (itálico do autor).

¹⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 8.

¹⁸ LACERDA, op. cit., p. 45.

¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

c) Brasil republicano.

O Decreto 917/1890 foi inspirado na lei suíça e elaborado em apenas 14 ou 15 dias²⁰ por seus idealizadores: Carlos de Carvalho, auxiliado por Macedo Soares. A falência era caracterizada “[...] por atos ou fatos previstos na lei e na impontualidade no pagamento da obrigação mercantil líquida e certa, no seu vencimento (arts. 1º e 2º), tendo instituído como meios preventivos: a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva”²¹.

Com o Decreto 917/1890, surge “[...] a *concordata preventiva*, que teria por condão oferecer a oportunidade de recuperação da sociedade em dificuldades, em vez de sua mera extinção”²². Contudo, os meios preventivos previstos no aludido Decreto foram utilizados para fraudes, o que fez o diploma legal passar por severas críticas e pouca aplicação prática, tendo assim sido elaborada outra regulamentação para a falência no Brasil²³.

Seguiu-se a Lei 859/1902, cuja novidade era a nomeação de síndicos pelos juízes, escolhidos dentre uma lista organizada livremente pelas juntas comerciais, mas “[...] ocasionou tantos escândalos que o Congresso tomou a iniciativa de substituí-la”²⁴.

Depois, foi publicada a Lei 2.024/1908, elaborada por José Xavier Carvalho de Mendonça, inspirada nos princípios que nortearam o Decreto 917 e no direito estrangeiro. Por 21 anos vigorou essa lei, considerada “lei notabilíssima, no fundo e na forma, baseada na de 1890, marcou época na legislação mercantil brasileira”²⁵, mas foi substituída pela Lei 5.746/1929²⁶, que fez uma espécie de revisão à lei anterior, diminuindo o número de síndicos de três para um e colocando uma percentagem sobre os créditos para concessão de concordata.

²⁰ Sampaio de Lacerda anota em sua obra 14 dias (LACERDA, op. cit., p. 46) e Ecio Perin anota 15 dias (PERIN JUNIOR, op. cit. p. 37).

²¹ LACERDA, op. cit., p. 46.

²² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do Direito Comercial ao Direito Empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 83, 2004 (itálico do original).

²³ PERIN JUNIOR, op. cit., p. 37-38.

²⁴ LACERDA, op. cit., p. 46.

²⁵ FERREIRA, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Max Limonad, 4 ed. rev. e aum., 1955, v. V, p. 26.

²⁶ Sampaio de Lacerda denomina de “Dec. Número 5.746, de 9.12.1929” (LACERDA, op. cit., p. 46) e Ecio Perin Junior denomina de “Lei 5.746/1929” (PERIN JUNIOR, op. cit. p. 39). Consta da ementa do diploma normativo: “Decreto do Poder Legislativo”, cf. BRASIL. **Decreto do Poder Legislativo nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929.** Disponível em: <https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/Legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2FLEGISLA%2FLegislacao.nsf%2FvixTodos%2Fbaa3437a6d4ab37d032569fa006df11b%3FOpenDocument%2Fbaa3437a6d4ab37d032569fa006df11b>

O próximo diploma normativo que tratou do tema falimentar foi o Decreto-Lei 7.661/1945, eliminando a figura do liquidatário e retirando a concordata preventiva da dependência dos credores, com isso evitando “[...] pagamentos extra-autos e cessões de créditos. Por outro lado, instaurou também a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal, na hipótese de crime falimentar [...]”²⁷.

Ao Decreto-lei 7.661/1945, seguiu-se a vigente Lei 11.101/2005, fundamentada na preservação da entidade empresarial, em virtude da função econômico-social que desempenha na comunidade em que atua.

1.2 Conceito de falência

O conceito de falência pode ser definido tanto pelo aspecto econômico quanto jurídico. No aspecto econômico, a essência do conceito está no desequilíbrio entre o ativo e o passivo, afigurando-se o passivo maior que o ativo, gerando um não pagamento das obrigações. No aspecto jurídico, falência é um processo de execução concursal²⁸ em face de devedor insolvente. Concursal é a execução que permite a habilitação de créditos, podendo ser de diferentes naturezas e de diferentes titularidades.

O processo de falência é complexo e congrega vários ramos do Direito: Comercial, Civil, Administrativo, Processual e mesmo, Penal. José da Silva Pacheco acrescenta o ramo do Direito Internacional²⁹. Os direitos creditórios são direitos patrimoniais, cingindo-se, portanto, à esfera do Direito Privado.

Dora Berger registrou que a liquidação e a insolvência têm como cerne a relação entre credores e devedores e, sobretudo, com o Direito de Propriedade, pertencente ao Direito Civil.

26Highlight%3D1%2C5.746%26AutoFramed>. Acesso em 18 jan. 2008. Neste trabalho, optou-se pela denominação “Lei”, tendo em vista que foi elaborado pelo Poder Legislativo à época.

²⁷ LACERDA, op. cit., p. 47.

²⁸ Utilizamos o vocábulo *concursal* (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 243). Sob o ponto de vista de Rubens Requião, os credores na falência são legitimados para impugnar os créditos uns dos outros, não sendo exatamente uma comunhão de interesses (cf. REQUIÃO, op. cit., p. 144-150), por isso, não adotamos a palavra *coletiva*.

²⁹ PACHECO, **Processo de falência e concordata**: doutrina, prática e jurisprudência. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

Segundo ela, “[...] se o Direito Civil não preencher sua função de garantir direitos e promover a ordem e a justiça social, há falhas nos demais ordenamentos jurídicos. Esse é o caso do *não pagamento* [...]”³⁰. E prossegue a autora afirmando que o Estado atua como garante da ordem social, deve estar “[...] pronto e em condições de garantir a lisura da atividade com fins econômicos que integra o Direito Privado”³¹.

Para Renzo Provincialli, a falência é baseada no pressuposto do estado de insolvência, que “[...] dá lugar à execução coletiva, ou seja, à execução promovida no interesse da universalidade dos credores e que incide sobre todos os bens do devedor; uma execução, pois, universal (subjéctiva e objectivamente)”³².

Após a constatação de que o processo de falência congrega diversos ramos do direito, tendo em vista a constância das palavras *processo* e *execução* nas definições encontradas em doutrina para a falência, prossegue-se o estudo com a constatação da falência como objeto de estudo do direito processual.

1.2.1 A falência como objeto de estudo do direito processual

Sobre o conceito de falência, anota José da Silva Pacheco que a análise da falência no campo jurídico resulta considerá-la “[...] sob o duplice aspecto do direito material (comercial, penal e internacional) e do direito processual (comercial-civil, administrativo, penal e internacional)”³³. O autor explica que em face dessa dicotomia direito material *versus* direito processual, discutiu-se qual seria a prevalência. Quanto a isso, anota que inicialmente se imprimia maior ênfase ao aspecto do direito material, principalmente de direito comercial, porque se acreditava que as normas materiais eram mais importantes. Depois, com o

³⁰ BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 2001, p. 216 (itálico do original).

³¹ BERGER, **A insolvência...**, p. 216.

³² PROVINCIALLI, Renzo *apud* ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Classificação dos créditos no processo falimentar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, 2003, p. 160.

³³ PACHECO, **Processo de falência...**, p. 25.

progresso da ciência processual e o reconhecimento de que é preciso o início de um processo falimentar e a sentença de decretação de falência para que a Lei de Falência tenha alcance prático, o direito processual passa a estar em primeiro plano de estudo.

Na atualidade a problemática relativa à distinção das normas de direito material e de direito processual na falência está superada, porque embora teoricamente seja possível dissociar as regras materiais das processuais, na prática seria temerário e complicaria algo que é simples, porque as normas de direito material e processual se completam reciprocamente, produzindo um todo sistemático e harmônico. Esta discussão tinha relevante sentido quando vigia a Constituição de 1891, em que a União tinha competência para legislar sobre direito material e os Estados sobre direito processual, e seria perigosa a proliferação de leis falenciais no âmbito estadual. A par da divisão didática para seu estudo, anota José da Silva Pacheco que na essência, as normas de falência têm *enquadramento no direito processual*³⁴.

No tocante à opção metodológica entre direito processual e direito comercial para estudo, registra-se um acontecimento histórico no Brasil, que foi o Simpósio para estudos sobre a reforma do Código de Processo Civil, realizado em 1958, em Porto Alegre. O encontro contou com relatório redigido por Eulálio Vidigal, unanimemente aprovado, e assim concluiu:

Estamos em que se não deve sugerir ao Congresso Nacional a modificação proposta na tese que ora relatamos. Sempre se discutiu no Brasil a respeito do caráter processual ou substancial da Lei de Falências. Ao tempo da pluralidade dos códigos de processo estaduais, quando os mais autorizados juristas brasileiros sustentavam caber aos Estados, privativamente, legislar sobre processo, nunca se admitiu que o fizessem em matéria falimentar, apesar das inúmeras disposições de processo contidas na Lei de Falências. Juristas, parlamentares e publicistas sempre foram unânimes em reconhecer a impossibilidade, na falência, de separar a parte processual da parte substancial. [...] Como se vê, há um grande número de matérias estritamente processuais reguladas na Lei de Falências. Como, entretanto, o legislador terá de optar por um de dois males, isto é, separar, na falência, a parte material da processual, ou incorporar, na respectiva lei, a parte processual, parecem-nos que se deve manter o atual sistema que, apesar de quebrar a unidade de nossa sistemática processual, atende melhor aos objetivos precípuos do instituto, que, constituindo jurisdição graciosa, pode apartar-se das normas comuns do processo civil, que se destinam principalmente à jurisdição contenciosa³⁵.

³⁴ PACHECO, **Processo de falência...**, p. 28.

³⁵ VIDIGAL, Eulálio *apud* REQUIÃO, op. cit., p. 29.

Mesmo com a opção de reservar as disposições atinentes à falência para lei especial, é comum a presença das palavras-chaves: *processo* e *execução* concursal ou coletiva (depende do autor) para definição do conceito de falência, muito embora Rubens Requião tenha advertido que os falencistas que consideram a falência como instituto de direito processual civil não definem a falência, mas o processo de falência. Ele define: “A falência é, em nosso entender, a *solução judicial* da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida”³⁶.

Para José Cretella Neto, a falência é instituto disciplinado por regras aplicáveis à situação de desequilíbrio patrimonial, que “[...] estende-se aos domínios do Direito Público, do *Direito Processual*, do Direito Penal, do Direito Civil e do Direito Internacional Privado, *em que vai haurir regras e princípios aplicáveis ao grande meio de execução que se organiza [...]*”³⁷.

Segundo Amador Paes de Almeida: “A falência é um *processo de execução coletiva* contra o devedor empresário ou sociedade empresária insolventes”³⁸. Para Ecio Perin Junior, trata-se também de execução coletiva³⁹. Já Fábio Ulhoa Coelho se refere a “*processo de execução concursal*”⁴⁰.

A falência já passou por diferentes momentos de estudo, apontando José da Silva Pacheco *cinco orientações diferentes na doutrina sobre falência* e todas cinco se relacionam a *processo*: 1) compreende a falência como processo administrativo; 2) concebe como processo de jurisdição voluntária; 3) focaliza como processo cautelar; 4) vê como processo de cognição; e 5) examina como processo de execução, não conseguindo ainda os autores se entender quanto à conceituação de falência⁴¹. “Na verdade, não conseguiram os autores, ainda, se entender no que se refere à conceituação de falência”⁴², mesmo assim, depois do exemplificado, longe de se pretender exaurir o conceito de falência, observa-se que essas divergências advêm da natureza jurídica complexa da falência.

³⁶ REQUIÃO, op. cit., p. 6 (destacou-se).

³⁷ CRETELLA NETO, José. **Nova lei de falências e recuperação de empresas**: lei nº 11.101, de 09.02.2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3 (destacou-se).

³⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 18 (destacou-se).

³⁹ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 50 e 51 (destacou-se).

⁴⁰ COELHO, **Curso...**, p. 243-244 (destacou-se).

⁴¹ PACHECO, **Processo de falência...**, p. 31. Para maior aprofundamento acerca das cinco orientações citadas pelo autor, recomendamos a leitura de sua obra, nesse assunto, especificamente nas páginas 30 a 53.

⁴² PACHECO, **Processo de falência...**, p. 31.

Sobre a natureza jurídica da falência, “[...] a diversidade de regras de que se vale imprime-lhe natureza *sui generis*, não se podendo estabelecer a prevalência de normas processuais sobre normas objetivas, tampouco destas sobre as administrativas”⁴³, de acordo com Amador Paes de Almeida.

Diante disso, não se pretende aqui insistir na prevalência das normas processuais na falência, discussão esta, como se disse, superada. Apenas se registra que há a possibilidade de se empreender um estudo processual sobre a falência.

1.3 Efeitos da falência

De forma sucinta e dentro de uma perspectiva de *noções e princípios de Direito Falimentar*, cuida-se dos efeitos da falência sobre as pessoas (restringindo-se o enfoque aos efeitos civis), as obrigações e os bens. Aqui se inserem comentários sobre a massa falida objetiva e subjetiva, a atuação do administrador judicial na arrecadação e como representante da mesma, a regra e as exceções da suspensão de ações e execuções em face da entidade empresarial falida.

1.3.1 Efeitos da decretação da falência sobre as pessoas

⁴³ ALMEIDA, op. cit., p. 18 (itálico do original).

Com a decretação de falência ou do seqüestro, a sociedade empresária embora permaneça proprietária⁴⁴, perde a administração dos negócios, o que significa não só o afastamento de seus administradores, mas igualmente a inabilitação empresarial dos seus sócios ou acionistas (arts. 75, 102 e 103, da Lei 11.101/2005).

A empresa individual deixa de ter seu *patrimônio gerido* pela pessoa natural titular do registro, embora continue a ser proprietário do conjunto de bens e direitos, bem como do passivo. A pessoa física não sofre restrições a seus direitos de personalidade civil, não é interdita, nem tampouco considerada incapaz para os atos da vida civil (casar, testemunhar, reconhecer a paternidade, etc.). Segundo Gladston Mamede pode, inclusive, mover ações judiciais, pretendendo indenizações por danos morais, mas se vencedor enquanto em trâmite o processo falimentar, o valor da condenação deve ser arrecadado pelo administrador judicial.

Mas a falida é proibida de praticar quaisquer atos de disposição ou oneração de bens (art. 99, VI, 103). Se mesmo assim for praticado algum ato após a decretação da falência, a nulidade deste pode ser declarada *ex officio*, sem necessidade de prova de prejuízo⁴⁵.

Quanto à nulidade dos atos praticados pela falida após a decretação da falência, o art. 40 do Decreto-Lei 7.661/1945 era expresso. Analisando a Lei vigente, entende Carlos Roberto Claro com esteio no pensamento de Miranda Valverde, que os atos realizados *após* a decretação da falência ou do seqüestro são eivados de *nulidade*, porque os praticados *antes* da falência são *ineficazes*⁴⁶.

Apesar das conseqüências dos arts. 102 (inabilitação até a extinção das obrigações) e 103 (perda do direito de administração), assegura-se que o administrador da falida fiscalize a administração da falência, requeira as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervenha nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

⁴⁴ “A propriedade dos bens, portanto, continua sendo da falida. Não ocorre a transferência de propriedade, como defendia Bonelli, nem seqüestro ou apreensão cautelar conservativa, como pensava De Semo, nem ocorre, ainda, um direito real de garantia, como pensava Alfredo Rocco” (PACHECO, **Processo de Recuperação...**, p. 260).

⁴⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 146. Entendimento não pela nulidade, mas pela ineficácia: “O falido, com a decretação da falência, perde a administração e a livre disposição dos bens. Daí por diante, pode fiscalizar mas não pode dispor dos bens. Se dispuser dos bens, tal disposição é ineficaz em relação à massa”. (PACHECO, **Processo de Recuperação...**, p. 319). Não há na Lei 11.101/2005 a previsão expressa de nulidade como era a do § 1º, do art. 40, do Decreto-Lei 7.661/1945, mas há previsão de ineficácia após a decretação de falência (art. 129, VII).

⁴⁶ CLARO, op. cit., p. 105 (negrito e itálico do original). Com relação à afirmação do autor: “Isso porque a lei prevê atos ineficazes praticados antes da falência, e não depois”. Na verdade, a lei prevê uma ineficácia após a decretação da falência (art. 129, VII), cf. nosso 3.7 *Registros e anotações imobiliárias*.

O artigo 104 da Lei 11.101/2005 lista deveres e obrigações, que são efeitos automáticos da decretação da falência sobre as pessoas. Adverte Gladston Mamede que em se tratando de empresa individual, aqueles deveres se aplicam à pessoa física. Por outro lado, na situação de sociedade empresária, há obrigações dela própria, portanto, da coletividade de sócios ou acionistas, que devem ser exercidas pelo respectivo representante, “[...] na mesma toada em que há obrigações atribuíveis àquele ou àqueles a que o juiz considerar responsáveis, de direito ou simplesmente de fato, pela administração da pessoa jurídica falida”⁴⁷.

Adicionalmente aos efeitos sobre as pessoas dos sócios, acionistas e administradores, pode-se considerar como efeito da decretação da falência sobre os credores a reunião deles em litisconsórcio ativo necessário (art. 99, IV), formando assim a *massa falida subjetiva*. Cumpre nesse momento distinguir a *massa falida subjetiva* da *massa falida objetiva*, a primeira, é constituída pelos credores e a segunda, perfaz a totalidade de bens e direitos de propriedade da falida.

Segundo Rubens Requião, o conceito de *massa falida* tem maior ênfase em sua vertente objetiva, porque a importância do patrimônio da devedora, que passa a ser gerido pelo administrador judicial, supera a idéia de *massa falida subjetiva*. E conclui: “Daí porque quando se fala de *massa falida*, sempre se invoca a idéia de massa falida objetiva, patrimonial, constituída pelos bens do devedor”⁴⁸. Encontra-se, ainda, as expressões *massa ativa* (direitos da devedora) e *massa passiva* (obrigações da devedora)⁴⁹.

Comparando o conceito de massa falida subjetiva de Rubens Requião com o de Fábio Ulhoa Coelho, verifica-se sensível diferença: enquanto para Rubens Requião a *massa falida subjetiva* é formada pelos *próprios credores*, para Fábio Ulhoa Coelho é formada pela *comunhão dos interesses dos credores*⁵⁰.

Nossa opinião é que se a *massa falida* recebe o adjetivo *subjetiva*, a ênfase da significação está nos sujeitos, de maneira que o conceito que se adota é que a massa falida subjetiva é formada pela comunhão de credores da falida com o interesse comum de receber os créditos e, mais ainda, por aqueles que habilitaram e tiveram seus créditos admitidos nos autos do

⁴⁷ MAMEDE, op. cit., p. 396.

⁴⁸ REQUIÃO, op. cit., p. 180.

⁴⁹ ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Classificação dos créditos no processo falimentar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, 2003, p. 158-159.

⁵⁰ REQUIÃO, op. cit., p. 180 e COELHO, **Curso...**, p. 323.

processo de falência, pois, não sendo obrigatória a habilitação no procedimento concursal da falência, aquele credor que mantém-se inerte, sem ingressar no processo de falência, não faz parte da *massa falida subjetiva*.

1.3.2 Efeitos da decretação da falência sobre as obrigações da falida

Sobre as obrigações, tem-se a previsão do vencimento antecipado das dívidas da falida como efeito da falência (art. 77). Tal disposição atribui efetividade à concursalidade do processo falimentar, pois, se cada credor tivesse que aguardar seu crédito tornar-se exigível na data avançada por ocasião de sua constituição, desnaturaria o tratamento igualitário entre credores de mesma classe ou não⁵¹, pois os recursos a serem rateados poderiam estar esgotados.

Como efeito sobre as obrigações, tem-se que contra a massa falida não são exigidos juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados, exceto juros de debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia (art. 124 da Lei 11.101/2005).

Com a decretação de falência, as ações individuais que eventualmente tenham sido propostas em face da falida ficam suspensas. Existem exceções à regra de que as ações devem ser suspensas: as ações trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas na Lei de Falência ou que demandem quantia ilíquida, bem como as ações em que a falida figurar como autora ou litisconsorte ativo continuam a ser processadas de acordo com a sua competência originária até se aferir o valor devido, que deverá então ser inscrito na classe própria no quadro geral de credores⁵², podendo ainda ser feita a reserva da importância que se estimar devida na falência

⁵¹ A concursalidade da execução não é exclusividade do procedimento falimentar, nem tampouco o vencimento antecipado de dívidas, cf. art. 751 do CPC.

⁵² “A ordem de classificação dos credores da falida distingue essa espécie de beneficiário de pagamento da falência em oito classes: empregados e equiparados, credores com garantia real, fisco, credores com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários, titulares de crédito derivados de multas contratuais e penas pecuniárias, e por fim, os credores subordinados” (COELHO, *Curso...*, p. 362). Nesse ponto, o autor citado se

(§ 3º do art. 6º), e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria (§§ 1º e 2º, art. 6º, Lei 11.101/2005).

1.3.3 Arrecadação

Antes se mencionou como um dos efeitos da decretação de falência sobre as pessoas a formação da massa falida subjetiva. Já a massa falida objetiva, por sua vez, é formada como “efeito automático e imediato da decretação da falência”⁵³ em que o conjunto de bens e direitos são reunidos e representados pelo administrador judicial.

Como registrou Gladston Mamede, “[...] não apenas se ajuntam os credores, numa reunião das obrigações que compõem o patrimônio passivo do falido, mas ajuntam-se também, pela *arrecadação*, bens e direitos que compõem o patrimônio ativo”⁵⁴.

O procedimento de arrecadação é realizado pelo administrador judicial, quando, após a assinatura do termo de compromisso, de acordo com o art. 108 da Lei, responsabiliza-se por arrecadar e manter sob sua guarda ou de pessoa de sua confiança os bens e documentos e pode ainda requerer ao juiz as medidas assecuratórias para a conservação deles. Na falência, incumbe ao administrador judicial, dentre outras coisas, arrecadar os bens e documentos da falida e elaborar o auto de arrecadação, avaliar os bens arrecadados ele próprio ou caso não tenha condições técnicas para a tarefa, requerer autorização ao juiz para contratar avaliadores (art. 22, III).

referiu aos créditos havidos com a empresa, ora falida, portanto, créditos constituídos *antes* da decretação de falência. Todavia, numa visão sistemática da Lei em referência, considerando-se os créditos que devam ser realizados antecipadamente pela massa (créditos que surgiram *após* a decretação da falência), créditos extraconcursais e certos pagamentos, a ordem de privilégios estabelecida pela Lei é a seguinte: art. 150 (pagamento antecipado de despesas indispensáveis à administração da falência), art. 151 (créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência), art. 86 (restituição em dinheiro em favor de terceiros), art. 84 (créditos extraconcursais) e, por fim, a classificação das oito classes de credores estabelecidas pelo art. 83 (quadro geral de credores).

⁵³ MAMEDE, op. cit., p. 469.

⁵⁴ Ibid., p. 476 (itálico do original).

1.4 Desconsideração da personalidade jurídica na falência

A existência da pessoa jurídica é uma *ficção jurídica*, em que o Estado reconhece um *ser moral* como titular de direitos e obrigações, com o patrimônio distinto do de seus constituintes. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, aplica-se ao Direito Falimentar nas hipóteses em que sócio, acionista ou administrador pratica ato ilícito (fraude contra credores e abuso de direito, elementos estes que interagem e se completam), utilizando a personalidade jurídica da entidade empresarial em benefício próprio ou de terceiros.

O ato ilícito é praticado pelos que estão à frente da atividade econômica organizada, mesmo porque a sociedade empresária é um ente econômico ou um conjunto de bens sem manifestação de vontade. Por este motivo, faz-se representar por uma pessoa natural, podendo ser estranha ou não ao quadro societário, denominado de administrador ou diretor. A aplicação da teoria da desconsideração é considerada uma forma de preservar a sociedade empresária e reforça a autonomia patrimonial: não visa extinguir a sociedade ou anular os seus atos constitutivos, mas se dá de forma momentânea no caso concreto e tem o fim de fazer com que o bem retirado injustamente do acervo da massa objetiva volte a integrá-la.

Explica Dora Berger, em artigo sobre a desconsideração da personalidade jurídica, que o juiz “[...] deve declarar a ineficácia plena do ato lesivo praticado, declarando ineficaz qualquer transferência de bens do patrimônio social da sociedade empresária, determinando que os bens retornem ao seu patrimônio social [...]”⁵⁵, o que beneficia os credores da sociedade, pois esta volta a ter mais recursos para solver as obrigações contraídas. A autora destaca que não necessariamente a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade empresária significará a sua dissolução ou extinção, porque a teoria sob análise não se aplica

⁵⁵ BERGER, Dora. Aspectos processuais e materiais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. **Cadernos de Direito Processual**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, PPGDIR-UFES, Ano 1, n. 1, ago./dez. Vitória (ES): UFES, 2006, p. 32.

somente a casos de falência que é uma forma de extinção da empresa individual e da sociedade empresária.

Para haver a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica em âmbito falimentar, devem ser comprovados em juízo os seguintes requisitos:

- a) Fraude contra credores, designa tirar do credor o que lhe é devido por força de lei, em proveito próprio ou de terceiros. Os administradores endividam a sociedade empresária, não cumprem as obrigações assumidas em seu nome, por meio de alienações ou quaisquer outros atos de disposição desfalcam o seu patrimônio social, deixando-a em estado de insolvência [...]. *Os administradores enganam, usam de má-fé na intenção de prejudicar credores e se locupletar à custa alheia [...]*
- b) Abuso de direito, a pessoa extrapola os limites dos direitos que possui. *O propósito é causar dano a outrem. É lícito assumir obrigações e exercer direitos, mas não se pode lesar terceira pessoa em proveito próprio ou de terceiros. [...] A fraude contra credores vem acompanhada do abuso de direito, porque o comportamento do infrator excede os limites legais*⁵⁶.

Na Lei 11.101/2005, a previsão legal da aplicação da teoria encontra-se no art. 82. Trata-se de ação ordinária nos moldes do Código de Processo Civil, autônoma, de competência do juízo onde se processa a falência, com pedido específico de responsabilização pessoal do sócio, acionista ou administrador pelo ato que praticou e produziu dano econômico ou moral à entidade empresarial ou à massa falida. Nessa ação do art. 82, o objeto da discussão é a responsabilidade do sócio, acionista ou do administrador e não a insolvência ou a falta de recursos da falida para a satisfação dos credores que habilitaram e tiveram seus créditos admitidos na falência. A responsabilidade a ser apurada na forma do art. 82 independe da realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir o passivo.

Além de ressarcimento do dano material ou moral, pode-se cumulativamente requerer indenização a ser paga pelo sócio, acionista ou administrador que praticou o ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil), cuja quantia se reverte em benefício da massa. Sem a provocação do representante do Ministério Público, qualquer credor ou do administrador judicial, a lei não prevê a possibilidade de o juiz reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica, através de sentença condenatória que declare a prática de ato ilícito, o efetivo dano econômico ou moral e que fixe a quantia devida a título de indenização da massa.

⁵⁶ BERGER, Aspectos processuais..., p. 31 (destacou-se).

É possível que o juiz da falência, ao decretá-la, determine também a desconsideração da personalidade jurídica, como ocorreu no caso da falência da ENCOL⁵⁷ e conforme o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar pela possibilidade, mesmo que o pedido não seja veiculado em ação autônoma⁵⁸.

Gladston Mamede registrou: “Não se trata de investigação incidental, o que não se amoldaria confortavelmente ao conceito de *procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil*, igualmente inscrito no art. 82, *caput*, da Lei 11.101/2005”⁵⁹. Explica o autor que Lei a (e não a jurisprudência) adotou uma posição mais cautelosa, com procedimento autônomo, apto a investigar se estão presentes ou não os pressupostos legais para a condenação do sócio ou administrador, responsável pelo mau emprego da pessoa jurídica, a responder pessoalmente pelas obrigações jurídicas alcançadas pela decisão.

O autor do pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode requerer, ou mesmo o juiz pode de ofício ordenar, a indisponibilidade de bens penhoráveis particulares do sócio ou acionista de responsabilidade limitada, do sócio ou acionista controlador, independente da responsabilidade que assumiu pelas obrigações sociais perante terceiros, ou do administrador da falida. Entretanto, essa medida cautelar requer prova da existência de *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

A ação de responsabilização e a medida cautelar têm prazo de prescrição de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a teor do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 82, da Lei 11.101/2005.

⁵⁷ Processo nº Sobre a falência da ENCOL, cf. os magistrais comentários em BERGER, Aspectos processuais..., p. 30-36.

⁵⁸ Nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1034536/MG, julgamento em 05/02/2009, RMS 16105/GO, julgamento em 19/08/2003. Sobre aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e desnecessidade de ação revocatória porque se configurou a confusão patrimonial entre a falida, ex-acionistas da falida e outra sociedade empresária criada e uma terceira sociedade empresária gerida por pessoa ligada ao administrador da falida: REsp 418.385/SP, julgamento em 19/06/2007.

⁵⁹ MAMEDE, op. cit., p. 380 (itálico do original).

1.5 Princípios Gerais de Direito Processual

Em coerência com a temática processual do estudo, são expostos os princípios gerais de direito processual⁶⁰, relacionando-os ao processo falimentar:

a) Princípio da imparcialidade do juiz;

O juiz como órgão da jurisdição coloca-se entre as partes e acima delas e sua imparcialidade é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, por isso, existe a possibilidade de as partes argüírem suspeição ou impedimento. Esse princípio se relaciona ao princípio do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII, da Constituição Federal – CF), que por sua vez tem relação com competências previamente estabelecidas. O juiz natural da falência e, por conseguinte, da ação revocatória falimentar, é aquele da jurisdição do principal estabelecimento do devedor.

b) Princípio da igualdade;

Previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, possui o reconhecido desdobramento no *princípio da igualdade processual*, em que as partes e seus procuradores devem merecer tratamento igualitário. O princípio da igualdade está relacionado com a *par conditio creditorum* e com a concursalidade da execução falimentar, em que fica nítido que foi consagrada a *igualdade material* em detrimento da *igualdade formal*. Para a ação revocatória falimentar, analisaremos ainda o fato de que o produto aproveita a *todos* credores, independente de quem legitimamente a tenha proposto.

c) Princípios do contraditório e da ampla defesa;

Constitucionalmente assegurados, para que o processo falimentar se desenvolva respeitando o devido processo legal. Significam dar conhecimento à parte e permitir a sua manifestação. Exemplos: 1) a citação da devedora para contestar o pedido de falência; 2) a legitimidade dos credores de impugnarem os créditos habilitados uns dos outros; e 3) a necessidade de dilação probatória na ação revocatória prevista no art. 130 da Lei 11.101/2005.

⁶⁰ Adotou-se a nomenclatura de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50 a 77. Omitimos, da lista de *princípios gerais do direito processual*, o princípio da oralidade, pois, conforme explicação dos autores, na obra citada, p. 326: “O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral [...]”. O

d) Princípio da ação ou da demanda;

Considerando a inércia da jurisdição, para que o Estado-juiz se pronuncie, é necessário ser provocado pela parte. A própria falência precisa ser requerida (art. 97, da Lei 11.101/2005)⁶¹.

e) Princípio da disponibilidade e da indisponibilidade;

No processo falimentar os credores estão interessados na satisfação de seus créditos. Entretanto, por serem direitos patrimoniais, são disponíveis. O credor tem a faculdade de exercer o seu direito de crédito, podendo não querer enviar esforços para fazer a cobrança, ou seja, não está obrigado a habilitar seu crédito no processo de falência. Ao mesmo tempo em que vige o princípio da disponibilidade com relação aos credores, no que concerne à esfera dos crimes falimentares, por serem crimes de ação penal pública incondicionada (art. 184 da Lei 11.101/2005), vige a indisponibilidade, ou seja, havendo indícios suficientes, é obrigatório o início da persecução penal.

f) Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade real;

Pelo princípio dispositivo, o juiz depende da provocação das partes quanto às provas e às alegações em que fundamenta sua decisão, mas com a função jurisdicional vista como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses particulares e os do próprio Estado, os poderes do juiz foram gradativamente aumentados, cabendo-lhe “[...] impulsionar a causa, determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam de alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc”⁶². Além do interesse do Estado na garantia geral do crédito e na manutenção da unidade produtiva, o Estado tem interesse na repressão aos crimes falimentares e, se o inquérito policial (art. 187 da Lei 11.101/2005) for arquivado, o representante do Ministério Público

insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade (arts. 132, 330 e 522)”.

⁶¹ O art. 162, I, do Decreto-Lei 7.661/1945 autorizava expressamente a decretação *ex officio* da falência do devedor que pedisse Concordata tendo algum dos impedimentos do art. 140. Registra-se o entendimento divergente de Adalberto Simão Filho, para quem a aplicabilidade subsidiária do CPC ao Decreto-Lei 7.661/1945 autorizaria a que o juiz ordenasse a emenda da inicial de acordo com o art. 284, CPC (SIMÃO FILHO, Adalberto. Tutela antecipatória e o procedimento falimentar. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, v. 10, n. 17, jul./dez., 1996, p. 136-137). Na Lei 11.101/2005, há requisitos (*a contrario sensu*, não preenchidos, seriam impedimentos) para o deferimento da Recuperação Judicial do devedor, em seu art. 48. No entanto, de acordo com o art. 73 da Lei 11.101/2005, a rejeição do plano de recuperação judicial nos termos do art. 56, § 4º, ou seja, se houver rejeição pela Assembléia de Credores do plano de recuperação judicial, o juiz decretará a falência.

⁶² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64.

pode requerer o desarquivamento com base em documentos novos, em atendimento ao princípio da verdade real.

g) Princípio do impulso oficial;

O órgão judicial move o procedimento de fase a fase, retirando das partes parcela do impulso e estabelecendo preclusão para determinados atos, porque o Estado tem interesse na rápida solução dos litígios que lhe são submetidos.

h) Princípio da persuasão racional do juiz;

O juiz decide segundo elementos existentes nos autos, com liberdade de convicção, mas deve indicar os motivos de seu convencimento.

i) Princípio da motivação das decisões judiciais;

Além de a motivação ser dirigida às partes, para efeito de recurso, por ter função política, dirige-se a qualquer do povo, possibilitando verificar *in concreto* a imparcialidade do juiz e o conteúdo de legalidade e justiça das decisões. Toda decisão judicial deve ser motivada (art. 93, IX, CF).

j) Princípio da publicidade;

Os atos processuais são em regra públicos e com isso abre-se a possibilidade de fiscalização popular sobre a atuação dos magistrados, promotores públicos e advogados (art. 93, IX, CF). A Lei de Falência está repleta de dispositivos que tratam de dar publicidade a certos acontecimentos, tais como: publicação de editais, de relação de credores, de convocação de assembléia-geral de credores e da sentença que decreta a falência. Não há dispositivo expresso na Lei 11.101/2005 que trate de realização de atos em *segredo de justiça*.

k) Princípio da lealdade processual;

Embora as partes envolvidas no processo tenham interesses conflitantes, isto é, devedora na condição de entregar quantias e credores na de recebê-las, há deveres de moralidade e probidade a serem respeitados. No processo falimentar regido pela Lei 11.101/2005, tem-se como exemplos: 1) se ficar evidenciado dolo ou má-fé na constituição do crédito ou da garantia, deve-se restituir em dobro a quantia recebida, acrescida de juros legais (art. 152); 2) aquele que requer falência de outrem por dolo e o pedido for improcedente tem o dever de indenizar por perdas e danos a devedora (art. 101); 3) apresentar habilitação de créditos ou

reclamações falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado geram imputação criminal (art. 175), dentre várias outras previsões.

l) Princípio da economia processual;

Pelo princípio da economia processual, procura-se ter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de atividades processuais. Princípio esse, aliás, previsto no parágrafo único do art. 75 da Lei 11.101/2005.

m) Princípio da celeridade processual;

Esse princípio se aplica a todos os processos, judiciais ou administrativos, por disposição constitucional, como uma garantia aos jurisdicionados (art. 5º, LXXVIII, CF). Na Lei 11.101/2005, está expresso no parágrafo único do art. 75 e subentende-se sua aplicabilidade pela previsão do art. 79, quando determina que os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância.

n) Princípio do duplo grau de jurisdição;

É a possibilidade de se permitir a reforma de uma decisão em grau de recurso e se fundamenta no fato de que pode ocorrer que a decisão de primeiro grau seja injusta ou errada. Em geral⁶³, e esse é o caso da Lei de Falência, se efetiva mediante a provocação do órgão jurisdicional pela parte vencida ou desfavorecida na decisão.

o) Princípio da cooperação.

Modernamente, tem-se escrito em processo civil sobre o *princípio da cooperação*⁶⁴, que além da ampliação dos poderes instrutórios ou efetivação das decisões judiciais, dificultaria a decretação de nulidades processuais e, principalmente, a prolação de juízo de inadmissibilidade, pelo comportamento mais ativo do magistrado, que por esse princípio, passaria a ter os seguintes deveres: 1) dever de esclarecimento (o juiz deve esclarecer suas dúvidas junto às partes); b) dever de consultar (mesmo que haja questão que possa ser conhecida *ex officio*, antes de decidir, se as partes não se manifestaram sobre essa questão,

⁶³ Exceção: remessa necessária (art. 475, do CPC), não ocorre na falência.

⁶⁴ Influência na doutrina brasileira do direito alemão, francês e português. Sobre o princípio da cooperação, cf. DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, vol. I, p. 58-62.

deve o juiz intimá-las e possibilitar o contraditório); e c) dever de prevenir (o magistrado tem o dever de apontar deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas⁶⁵).

No processo falimentar, as assembleias de credores e a atuação do administrador judicial, em diálogo com o juiz que conduz o processo exemplificam a cooperação para atingir o resultado final do processo.

Após um pouco da história do instituto da falência e algumas ponderações sobre o seu conceito e seu enquadramento processual, bem como a sucinta abordagem dos princípios gerais do processo civil, segue-se o estudo dos princípios específicos do Direito Falimentar.

1.6 Princípios Específicos de Direito Falimentar

Nesse subtítulo, trataremos dos princípios consagrados na Lei 11.101/2005, adotando a classificação de Waldo Fazzio Júnior, procurando não repetir os princípios da publicidade, economia e celeridade processual, já tratados no subtítulo de princípios gerais:

a) Princípio da viabilidade da entidade empresarial;

A Lei 11.101/2005 fixa uma dicotomia entre as empresas individuais e sociedades empresárias que são economicamente viáveis e inviáveis. Às viáveis indica o mecanismo da recuperação e às inviáveis, a falência. Viável é a aquela que reúne condições de observar os planos de recuperação do art. 47 (recuperação judicial) ou do art. 161 (recuperação extrajudicial) da Lei em referência.

Conforme explica Waldo Fazzio Júnior: “A aferição dessa viabilidade está ligada a fatores endógenos (ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição

⁶⁵ Até mesmo por economia processual é conveniente suprir as deficiências, desde que se trate de algo realmente suprável, pois falhas grosseiras nas postulações não podem ser toleradas, porque podem dar a entender parcialidade do juiz em prol de uma das partes. Deve haver ponderação e equilíbrio sobre o que é suprável, ou o que poderia ser a parte intimada para se adequar, pois o Judiciário não é local para consulta acadêmica.

e outras características da empresa) e exógenos (relevância socioeconômica da atividade)”⁶⁶. Segundo o mesmo autor, o diagnóstico da viabilidade se dá através das respostas às perguntas: Existe um plano de recuperação? Que critérios devem ser eleitos para a avaliação? Essa avaliação autoriza a expectativa de êxito do plano? Como custodiar sua concretização?

Observe-se que o autor em referência se reporta a *aferição, diagnóstico e perguntas a serem respondidas*, mas a Lei 11.101/2005 indica quem pode requerer a recuperação (art. 48) e lista uma série de documentos que devem instruir o pedido de recuperação judicial (art. 51) e estando em termos a documentação exigida no art. 51, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (art. 52). Dessa maneira, *data venia*, na prática não se afere realmente a viabilidade da entidade empresarial e sim, o cumprimento dos requisitos legais para pleitear a recuperação judicial.

Por outro lado, ainda que cumpridos os requisitos legais, nem toda devedora tem condições de se recuperar, por ser elevado o grau de endividamento. “A recuperação empresarial não pode almejar a plena recriação da empresa”, conclui Waldo Fazzio Júnior⁶⁷.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho explica que “[...] quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade transfere-se do empresário para seus credores [...]”⁶⁸. Por isso conclui que nem toda falência é um mal. Ele explica que há entidades empresariais atrasadas, descapitalizadas ou com precária organização administrativa que devem sair do mercado e os recursos materiais, financeiros e humanos empregados na atividade empresarial devem ser realocados para ser otimizada a capacidade de produzir riquezas. O autor finaliza a idéia no sentido de que a recuperação da entidade empresarial não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo.

b) Princípio da preservação da entidade empresarial;

O princípio da preservação da entidade empresarial se relaciona ao bem comum⁶⁹ da comunidade em que a mesma atua, pois são de interesse público a manutenção dos empregos

⁶⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, p. 31.

⁶⁷ Ibid., p. 32.

⁶⁸ COELHO, **Curso...**, p. 233-234.

⁶⁹ Sobre o bem comum e o interesse da coletividade em salvar a empresa, cf. o artigo: ZANETTI, Robson. A determinação da falência do devedor comerciante diante da não nomeação de bens à penhora dentro do prazo legal no processo de execução singular. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 251-263, 2002.

e a distribuição de bens e serviços. Por essa razão, a Lei 11.101/2005 prioriza, sempre que possível, a recuperação sobre a liquidação da entidade empresarial, porque atende a um só tempo interesses dos credores, dos empregados e do mercado. É bem verdade que não sem conflitos, mas simplesmente fechar as portas da entidade empresarial pode trazer mais ônus do que benefícios, razão pela qual Waldo Fazzio Júnior assevera que a primazia do interesse dos credores não é noção incompatível com a correção econômico-financeira da empresa.

Disso se infere que, pode haver, inclusive, interesse dos credores, na manutenção da sociedade empresária ou da empresa individual de que são credores.

c) Princípio da predominância do interesse imediato dos credores;

Sobre este princípio, inicia Waldo Fazzio Júnior afirmando que qualquer regime de insolvência visa satisfazer, eqüitativamente, pretensões creditícias legítimas. O autor explica que o regime de insolvência, desde as suas origens, retrata a preocupação do legislador com a sorte dos credores.

Há uma postura jurídica estabelecida para o atendimento aos direitos dos credores, que “[...] predominam e, no mínimo, constituem o estopim para a deflagração processual da conjuntura universal da falência”⁷⁰. Mas essa supremacia dos interesses da coletividade de credores é relativa, “[...] porque pode ser mitigada pela importância socioeconômica da empresa insolvente”⁷¹, quando a própria manutenção da entidade empresarial pode ser adequada para o atendimento das pretensões creditícias. Isso significa que o atendimento aos credores não é necessariamente contrário à manutenção da sociedade empresária, pois a predominância do interesse dos credores deve ser identificada com o interesse público de garantia dos créditos.

Por fim, tem-se que a primazia dos credores não é noção incompatível com a correção econômico-financeira da entidade empresarial. Segundo Waldo Fazzio Júnior, se “empresa liquidada não paga”⁷², pode haver, inclusive, interesse dos credores, na manutenção da sociedade empresária ou da empresa individual.

⁷⁰ FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 32.

⁷¹ Ibid., p. 33.

⁷² Idem.

d) Princípio da maximização dos ativos;

Com a decretação da falência, quem estava à frente da administração da sociedade empresária perde o direito de administrá-la. É atitude com o objetivo de preservar os ativos, pois os retira da esfera de disponibilidade daqueles que administravam a entidade empresarial, com o fim de evitar que sejam transferidos a terceiros. O conjunto de bens e direitos da falida precisa ser ao máximo preservado e fiscalizado para que não haja deterioração ou perdas e possa satisfazer a maior quantidade possível de créditos.

A preservação de ativos na recuperação judicial deve ser uma meta, para que a sociedade empresária tenha condições de solver os débitos e encargos sociais.

e) Princípio da *vis attractiva* do juízo falimentar;

Vis attractiva é força de atração. O juízo falimentar atrai todas as ações sobre bens, interesses e negócios da sociedade empresária falida (art. 76), salvo as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas na Lei de Falência ou que demandem quantia ilíquida, bem como as ações em que a falida figurar no pólo ativo da demanda (arts. 6º, §§ 1º e 2º e 76). Essa concentração dos feitos em um mesmo juízo pretende facilitar as diligências processuais para o tratamento igualitário dos credores da mesma classe nos rateios dos bens da massa falida.

Nesse contexto, sobre as características do juízo falimentar, tem-se que *unidade* significa que é competente para dirimir questões de interesse patrimonial da falida; *indivisibilidade* denota conhecer e julgar ações e execuções aforadas após a data da decretação da falência, ressalvadas as exceções antes mencionadas e alinhadas expressamente na Lei de Falência, e *universalidade* consiste na convocação dos credores da devedora comum para, querendo, habilitarem seus créditos no prazo legal (art. 99, IV), segundo a ordem de classificação, no quadro geral de credores.

Pensando sobre as características do juízo falimentar (unidade, indivisibilidade e universalidade), observa-se que a *vis attractiva* desse juízo é manifestação de sua competência absoluta no âmbito da insolvência do juízo do local do *principal estabelecimento* da entidade empresarial (art. 3º), ou seja, onde é realizado o maior volume de negócios. A opção legislativa se coaduna com o reconhecimento do *estado de falência*⁷³ da empresa individual e

⁷³ Os alemães distinguem o *estado de insolvência* em ***materielle Insolvenz*** e ***formelle Insolvenz***: “Ein Schuldner ist insolvent, wenn seine Gläubiger aus seinem Vermögen nicht befriedigt werden können. [...] Man nennt dies

da sociedade empresária como um todo, independente de quantos estabelecimentos possua, evitando conflitos de competência e/ou julgamentos díspares⁷⁴. O direito brasileiro em vigor “[...] não permite foro concorrente de autoridade judiciária ou equivalente estrangeira”⁷⁵.

Entretanto, fixar a competência inadvertidamente, tomando-se por base exclusivamente o ato constitutivo da entidade empresarial e suas respectivas alterações, a fim de aferir o principal estabelecimento, dificultaria a tramitação processual, se o *domicílio real da entidade empresarial*⁷⁶ for outro que não a sede denominada na documentação levada ao competente registro, ainda que aparentemente a competência tenha sido fixada de acordo com a lei.

f) Princípio da *par conditio creditorum*.

Chamado por Rubens Requião de *princípio fundamental e estrutural da falência*⁷⁷, é através de sua atuação que os credores são tratados em igualdade dentro da classe de seus créditos. Quando o devedor não tem bens suficientes para pagar a todos os seus credores, “[...] a regra da individualidade da execução seria *injusta*, porque execuções individuais não possibilitam discriminar credores, de acordo com os graus de necessidades ou garantias contratadas [...]”⁷⁸.

Observa-se que há execução concursal não só no processo de falência, mas também para o caso de insolvência civil (art. 748 e seguintes do CPC)⁷⁹. Para possibilitar a execução concursal, é estabelecido o vencimento antecipado das dívidas, como efeito da decretação da

materielle Insolvenz. [...] Demgegenüber ist **formelle Insolvenz** die Insolvenz im engeren Sinne: die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Insolvenzgericht” (FOERSTE, Ulrich. **Insolvenzrecht**. 2 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 1, negritos do original). Em nossa tradução livre: “Um devedor é insolvente quando seus credores não têm suas obrigações satisfeitas. [...] Chama-se a isso de **insolvência material**. [...] Em contrapartida está a **insolvência formal** que é a insolvência no sentido estrito do termo: a abertura de um processo de insolvência em um Tribunal de Insolvência”.

⁷⁴ Fora do território nacional, a questão torna-se mais complexa, na medida em que nas relações entre países há que se considerar a soberania nacional. Para Trajano de Miranda Valverde, no âmbito internacional, o princípio da unidade da falência “[...] não teve, porém, a mesma consagração, nem é de esperar que o tenha tão cedo, enquanto perdurar no direito internacional a falsa noção de soberania. [...] O patrimônio do devedor cinde-se em tantos quantos forem os estabelecimentos mercantis, permitindo o tratamento desigual dos credores do mesmo devedor” (VALVERDE, op. cit., p. 137).

⁷⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 88.

⁷⁶ Decisões reconhecem como domicílio real da entidade empresarial o local onde se encontra a direção efetiva ou a maioria dos bens, a despeito da indicação nos atos constitutivos: RT 509/115, 739/281, 754/392, cf. FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das falências, concordatas e recuperações**: Lei 11.101/2005. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

⁷⁷ REQUIÃO, op. cit., p. 179.

⁷⁸ COELHO, **Curso...**, p. 243.

⁷⁹ Registra-se, no entanto, que a distinção de tratamento normativo para a insolvência civil e para a insolvência empresarial não é uma unanimidade nos sistemas jurídicos. Para citar apenas um exemplo, na Alemanha, o *Konkursrecht* tem a mesma norma aplicável para a insolvência civil e a insolvência empresarial: a *InsO* (*Insolvenzordnung*).

falência (art. 77, da Lei 11.101/2005) e da declaração de insolvência civil para a pessoa natural devedora insolvente (art. 751, I, do CPC).

O vencimento antecipado das dívidas é condição necessária para que se possa dar ensejo à execução concursal⁸⁰, sendo que ambos não são exclusividades da falência, mas nesta, o legislador prestigiou certos tipos de créditos em relação a outros, criando uma espécie de hierarquia. A opção legislativa, ao instituir o *quadro geral de credores*, foi no sentido de assegurar igualdade entre os credores além da simples *igualdade formal*, buscando a *igualdade material*, ao reconhecer que existem credores mais necessitados que outros, de acordo com a natureza dos créditos de que são titulares.

Tratou-se, portanto, dos valores Justiça e Igualdade. Sem pretender adentrar na seara da filosofia, traça-se aqui um paralelo entre o princípio da *par conditio creditorum* com a definição de igualdade dada por Aristóteles, no sentido de “tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente”⁸¹. “*Quem são os iguais e quem são os desiguais?*[...] Em suma: qual critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?”⁸² É o questionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que registrou como destinatários do princípio da igualdade o legislador, e, em consequência, a legislação, que por critérios de política legislativa determina qual o fator de *discrímen* aceitável para a situação. A desigualdade será legítima se guardar correlação ou fundamento racional com os princípios e valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

O Estado-legislador ao editar a Lei 11.101/2005 fixou a abordagem principiológica que entende adequada ao bem comum⁸³. E o Estado-juiz, ao aplicar esta lei, busca dar efetividade, no caso concreto, a um sistema jurídico idealizado para a tutela da garantia do crédito, o que vem a conferir segurança jurídica nas atividades comerciais.

⁸⁰ Para se iniciar o processo de execução individual há requisitos (art. 580 do CPC: obrigação consubstanciada no título executivo seja certa, líquida e *exigível*) e nem sempre o credor inerte é não diligente.

⁸¹ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3 ed. Brasília: UnB, 1997, p. 92.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11 (itálico do original).

⁸³ Robson Zanetti escreveu artigo ainda sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945 e trouxe ao tema falimentar a questão do bem comum como interesse da coletividade em salvar a empresa e demonstrar a viabilidade de preservar empresas viáveis, lembrando que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*”. ZANETTI, Robson. A determinação da falência do devedor comerciante diante da não nomeação de bens à penhora dentro do prazo legal no processo de execução singular. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, 2002, p. 263 (itálicos do autor).

Estado-legislador e Estado-juiz atuando numa perspectiva sistêmica de conformidade aos princípios constitucionais (igualdade, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, proteção ao trabalhador, função social da empresa) e princípios específicos da Lei 11.101/2005 (preservação da entidade empresarial, reorganização ou retirada do mercado de entidades empresariais inviáveis, proteção do crédito), evidenciando os valores do bem comum que visa tutelar. Há na falência um **Princípio Moralizador**⁸⁴, impondo que o processo seja conduzido com respeito aos princípios gerais do processo e visando o bem comum. O bem comum que não é a soma do bem (ou interesse) de cada um, mas sim, o bem reconhecidamente da coletividade de indivíduos⁸⁵.

Tal sistema é a *política legislativa de discrímen* que contempla a *par conditio creditorum* aceita segundo os valores atuais da sociedade. Carlos Alberto de Castro Farracha menciona: “É da tradição de nosso direito falimentar estatuir preferências e diferenças entre os credores, o que poderia, em tese, consubstanciar ofensa ao princípio constitucional da igualdade, positivado no art. 5.º da CF”⁸⁶, para ao final concluir que a correta interpretação do princípio da igualdade é corrigir as distorções existentes no mundo real, minorando, pois, o descompasso existente entre o texto de lei e a realidade empresarial.

No que concerne à ação revocatória, a “[...] ação se dirige contra aquele que, na qualidade de credor, tiver conseguido, durante o período de cessação dos pagamentos, uma satisfação parcial ou total de seus créditos”⁸⁷, e, sendo sucumbente nessa lide⁸⁸, será obrigado a *devolver à massa o que tiver recebido e a se colocar em igualdade com os demais credores*. Nesse raciocínio, Yussef Said Cahali afirmou que a revocatória “[...] é apresentada como a disciplina da repartição igualitária das perdas derivadas da insolvência do devedor comum [...]”⁸⁹ e, igualmente, Giuseppe Terranova registrou que o exercício da ação revocatória tem uma

⁸⁴ Expressão mencionada pelo então componente da Banca do Exame de Qualificação deste trabalho, Dr. William Couto Gonçalves, Juiz Titular da Vara Especializada de Recuperação Empresarial e Falências para a Grande Vitória.

⁸⁵ Como exemplo de benefício à coletividade, mesmo o credor hipossuficiente possui limitação de valor do crédito a ser recebido na primeira classe a 150 salários mínimos (art. 83, I, da Lei 11.101/2005).

⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. A ordem de preferência na nova lei de falências. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 2004, p. 73.

⁸⁷ CAHALI, op. cit., p. 702.

⁸⁸ Não olvidamos que a ineficácia pode ser declarada de ofício, nas hipóteses objetivas do art. 129 da Lei 11.101/2005, a teor do parágrafo único do mesmo dispositivo. Cf. nosso 2.8 *Outras formas de oponibilidade e da ineficácia do ato*.

⁸⁹ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores**: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 3 ed. rev. e atual. com o Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 699.

*função redistributiva das perdas derivadas da insolvência*⁹⁰, por isso a ação revocatória se relaciona com o princípio da *par conditio creditorum*.

Ecio Perin Junior destaca o escopo de proteção que a ação revocatória possui, tendo em vista que os “[...] empresários, quando colocados em situações de extrema dificuldade financeira, muitas vezes tendem a praticar atos que acabam por prejudicar credores, ou mesmo beneficiar alguns em detrimento de outros, em troca de vantagens econômicas”⁹¹.

A “[...] falência, em seu procedimento, está determinada pelo interesse coletivo. O instituto é marcadamente de ordem pública, muito embora vise resolver em massa questões de interesses essencialmente privados”⁹². Nesse panorama, para tratar os credores (interesses privados) de acordo com a *par conditio creditorum* (interesse público), o resultado da ineficácia ou revogação de determinado ato, proporcionado pela procedência do pedido veiculado através da ação revocatória, deve aproveitar à coletividade de credores. Aduz Carlos Roberto Claro: “[...] o objetivo primeiro do processo falimentar é evitar que maiores prejuízos advenham aos credores. [...] a revocatória (sentido amplo) se insere na falência para fazer com que as coisas sejam colocadas no seu devido lugar, para tentar valer os direitos dos credores”⁹³, por isso, o autor é categórico: o princípio da *par conditio creditorum* deve ser sempre considerado.

A força da ação revocatória fica demonstrada até mesmo em relação à coisa julgada, pois pode tornar ato realizado de acordo com sentença anterior ineficaz em relação à massa (art. 138 da Lei 11.101/2005)⁹⁴.

A previsão de atos ineficazes ou revogáveis em relação à massa (arts. 129 e 130) é a positivação na Lei de Falência da proteção ao concurso de credores. Essa é a relação entre o sistema de ineficácia e revogação de atos em relação à massa e o princípio da *par conditio creditorum*: nivela os credores que habilitaram e tiveram seus créditos admitidos na falência, uma vez que se o ato é declarado ineficaz ou revogado, o bem objeto dessa declaração retorna

⁹⁰ No original: “[...] che l’esercizio delle revocatorie, pur avendo una funzione redistributiva delle perdite derivanti dall’insolvenza, non può fondarsi su una mera apparenza, ma deve tener conto dell’effettivo contenuto dell’atto impugnato [...]” TERRANOVA, Giuseppe. La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari. **Rivista di Diritto Civile**, v. 45, n. 2, mar./apr. 1999, p. 170.

⁹¹ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 275.

⁹² REQUIÃO, op. cit., p. 25.

⁹³ CLARO, op. cit., p. 20.

⁹⁴ Cf. nosso 4.4 *Ineficácia, revogação e coisa julgada*.

ao patrimônio da falida em benefício dos credores, nasce a expectativa de uma maior parcela da massa subjetiva receber seus créditos.

2 Aspectos Processuais da Ação Revocatória Falimentar

Rubens Requião explica que a etimologia da palavra “revocatória” não deriva do verbo *revogar*, no sentido de tornar sem efeito, desfazer, fazer deixar de vigorar, mas sim vem do verbo *revocar*, significando *chamar para trás, chamar novamente, mandar voltar*⁹⁵.

De acordo com o sentido etimológico da palavra, o autor fundamenta que a ação revocatória, na falência, não significa anular ou desfazer atos praticados pelo devedor em determinadas épocas e sob determinadas circunstâncias. Significa, na verdade, tirar os efeitos de determinados atos praticados pelo devedor, tornando-os ineficazes em relação à massa falida, sem, contudo, anulá-los ou desconstituí-los. Ao que arremata: “Esse é o segredo da ação revocatória na falência, cuja sutileza nem todos facilmente de pronto percebem”⁹⁶.

A Lei 11.101/2005 regula a ação revocatória por ineficácia de ato no seu art. 129 e a ação revocatória por revogação de ato no seu art. 130. São ações privativas da massa falimentar, porque ambos os dispositivos legais trazem no seu texto o termo *massa falida* que é uma universalidade de direito (*universitas iuris*), isto é, um complexo de coisas destinadas a realizar o pagamento total ou proporcional dos créditos habilitados e admitidos nos autos do processo de falência (art. 91 do Código Civil). A massa falida objetiva e subjetiva imposta pela Lei de Falência tem por fim o interesse comum dos próprios credores, impedindo que alguns dentre eles tenham a tentação de obter vantagens em prejuízo de outros.

Carlos Roberto Claro lembra que a revocatória falimentar não é a ação pauliana⁹⁷ e cita Jayme Leonel: “[...] ação revocatória [...] não é uma ação de nulidade [...], nem uma ação com que apenas se busca ressarcir danos dos credores, mas sim uma ação pessoal de restituição, por meio da qual são as partes restituídas ao estado anterior ao ato impugnado”⁹⁸.

Falando-se em ação revocatória, é requisito indispensável a existência de falência decretada. Se a sentença que decretou a falência estiver com seus efeitos suspensos, por decisão do segundo grau de jurisdição, o ajuizamento da ação revocatória está impedido. É por isso que a

⁹⁵ REQUIÃO, op. cit., p. 224.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Cf. nosso 5 *Ação Revocatória Falimentar e Ação Revocatória Civil*.

⁹⁸ LEONEL, Jayme *apud* CLARO, op. cit., p. 84.

sentença que decreta a falência é tida como “condição de procedibilidade” (expressão do italiano Renzo Provincialli) para a ação revocatória⁹⁹.

Antes de se adentrar no conteúdo mais específico da ação revocatória, dada a sua peculiaridade de declarar a *ineficácia perante a massa* (art. 129 da Lei 11.101/2005) e *revogação de atos perante a massa* (art. 130 da Lei 11.101/2005), é preciso diferenciar ineficácia e revogação de atos.

Reportamo-nos à classificação de José da Silva Pacheco, quanto à “existência e inexistência, validade e invalidade, nulidade e anulabilidade, eficácia e ineficácia dos atos”, que reputamos importante para se entender o efeito pretendido e alcançado (se procedente o pedido veiculado) com a propositura da ação revocatória falimentar.

Segundo o autor, os defeitos do ato ou do negócio jurídico podem ser: *erro, dolo, coação* (esses três viciam a vontade do agente), *fraude, simulação* (se conformam com a vontade das partes, mas são prejudiciais a terceiros, por isso a lei prevê a ineficácia em relação a terceiros).

Para José da Silva Pacheco, a ineficácia decorre de lei e, portanto, pode ser *declarada* de ofício, incidentalmente. Segundo ele, o art. 129 cogita de ineficácia de atos especificados por lei e o art. 130, de revogação, sempre que haja *intenção de prejudicar*, por isso, a ineficácia do art. 130 depende de prova da fraude, da simulação, do prejuízo, da má-fé e, ao final, de uma sentença *desconstitutiva* do que “era e tinha vida”. Daí conclui: “O ato revogável não é o ato ineficaz, mas o ato ineficaz pode ter sido revogável”¹⁰⁰.

Por conseguinte, o art. 129 da Lei 11.101/2005 trata de ação de declaração de ineficácia em relação à massa e, como a lei é expressa com relação aos atos que são ineficazes, pode o juiz de ofício declarar essa ineficácia. Então, *por disposição expressa de lei, o ato nunca teve eficácia perante a massa*, mas continua válido perante terceiros.

⁹⁹ Sobre a impossibilidade de propor ação revocatória de forma originária, assim se manifestou Giuseppe Tarzia: “Si deve anzitutto affermare la improponibilità originaria della revocatoria per difetto di interesse ad agire, o, se si preferisce la sua infondatezza per carenza dei presupposti [...]” TARZIA, Giuseppe. Limiti funzionali della revocatoria fallimentare. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 55, n. 1, genn./mar., 2000, p. 12 (Em nossa tradução livre: “Se deve antes de tudo afirmar a não proponibilidade originária da ação revocatória por defeito de interesse de agir, ou, se se preferir a sua improcedência por carência dos pressupostos [...]”).

¹⁰⁰ PACHECO, **Processo de Recuperação...**, p. 316.

Já para outros atos não enumerados no art. 129, que caberiam na hipótese do art. 130 da Lei 11.101/2005, eles *tinham, mas deixaram de ter eficácia perante a massa*, porque foram desconstituídos pela revogação em sentença.

No direito brasileiro, portanto, fala-se em ineficácia perante a massa, tanto para o resultado da ação fundamentada no art. 129, quanto fundamentada no art. 130 da Lei 11.101/2005. Costuma-se em doutrina chamar a ação do art. 129 (ou do art. 52 do Decreto-Lei 7.661/1945) de ação revocatória típica ou objetiva, ou ainda, ação revocatória por ineficácia de ato, bem como ação de ineficácia de ato. E a ação do art. 130 (ou do art. 53 do Decreto-Lei 7.661/1945) de ação revocatória atípica ou subjetiva, ou ainda, ação revocatória por revogação de ato, bem como ação revocatória falencial.

2.1 Prazo para propositura da ação

O prazo para a propositura da ação revocatória é de três anos, a teor da Lei 11.101/2005:

Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.

O termo *a quo* para contagem do prazo, conforme se observa do artigo transcrito, é a decretação da falência. Sabendo-se que da sentença que decreta a falência cabe agravo (art. 100 da Lei 11.101/2005), e, considerando-se que pode ser deferido efeito suspensivo a esse recurso (art. 527, III, do CPC), em nossa opinião, o prazo começa a ser contado quando os efeitos da sentença se tornam imutáveis ou imunizados pelo *manto da coisa julgada*.

De outro modo, se por hipótese logo após a decretação de falência é proposta a ação revocatória e a sentença é reformada pela via recursal, julgando improcedente o pedido inicial

de falência, deixa de existir a *condição de procedibilidade* da ação, ocorrendo a perda superveniente de interesse-adequação, cabendo ao juiz julgá-la extinta sem julgamento de mérito (art. 267, VI, do CPC)¹⁰¹.

2.2 Termo legal como critério objetivo para alcance da ação revocatória

Os três primeiros incisos do art. 129 mencionam expressamente a expressão *termo legal*, como critério de tempo objetivo em que os atos elencados nos incisos podem ser declarados ineficazes.

Já o art. 130 não menciona qual o período de tempo em que os atos ainda podem ser *atacáveis* pela ação revocatória por revogação de ato, mas entendemos que também aqui se aplica a limitação do alcance da ação ao termo legal. Tal se deve ao fato de que para que seja possível propor a ação revocatória, é preciso que exista sentença que decreta a falência e, esta, necessariamente, fixa o termo legal. É da lógica do sistema falimentar que a ineficácia tanto objetiva (art. 129), quanto subjetiva (art. 130) se relaciona com o termo legal.

Deixamos o estudo das hipóteses em si dos incisos do art. 129 para estudo no capítulo 3 e do art. 130 para estudo no capítulo 4, no entanto, por entendermos que o termo legal se aplica a ambas modalidades de ação revocatória, faz-se necessário definir o *termo legal da falência*, nesse capítulo que trata dos *aspectos processuais*. De acordo com o art. 99 da Lei de Falência:

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

¹⁰¹ Defendemos a fungibilidade entre a ação revocatória e a ação pauliana como uma “via de mão única”, sendo possível converter a ação pauliana em revocatória, mas o contrário não. Cf. nosso 5.2.3 *Direito brasileiro*. Não se pode esperar que o autor da ação pauliana “preveja” que será decretada a falência futura da sociedade empresária e permaneça inerte até que enfim seja decretada a falência e possa então intentar a ação revocatória falimentar. Mais seguro é o legitimado para a ação revocatória falimentar aguardar o trânsito em julgado da sentença que decreta a falência, até porque, tal é previsível e ocorre em tempo certo e determinado, ao contrário de uma decretação de falência.

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;

O termo legal é um prazo¹⁰², espaço ou período de tempo, aferível por critérios objetivos da lei. A data inicial do prazo é atingida pelo critério da Lei e a data final é a data da sentença decretatória de falência. Nesse lapso temporal, os atos praticados que diminuam o patrimônio da falida são ineficazes em relação à massa.

Ensina José da Silva Pacheco¹⁰³ que cabe ao juiz fixar na mesma sentença que decreta a falência o período de tempo o termo legal, por força do disposto no art. 99, II. O termo legal é o período de tempo imediatamente anterior à sentença de decretação de falência, podendo retrotrair, no máximo, em até noventa dias. De acordo com os ensinamentos do mencionado autor, o dia inicial da contagem do período de tempo do termo legal obedece aos seguintes critérios:

a) Decretação da falência com base no art. 94, I e II (a inadimplência se encontra provada via título executivo): o juiz pode retrotrair o prazo do termo legal em até noventa dias contados do primeiro protesto válido por falta de pagamento;

Exemplo: Primeiro protesto por falta de pagamento: 31/03/2006.

Retrotrair no máximo noventa dias: 01/01/2006.

Sentença decretatória da falência: 01/04/2009.

Termo legal: de 01/01/2006 a 01/04/2009.

b) Decretação de falência com base no art. 94, III (atos que geram a presunção de insolvência) e art. 105 (autofalência): o juiz pode retrotrair o prazo de tempo do termo legal, no máximo, em até noventa dias contados da distribuição do pedido de falência;

Exemplo: Distribuição do pedido de falência: 31/03/2006.

Retrotrair no máximo noventa dias: 01/01/2006.

Sentença decretatória da falência: 01/04/2009.

Termo legal: de 01/01/2006 a 01/04/2009.

c) Pedido de recuperação judicial ou extrajudicial convolada em falência (art. 61, § 1º): o juiz pode retrotrair o prazo de tempo do termo legal, no máximo, em até noventa dias contados da distribuição do pedido de recuperação.

Exemplo: Distribuição do pedido de recuperação: 31/03/2006.

Retrotrair no máximo noventa dias: 01/01/2006.

Sentença decretatória da falência: 01/04/2009.

Termo legal: de 01/01/2006 a 01/04/2009.

Nessa mesma linha de entendimento está Fábio Ulhoa Coelho, Ao comentar o art. 99 da Lei 11.101/2005:

Quando a falência tem por fundamento a impontualidade injustificada ou execução frustrada, o termo legal não pode retrotrair por mais de 90 dias do primeiro protesto por falta de pagamento; na hipótese de pedido fundado em ato de falência ou de autofalência, o termo legal não pode retrotrair mais de 90 dias da petição inicial; e se é o caso de convação em falência de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial homologada em juízo, não pode retrotrair mais de 90 dias do respectivo requerimento.

Caso o juiz, ao decretar a falência, não tenha ainda os elementos para a determinação do termo legal, deverá fixá-lo provisoriamente na sentença declaratória da falência. Adotará, para tanto, as poucas informações sobre o devedor e o volume da massa de que dispuser naquele momento¹⁰⁴.

No que concerne ao trecho final da citação do parágrafo anterior, *caso o juiz, ao decretar a falência não tenha ainda elementos para a determinação do termo legal*, para defini-lo, segundo Carlos Roberto Claro, poderia o juiz determinar a expedição de ofícios aos Cartórios de Protestos para obter a data do primeiro protesto por falta de pagamento, que não tenha sido cancelado¹⁰⁵. De outro modo, além de diretamente oficiar ao Cartório de Protestos, também poderia o juiz determinar àquele que requereu a falência com base nos atos do inc. III, do art. 94, que diligencie junto aos Cartórios de Protestos, para comprovar nos autos do processo de falência a data do primeiro protesto válido por falta de pagamento.

De acordo com Gladston Mamede, o inc. II do art. 99 evidencia três demonstrações objetivas de crise econômico-financeira e o magistrado deve optar por aquela que tenha ocorrido primeiro:

¹⁰² Verbete “Termo”: “[...] 3.Tempo determinado; prazo”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio**: com corretor ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1996]. 1 CD-ROM.

¹⁰³ PACHECO, **Processo de falência**..., n. 302-303, p. 240-241.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de recuperação de empresas**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 276.

¹⁰⁵ CLARO, op. cit., p. 34.

A opção por fixar o termo legal a partir (1) do pedido de falência, (2) do pedido de recuperação judicial ou (3) do primeiro protesto por falta de pagamento não se faz segundo a avaliação do magistrado, quero dizer, segundo a formação subjetiva de sua convicção. Nos três casos, tem-se uma demonstração objetiva de crise econômico-financeira e, portanto, não pode haver opção entre um ou outro: será aquele que primeiro se verificou¹⁰⁶.

Todavia, o mesmo autor ressalva a situação de (1) pedido de falência anterior extinto sem julgamento de mérito, ou que contaram com depósito elisivo ou foram improcedentes; (2) recuperação judicial deferida e encerrada por sentença, nos termos do art. 63; e (3) protestos que tenham sido cancelados. “Em qualquer dos casos, as situações jurídicas superadas não atestam crise econômico-financeira e, portanto, não se amoldam à idéia de um período suspeito”¹⁰⁷ e prossegue afirmando que se assim não fosse, ninguém teria segurança de negociar com quem já tivera, em algum momento, aforado contra si pedido falimentar, ou formulado pedido de recuperação judicial ou, ainda, tido um título protestado, uma vez que cada uma dessas situações poderia ser um marco para a fixação do período suspeito, ainda que já passados anos.

Lembramos, ainda, que o juiz é quem define o período do termo legal na sentença que decreta falência. O termo legal não pode retrotrair por mais de 90 de noventa dias, porém pode retrotrair menos, por decisão do juiz. Por ser o termo legal fixado na sentença que decreta a falência, “[...] o recurso cabível é o agravo de instrumento (não há qualquer fundamento que justifique a modalidade de agravo retido), dirigido diretamente ao tribunal competente, devendo ser interposto em dez dias [...]”¹⁰⁸, de acordo com os arts. 522 e 524 do CPC.

O instrumento deve ser formado com as cópias de todas as peças, pois se trata de decisão de mérito em processo de conhecimento e não é lícito ao relator convertê-lo em agravo retido, porque se trata de provisão jurisdicional de urgência. No entanto, o relator pode negar liminarmente o prosseguimento do recurso se for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (*caput* do art. 557, CPC) ou dar provimento se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com

¹⁰⁶ MAMEDE, op. cit., p. 360.

¹⁰⁷ Ibid., p. 361.

¹⁰⁸ Ibid., p. 377.

jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (§ 1º, art. 557, CPC).

O agravo de instrumento contra a sentença que decreta a falência terá efeito meramente devolutivo, mas o relator poderá atribuir efeito suspensivo (arts. 527, III, e 558, CPC) ou poderá deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz a sua decisão (art. 527, III, CPC).

Registra-se que a Lei 11.101/2005 não dispôs sobre a possibilidade de retificação do termo legal da falência, como fazia o Decreto-Lei 7.661/2005, o que Carlos Roberto Claro aponta como uma falha, pois podem surgir no curso da falência fatos novos que imponham a necessidade de retificação do termo legal. “Mesmo que nada tenha constado na lei acerca da possibilidade de retificação do termo legal, considerando o interesse público convergente ao processo, é razoável que possa o juiz, até mesmo de ofício, proceder à retificação”¹⁰⁹, eis a opinião do autor.

Sustentando tese contrária está Gladston Mamede, para quem:

“[...] o termo legal não poderá ser retificado pelo próprio juiz, exceto se o fizer no âmbito do juízo de retratação do agravo de instrumento”. Mesmo que surjam novos elementos a indicar que a fixação foi equivocada, a maior ou a menor, essa retificação pelo próprio magistrado não será possível, vigendo também para as sentenças que decretam a falência o princípio da irretatibilidade das decisões judiciais. Trata-se, portanto, de uma opção legislativa que, indubitavelmente, visa à simplificação do processo falimentar, evitando não apenas os ônus da postergação da fixação, como também as controvérsias que gravitam em torno à possibilidade de retificação pelo próprio juiz presidente do feito¹¹⁰.

Curioso que alguns doutrinadores entendem que o *termo legal* é o mesmo que o *período suspeito* e usam essas expressões como sinônimas, entre eles citamos Amador Paes de Almeida, que assim se manifestou: “O termo legal, também denominado de *período suspeito*, objetiva fixar um espaço de tempo em que os atos praticados pelo falido sejam ineficazes por prejudiciais aos credores”¹¹¹.

¹⁰⁹ CLARO, op. cit., p. 55.

¹¹⁰ MAMEDE, op. cit., p. 359-360.

¹¹¹ ALMEIDA, op. cit., p. 110 (itálico do original).

Segundo Jayme Leonel, o *estado de fato de falência* é o período suspeito: “Suspeito, porque gera a desconfiança em relação a atos praticados pelo devedor quando o seu estado de falência não declarada já havia se manifestado”¹¹². Para o autor em referência, o “[...] período suspeito quase sempre preexiste ao termo legal e que, na prática, ambos raramente coexistem simultaneamente”¹¹³.

Carlos Roberto Claro explica que o estado de insolvência (que não se confunde com a mera impontualidade), é de conhecimento do sócio/acionista e credores também podem ter ciência da situação deficitária da devedora e, mesmo assim, pode ser que não requeiram a falência da devedora. Já há um *estado de fato de falência*, mas pelo retardamento, possivelmente malicioso, dos procedimentos para iniciar o processo de falência, quando for decretada a falência e fixado o termo legal, este, às vezes não alcança no tempo alguns atos de dilapidação de patrimônio da entidade empresarial.

Nelson Abrão afirma que período suspeito é o tempo decorrido entre a manifestação do estado de insolvência e a sentença declaratória da falência e termo legal é a explicitação da lei. Afirma que nem sempre o período suspeito é coincidente com o termo legal, mas conclui: “Os atos praticados no termo legal da falência são eivados de suspeição”¹¹⁴.

Atente-se para o fato de que seria complicado fazer um levantamento sobre as atividades da empresa, para se aferir quando *exatamente* se instaurou o seu *estado de insolvência* e não a mera impontualidade.

Diante disso, se constata que o critério da lei, adotando o termo legal, é mais objetivo e de mais fácil aferição no caso concreto, porque é fixado por presunção absoluta de quando a insolvência se instaurou.

¹¹² LEONEL, Jayme. **Da ação revocatória no direito da falência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 46.

¹¹³ LEONEL *apud* CLARO, op. cit., p. 42.

¹¹⁴ ABRÃO, **Da ação...**, p. 49.

2.3 Legitimidade ativa e passiva para a ação revocatória

Segundo o art. 132, da Lei 11.101/2005, a ação revocatória, de que trata o art. 130 deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo representante do Ministério Público. O interessante é que o art. 132 prescreve a legitimidade ativa para a ação revocatória do art. 130 e não mencionou a ação revocatória do art. 129.

Por isso, Carlos Roberto Claro afirma que *inexiste regramento processual para a legitimidade ativa da ação prevista no art. 129*. Nas próprias palavras do autor:

Impende destacar que o referido dispositivo trata exclusivamente da revocatória falimentar prevista no art. 130, mas inexistindo regramento processual a respeito da legitimidade ativa em relação à ineficácia prevista no art. 129, e observando-se as regras de interpretação, torna-se claro que todas as pessoas citadas poderão ingressar com as demandas que entenderem corretas¹¹⁵.

No entanto, para as hipóteses do art. 129, o parágrafo único do dispositivo prescreve que o ato pode ser declarado ineficaz de ofício pelo juiz; ou alegado em defesa; ou pleiteado mediante ação própria; ou incidentalmente no curso do processo. Para cada uma dessas situações (afora a declaração de ofício pelo juiz) é aferida a legitimidade para se requerer a declaração de ineficácia e, nem sempre o requerente está na posição de autor de ação revocatória e, ainda, a ação não é *sempre* necessária, para que se pudesse dizer corretamente *legitimidade ativa para a ação revocatória do art. 129*.

Mesmo que não esteja expressa, a legitimidade para se requerer a ineficácia está subentendida diante das oportunidades elencadas pelo legislador para ser alegada (parágrafo único do art. 129), conforme veremos em 2.9 *Outras formas de oponibilidade de ineficácia do ato*.

Com relação ao prescrito no art. 132, ao mencionar expressamente a legitimidade do administrador judicial, cumpre esclarecer que não é este por si mesmo quem tem legitimidade

¹¹⁵ CLARO, op. cit., p. 145.

ativa para intentar a ação revocatória, mas sim, a própria *massa falida* (e não a falida) por ele representada. O administrador judicial não age em nome próprio¹¹⁶.

No que concerne à legitimidade ativa do representante do Ministério Público (MP), Hugo Nigro Mazzili questiona: “O que traz o MP aos feitos falimentares ou a uma ação revocatória? Apenas a vontade arbitrária do legislador ordinário?” E responde:

Não nos parece que seja assim. Tanto no processo falimentar como na ação revocatória, existe interesse público e interesse social na composição do conflito. A decretação de quebra mata a empresa, provocando uma série de graves consequências jurídicas e fáticas (sob o aspecto econômico e social), as quais, embora às vezes necessárias, nem sempre são inevitáveis. Nessa atuação, zela o MP para que não seja decretada gratuitamente a quebra de empresas que possam resolver suas pendências de maneira menos gravosa para ela própria e para a sociedade, pois a vitalidade empresarial é relevante para a coletividade (produção de bens e riquezas; desenvolvimento social e econômico; criação e manutenção de empregos); fiscaliza o funcionamento hígido do sistema empresarial (abalo no crédito e no mercado); apura a eventual ocorrência de crimes de ação pública, como os de natureza falimentar, tributária ou trabalhista; acompanha a habilitação e o pagamento dos créditos trabalhistas, que têm natureza social, bem como a dos demais créditos, ainda que apenas quirografários. Esses créditos, ainda que individualmente disponíveis, em seu conjunto significam lesão a interesses transindividuais, em defesa dos quais o MP está legitimado a atuar, desde que tenham caráter coletivo e expressão social¹¹⁷.

No que concerne à legitimidade passiva, dispõe a Lei 11.101/2005:

Art. 133. A ação revocatória 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 do *caput* deste artigo.

Como se depreende da leitura do inc. II do art. 133, nessa hipótese se perquire se os terceiros adquirentes tinham conhecimento da intenção da devedora de prejudicar seus credores. Por

¹¹⁶ Nesse raciocínio, também não age em nome próprio o credor singular, nem o representante do Ministério Público, porque a procedência da ação revocatória beneficia a coletividade de credores.

¹¹⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da lei nº 11.101/2005. **Revista síntese de direito civil e direito processual civil**, v. 7, n. 38, nov./dez., 2005, p. 54-55.

isso, trata-se de legitimidade passiva adequada à ação do art. 130 da Lei 11.101/2005 e passível de se estender aos terceiros sub-adquirentes (os que adquiriram o bem daquele inicialmente contratante com a falida). Torna-se necessária a prova do conhecimento da intenção da devedora de prejudicar credores, não se tratando de ineficácia objetiva do art. 129.

A falida não tem legitimidade para figurar no pólo passivo de nenhuma das ações¹¹⁸, podendo apenas “intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis” (§ único do art. 103 da Lei 11.101/2005). Carlos Roberto Claro lembra ainda da figura do assistente (art. 50, do CPC)¹¹⁹, em que o administrador/diretor pode intervir nos processos como assistente da massa falida (art. 103, parágrafo único).

2.4 Natureza da ação e juízo competente

Yussef Said Cahali, referindo-se ao revogado Decreto-Lei 7.661/1945, registra que “[...] tendo em vista a oponibilidade *erga omnes* da revocatória falencial típica, a doutrina tende a caracterizá-la como ação de natureza real”¹²⁰, mas explica que tal se devia pelo fato de que o art. 55, parágrafo único, inc. III, *b*, do mencionado Decreto-Lei, autorizava que a ação revocatória pudesse ser proposta em face de *terceiros adquirentes*, se o direito se originou de ato mencionado em seu art. 52 do Decreto-Lei 7.661/1945.

Isso significa que no âmbito da ação revocatória por ineficácia, o terceiro adquirente de bens ou de direitos em geral, decorrentes de um dos atos capitulados nos incisos do art. 52 do

¹¹⁸ Segundo Cahali, “[...] a razão é simples: decretada a falência, perde o falido em consequência do princípio do desapossamento, o direito de comparecer pessoalmente em juízo, quer ativa, quer passivamente; com efeito, ao órgão da massa, síndico ou liquidatário, compete representar o falido, ou melhor a massa, como autora ou ré [...]” (CAHALI, op. cit., p. 865).

¹¹⁹ CLARO, op. cit., p. 147.

¹²⁰ CAHALI, op. cit., p. 847.

Decreto-Lei 7.661/1945 (ineficácia objetiva), poderia figurar no pólo passivo sem necessidade de prova de ciência do intuito de prejudicar credores¹²¹.

Na vigente Lei 11.101/2005, os *terceiros adquirentes* figuram no pólo passivo da demanda (art. 133, II), mas deste dispositivo legal consta: se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores” (grifou-se), numa demonstração de que se trata da ação revocatória por revogação de ato.

Sob a égide do revogado Decreto-Lei 7.661/1945, Yussef Said Cahali chegou à conclusão que a ação revocatória é de natureza pessoal, com esteio no pensamento de Trajano de Miranda Valverde, para quem “[...] é indubitável que o direito de pleitearem os credores a revogação de tais atos nasce com a obrigação do terceiro de ressarcir prejuízos causados *ex delicto*, ou *ex injusta locupletatione*”¹²². A ação seria ação pessoal por se fundar em fato obrigatório da parte do réu.

No entanto, a ineficácia objetiva não se funda em delito ou em injusto locupletamento, sendo que, apesar do permissivo de se declarar atos das hipóteses descritas no art. 129 ineficazes de ofício, há possibilidade de que seja proposta ação revocatória por ineficácia de ato.

Nelson Abrão acentua o caráter pessoal da ação revocatória, pois ainda que a ação verse sobre restituição de imóvel, é competente o juízo universal da falência para o seu processamento.

Tanto Yussef Said Cahali quanto Nelson Abrão¹²³ citam o mesmo trecho da doutrina de Giuseppe Ragusa Maggiore, quando este último deduz *o problema* que seria a posterior decretação de falência de um terceiro contratante já envolvido em ação revocatória. Ou seja, há uma primeira decretação de falência e nesse juízo é proposta uma ação revocatória em face do terceiro adquirente. Após um tempo, há a decretação de falência superveniente daquele terceiro adquirente, em outro juízo (local de seu principal estabelecimento diverso da primeira falida), que também atrai os feitos.

¹²¹ PACHECO, **Processo de falência...**, n. 573-IV, p. 357-358.

¹²² VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. 4 ed. rev. e atual. Por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 412 (itálico do original).

¹²³ ABRÃO, Nelson. **Da Ação Revocatória**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Universitária de Direito, 1997, p. 114. CAHALI, op. cit., p. 848 e 849.

Nesse caso, a *solução* não seria deslocar a competência da ação revocatória já proposta em um juízo de falência para outro, pois a falência do terceiro contratante não pode reduzir a competência originária do juízo que antes tiver decretada a falência da devedora.

Dito isso, mais acentuado ainda fica o caráter absoluto e inderrogável da competência para a ação revocatória, conforme dispõe expressamente a Lei 11.101/2005:

Art. 134. A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e obedecerá ao procedimento ordinário previsto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Faz-se a distribuição por dependência (art. 253, do CPC), mantendo-se a sistemática do juízo universal e indivisível da falência, com a atuação dos princípios da *vis attractiva* e da *par conditio creditorum*.

2.5 Procedimento ordinário e suas consequências

De acordo com o art. 134 da Lei 11.101/2005, a ação revocatória segue o rito ordinário e não há que se falar em procedimento sumário para as causas cujo valor não exceda a sessenta vezes o salário mínimo (art. 275, I, do CPC).

No processo ordinário da revocatória falencial pode haver o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), com a distinção de que sendo a ação do art. 129 da Lei 11.101/2005, dispensada a pretensão probatória e irrelevante perquirir a boa-fé, o juiz está autorizado ao julgamento antecipado da lide nos termos do art. 330, I, do CPC.

No entanto, a ação revocatória falimentar do art. 130 requer dilação probatória, logo, a ela não se aplica o julgamento antecipado da lide, sob pena de cerceamento de defesa.

Estando em termos a petição inicial, o juiz proferirá “despacho inicial positivo” e ordenará a citação da parte contrária para defesa, no prazo de quinze dias (arts. 225, 285, 319, 330, do CPC).

No caso da ação revocatória falencial do art. 130 da Lei 11.101/2005, a falta de audiência de conciliação pode ser vista como simples irregularidade, “[...] porque dificilmente se permitiria ao síndico transigir em questão de interesse da massa e dos credores desta”¹²⁴.

Na hipótese da ação de ineficácia do art. 129 da citada Lei, a audiência de instrução e julgamento pode ser dispensada nos casos do art. 129 da Lei 11.101/2005, pois não há que se falar em produção de provas em audiência.

2.6 Inadmissibilidade de reconvenção e compensação

A reconvenção é “[...] demanda do réu em face do autor, no mesmo processo, conexa à demanda inicial ou aos fundamentos da defesa [...]”¹²⁵. Essa demanda é proposta “[...] fora dos limites da demanda inicial. Com ela, o réu introduz no processo uma nova pretensão, a ser julgada em conjunto com a do autor”¹²⁶. Está prevista nos arts. 315 a 318 do CPC.

Na ação revocatória não cabe reconvenção para que o terceiro de boa-fé pleiteie a reparação de perdas e danos, porque inexistente conexão para as duas causas e esse pedido “[...] reclama ação própria, contra o falido, pessoalmente, ainda que possa ser intentada no curso do processo de falência”¹²⁷.

Na Lei em vigor 11.101/2005, declarada a ineficácia ou revogado o ato, o terceiro contratante deverá restituir os bens à massa falida em espécie, isto é, deverá ser restituída à massa a

¹²⁴ CAHALI, op. cit., p. 851 (Pode-se substituir a palavra *síndico* por *administrador judicial*, sem prejuízo da idéia do autor, que escreveu com base no revogado Decreto-Lei 7.661/1945).

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed. rev. e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I, p. 612.

¹²⁶ Ibid., v. III, p. 493.

¹²⁷ CAHALI, op. cit., p. 868.

própria coisa alienada, com todos os seus acessórios, que incluem os frutos, produtos, rendimentos ou benfeitorias. Não sendo isso possível, por exemplo, porque a coisa se deteriorou, deverá ser restituído o valor de mercado acrescido das perdas e danos, ou seja, uma quantia em dinheiro correspondente ao exato valor dos bens que deveriam ser restituídos (art. 135, *caput*, do diploma legal mencionado), reassumindo o terceiro contratante seu estado de direito anterior ao ato.

Exemplo: Dentro do termo legal determinado credor da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), recebeu da devedora um bem móvel em dação em pagamento, cuja forma de pagamento não era a prevista pelo contrato. Decretada a falência e declarada a ineficácia do ato, com base no art. 129, II, da Lei de Falência, o bem móvel deve ser restituído à massa falida pelo beneficiado pela dação em pagamento e este voltará a ser credor da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), devendo habilitar seu crédito nos autos do processo de falência.

Se o terceiro contratante agiu de boa-fé e prestou algo à devedora falida em vantagem a massa, isto é, toda e qualquer vantagem, inclusive a valorização natural da coisa, pois, se esta se valoriza é claro que a massa auferiu vantagem, ela não pode beneficiar-se em detrimento do contratante de boa-fé, haveria o enriquecimento sem causa.

Por este motivo, deverá restituir os bens ou valores entregues pelo terceiro de boa-fé que constituem dívida da massa ou créditos extraconcursais, isto é, que se formam após a decretação da falência, a teor do disposto nos arts. 136, *caput*, combinado com o art. 86, *caput* e seu inciso III e parágrafo único, da Lei 11.101/2005. Por outro lado, se o terceiro contratante procedeu de boa-fé e prestou algo à devedora falida sem que a massa tenha auferido qualquer vantagem, ele será admitido aos autos do processo como credor da falência, vale dizer, obrigações da falida contraídas pelo seu administrador antes da decretação da falência, na classe dos quirografários¹²⁸.

A ação própria para se pleitear perdas e danos é cabível¹²⁹, uma vez que o parágrafo 2º do art. 136, da Lei 11.101/2005, resguarda o terceiro de boa-fé quando o ato atingido não restabelecer plenamente o que é reivindicado permitindo a cumulação da ação revocatória

¹²⁸ LACERDA, op. cit., n. 84, p. 158-159.

¹²⁹ Embora cabível a ação em todos os casos de ineficácia em relação à massa, adverte-se que: “A ação pode ser proposta contra o administrador, sócio-gerente ou diretor que, com culpa ou dolo, tenha realizado o ato em nome da sociedade falida. No tocante à ação movida contra empresário individual, a execução recairá sobre seus bens particulares, solução que não se mostra muito confortável, porque dificilmente haverá bens que não tenham sido arrecadados pela massa falida” (NOGUEIRA. **Aspectos...**, p. 145).

com a ação de perdas e danos, no próprio juízo da falência, ao dispor que o terceiro de boa-fé poderá, a qualquer tempo, ingressar com ação de perdas e danos em face da devedora ou de seus coobrigados, isto é, no curso da falência ou após o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Nesta última hipótese poderá lograr êxito se a falida vier a possuir alguma coisa. Entretanto, se o terceiro contratante agiu com má-fé, não lhe cabe a ação em referência.

Acrescente-se que o art. 60, parágrafo 1º, da revogada Lei 5.746/1929, previa a possibilidade de reconvenção, inclusive da compensação de créditos, na ação revocatória. Na Lei vigente, o terceiro contratante não poderá opor nenhum dos dois institutos, posto que os direitos creditórios só podem ser exercidos através da competente habilitação¹³⁰.

A bem da verdade, a ação revocatória existe em função da falência e esta é uma execução concursal que se limita a discutir a própria execução, o título executivo ou o crédito em sua aptidão a proporcionar a tutela executiva, resultando incompatibilidade entre a reconvenção e a estrutura do processo de falência.

De acordo com a lei em vigor, têm legitimação para a causa revocatória o juiz de ofício ou sem provocação da parte interessada, o representante do Ministério Público, o administrador judicial ou qualquer credor, ainda que retardatário ou que habilitou seu crédito intempestivamente (parágrafo único do art. 129, combinado com o art. 132, ambos da Lei 11.101/2005).

Yussef Said Cahali, expondo sobre a inadmissibilidade da reconvenção na ação revocatória, comenta o art. 54 do revogado Decreto-Lei 7.661/1945, nos seguintes termos:

Na realidade, e com maior amplitude, a doutrina assinala de maneira uniforme, ser inadmissível reconvenção no processo revocatório: A reconvenção, no que importa demanda contra a massa, revela-se incompatível com a ação revocatória; esta tende a restabelecer o estado *quo ante* ao ato impugnado, isentando a massa dos efeitos jurídicos que decorreriam desse ato; revogado o ato, se for o caso de restituição dos bens à massa, esta se fará nos termos do art. 54 e seus parágrafos do Estatuto Falencial; o regime paritário no tratamento dos credores e da coisa sujeita à execução, próprio da falência, determina que o terceiro que, por efeito da revocatória, tiver de restituir o que havia recebido, reassumirá o estado de direto e

¹³⁰ LEONEL, Jayme *apud* LACERDA, op. cit., n. 88, p. 162.

participará dos rateios, se quirografário, ou será admitido como credor quirografário pelo que tiver prestado em razão do contrato declarado ineficaz¹³¹.

O sistema falimentar é coerente, ao determinar que o terceiro de boa-fé habilite seu crédito, que apenas surge com a declaração de ineficácia em ação revocatória. Na Lei vigente, o art. 136 determina, com a procedência da ação revocatória, as partes devem retornar ao estado anterior ao ato tornado ineficaz. É a supremacia da *par conditio creditorum*, que não contraria a previsão do art. 380 do Código Civil, ao dispor: “Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro”, o que significa que numa interpretação sistemática, a inadmissão de reconvenção e compensação em ação revocatória falimentar se harmoniza com o sistema de direito das obrigações.

Todavia, mister registrar que a compensação é permitida de forma expressa na Lei 11.101/2005, em seu art. 122. Segundo Carlos Roberto Claro:

Possível é a compensação, posto que prevista de forma expressa no novo texto, conforme art. 122, situação essa que será verificada após o administrador judicial assumir sua função. A ele, só ele, cabe transigir sobre dívidas, nos termos do art. 22, § 3º, e depois de obtida a autorização judicial do juízo da falência. Saliente-se que, pelo novo texto, serão ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de dois dias, além do Ministério Público¹³².

Nesse particular, *data venia*, o autor citado parece ter confundido a compensação com a transação. Transigir é fazer concessões mútuas (art. 840, CC) e compensar é extinguir, total ou parcialmente, as obrigações quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra por dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (arts. 368 e 369 do CC).

O art. 122 da Lei de Falência é aplicável para compensar as dívidas com a falida vencidas antes da falência ou vencidas por força da própria sentença que decreta a falência (art. 77). *Aqui não se inclui a dívida que a massa falida passaria a ter após a declaração de ineficácia ou revogação de ato, por meio de ação revocatória, se tivesse que indenizar terceiro de boa-fé.*

¹³¹ CAHALI, op. cit., p. 868.

Aliás, em algumas situações de ineficácia objetiva, aquele que não figurava como credor no processo de falência, porque já havia sido pago (incs. I e II) passa a figurar. Esse credor não é ao mesmo tempo credor e devedor (na medida em que as partes voltam ao *status quo ante* do ato ineficaz) para realizar a compensação. É apenas mais um credor para habilitar seu crédito ou requerer perdas e danos.

2.7 Seqüestro preventivo

A previsão do art. 137 da Lei 11.101/2005 *corrigiu* a previsão do antigo § 3º do art. 56 do Decreto-Lei 7.661/1945, que dispunha que “o juiz pode, a requerimento do síndico, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do falido e em poder de terceiros”. Tinha-se a falsa impressão de que o seqüestro somente poderia ser requerido pelo síndico, mas a jurisprudência reconheceu a legitimidade dos outros que também poderiam interpor a ação revocatória.

Na Lei 11.101/2005, tem-se com relação ao seqüestro:

Art. 137. O juiz poderá, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros.

Segundo Trajano de Miranda Valverde:

Por se tratar de medida violenta, só é aconselhável quando as provas da fraude forem robustíssimas e houver probabilidade de o terceiro desviar os bens em seu

¹³² CLARO, op. cit., p. 112 (destacou-se). O excerto citado se insere nos comentários do inc. I do art. 129, que se aplica ao pagamento de dívidas *não vencidas* dentro do termo legal, portanto, não seria possível a compensação.

poder, ou quando o ato se enquadrar em qualquer das hipóteses do art. 52 [equivale ao art. 129 da Lei 11.101/2005]¹³³.

O requisito para a medida cautelar de seqüestro é o *periculum in mora*. “Possuindo a ação rito ordinário, fácil é imaginar-se sua longa tramitação, o que poderia fazer frustrar a recuperação, pela massa, dos bens indevidamente saídos do patrimônio do falido”¹³⁴.

Carlos Roberto Claro vai um pouco mais além ao defender que o seqüestro se presta a atingir não apenas bens da devedora em poder de terceiros, mas também bens imóveis em poder da massa. Neste contexto, o autor expõe:

[...] engendrada a manobra para beneficiar determinado credor (e prejudicar outros), este “consente” que o bem permanece em mãos do devedor (para tanto sendo elaborado documento jurídico que convesça a pretensão). Depois da sentença declaratória da falência, o bem permanece em poder da massa, (mas não formalmente arrecadado em poder do administrador, conforme nova nomenclatura da lei). Imperiosa é a medida cautelar de seqüestro urgente para assegurar a indisponibilidade do bem até a final solução da lide principal¹³⁵.

E nisso, conclui que a parte final do art. 137 da Lei 11.101/2005 (bens que estejam em poder de terceiros) deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica. Adverte que, mesmo que arrecadado o bem, pode ocorrer a necessidade de seqüestro, vez que se tratando de bem imóvel, a arrecadação só se aperfeiçoa com o cumprimento integral da lei, ou seja, com a averbação de tal ato no cartório imobiliário.

Ao seqüestro são aplicáveis os artigos 796 a 812 e 822 a 825 do CPC. Mas, se o bem for seqüestrado sem que esteja arrecadado, não é cabível embargos de terceiro (art. 93 da Lei 11.101/2005), porque a Lei de Falência pressupõe a arrecadação como requisito (art. 85 da Lei 11.101/2005). O terceiro contratante não pode intentar embargos de terceiro, porque é parte na relação processual originária (ação revocatória).

¹³³ VALVERDE, op. cit., p. 418.

¹³⁴ ABRÃO, *Da ação...*, p. 120.

¹³⁵ CLARO, op. cit., p. 177.

Segundo Nelson Abrão, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela na revocatória falimentar diluiu a medida de seqüestro, “[...] eis que no despacho inaugural poderá o juiz tornar a coisa indisponível e mesmo restituí-la à massa, quando observar o aspecto da plausibilidade do dano, movido mais pela tônica de salvaguardar os interesses dos credores”¹³⁶.

2.8 Antecipação dos efeitos da tutela

Adalberto Simão Filho escreveu sob a égide do Decreto-Lei, em que o art. 56, § 3º apenas autorizava o síndico a requerer a medida de seqüestro.

No entanto, autor fundamenta que ao síndico também é autorizado requerer antecipação dos efeitos da tutela na ação revocatória, porque se a Lei de Falência admite a utilização da lei processual civil e, se esta contém procedimento mais aperfeiçoado, cabe aplicar a lei processual civil.

Por isso, se houver *periculum in mora*, “[...] o credor quando objetivando defender os interesses da massa falida em substituição ao síndico, para efeitos de ação revocatória, poderá também pleitear a tutela Antecipada, desde que preenchidos os requisitos legais”¹³⁷.

Segundo Carlos Roberto Claro, na Lei 11.101/2005:

A bem da verdade, pode o juiz declarar a ineficácia de ofício, no próprio processo de falência ou em outra demanda, nos casos do art. 129 da nova lei de recuperação e falência de empresa. *Sendo desnecessário o ajuizamento da ação declaratória de ineficácia, há inexorável possibilidade de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela almejada (o que nem sempre ocorre em se falando em ação revocatória, amparada no art. 130, sendo igualmente possível a hipótese).* Muito embora o legislador, num primeiro momento tenha previsto de forma

¹³⁶ ABRÃO, Da Ação..., p. 121.

¹³⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. Tutela antecipatória e o procedimento falimentar. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, v. 10, n. 17, jul./dez., 1996, p. 142.

expressa a possibilidade de observância do art. 273 do Código do Processo Civil, a redação final encaminhada pelo Senado, e albergada pela Câmara Federal, retirou tal possibilidade. Malgrado a exclusão, o fato é que, na prática, os juízes, sempre com base no princípio da proporcionalidade, examinam a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela almejada, principalmente quando o caso é de ineficácia de ato. Portanto, em tais situações (as do art. 129), não há necessidade de propositura de ação tendente à declaração de ineficácia. O próprio texto legal estabelece que, no caso de ineficácia de ato, poderá ser declarada de ofício pelo juiz, conforme art. 129, parágrafo único, em qualquer processo¹³⁸.

São realmente fortes os argumentos do autor, pois, se o juiz pode declarar a ineficácia de ofício (art. 129, § único), com muito mais razão poderia antecipar os efeitos da tutela. Conhecido o aforismo jurídico: “quem pode o mais, pode o menos”. Isso porque a declaração de ofício implica cognição mais aprofundada ou plena (o mais) e a antecipação de tutela implica cognição sumária (o menos). Essa interpretação é possível porque o art. 189 da Lei 11.101/2005 é expresso em dispor que o Código de Processo Civil é aplicável.

Nelson Abrão explica que:

Por ser ordinário o rito procedimental da ação revocatória, portanto de prolongada tramitação, concedeu a lei a faculdade de poder o autor pedir, acautelatoriamente, o seqüestro de bens retirados do patrimônio do falido, tornando-se estes indisponíveis até o final julgamento. [...] E não é sem razão que na reforma do Código de Processo Civil, o legislador emprestou eficácia na concessão da tutela antecipatória que tem sua razão de ser no campo adequado à revocatória falimentar, fundamentalmente se estiverem presentes os seus pressupostos norteadores¹³⁹.

Quer isso significar que, mesmo havendo a medida acautelatória de seqüestro, é cabível a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela no curso da ação revocatória falimentar, embora seja mais difícil de ocorrer na modalidade do art. 130 da Lei 11.101/2005.

Além disso, há diferenças na natureza da medida cautelar e na antecipação de tutela, pois a primeira, seja preparatória ou incidental, tem caráter assecuratório, sua análise se dá em cognição mais superficial, tem caráter instrumental, é acessória da ação principal, provisória e pode, a qualquer tempo, ser revogada pelo juiz, eis que apenas assegura futuro direito. A

¹³⁸ CLARO, op. cit., p. 85-86, nota de rodapé nº 104 (negritos do original, itálico nosso).

¹³⁹ ABRÃO, Nelson. **Os credores na falência**. 2 ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão São Paulo: Universitária de Direito, 1998, p. 36.

antecipação de tutela atende ao direito, pois o antecipa. É, portanto, instrumental e preventiva para a própria demanda.

Releva destacar que o § 7º do art. 273 do CPC autorizou a fungibilidade entre a antecipação de tutela e a cautelar, então, se não se caracterizarem os dois requisitos para a tutela antecipada (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) ou se há risco da irreversibilidade do provimento, o juiz pode conceder a cautelar, com base no *periculum in mora*, se este estiver presente.

3 Ação Revocatória por Ineficácia de Ato

A ação revocatória por ineficácia de ato, de que trata o art. 129 da Lei 11.101/2005, é a *ação da massa de credores*, tem a finalidade de tornar sem efeitos atos específicos praticados pela falida ou pessoa com acesso à administração dos negócios, dentro de certo período de tempo e dentro de determinadas condições, expressamente listadas no dispositivo legal em referência.

Constatada qualquer das hipóteses do dispositivo legal em tela, pode o magistrado declarar a ineficácia do ato de ofício nos autos do processo em que se acha provado. Os bens objeto da ação de ineficácia podem ser arrecadados antes da decretação da falência, através da medida cautelar preventiva de seqüestro que assegura a futura execução para entrega da coisa.

Ainda, a ineficácia pode ser pleiteada pelo administrador judicial, pelo representante do Ministério Público ou por qualquer credor: em ação própria; em defesa, ou seja, toda vez que a massa tenha que atuar em juízo para contestar impugnação de créditos, pedidos de restituição, embargos de terceiros ou em qualquer ação que haja sido proposta em face da mesma, nos termos do parágrafo único do art. 129 da Lei 11.101/2005.

Não se questiona se os atos alinhados no art. 129 são nulos ou anuláveis, uma vez que são válidos em relação às partes contratantes, permanecem, ou não são passíveis de desconstituição entre as mesmas. Tanto que a falida ou os seus garantes devem responder para com terceiros de boa-fé por perdas e danos, o que é inócuo em relação à falida, dado o seu manifesto estado de insolvência (§ 2º do art. 138).

Todavia, em relação à massa falida, os atos descritos nos incisos do art. 129 são ineficazes, porque prejudiciais aos credores da falida pela diminuição do ativo. As hipóteses são taxativas e o objetivo é tutelar o crédito dos credores reunidos em concurso na falência, evitando que a devedora falida favoreça um ou outro credor, segundo sua conveniência.

Cumprе mencionar, nesse ponto, o pensamento de Eduardo Goulart Pimenta, que nos dá a noção do interesse público na tutela do crédito, na medida em que quanto mais eficaz a tutela do crédito, maior é o incentivo para que os credores financiem certa sociedade empresária:

Os atos elencados pelo art. 129 da Lei 11.101/2005 são exemplos de externalidades negativas na medida em que são praticados pelo falido antes da quebra e em conjunto com terceiros e são capazes de influir negativamente e de forma direta sobre a integralidade do patrimônio a ser rateado e, por consequência, sobre o interesse dos credores e na própria eficiência do mercado.

[...]

Quanto mais eficiente o combate a externalidades negativas como estas no curso do processo falimentar mais segurança terão os credores para financiar o devedor, uma vez que demonstrada estará a eficiência dos instrumentos destinados a zelar pela integralidade do patrimônio garantidor do pagamento¹⁴⁰.

Assegurar eficaz tutela do crédito também é segurança jurídica: segurança de que o direito do credor de receber está legalmente assegurado de forma eficaz: a ação revocatória por ineficácia de ato não se baseia em ilícito, em enriquecimento sem causa, em fraude ou em má-fé. Pouco importa a causa, os motivos ou a intenção das partes. Interessa apenas a natureza do ato e a data em que foi praticado. Em outras palavras, para a declaração de ineficácia do ato, ele deve caracterizar uma das hipóteses taxativas listadas no art. 129 da Lei 11.101/2005, que passaremos a estudar:

3.1 Pagamento de dívidas não vencidas

O pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título, é ineficaz perante a massa falida (art. 129, I).

Apesar da ineficácia objetiva, lembra Ricardo José Negrão Nogueira:

Alguns cuidados devem cercar a declaração de ineficácia, pois em certos casos o pagamento antecipado pode resultar em benefício da massa falida, conforme

¹⁴⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar. **Revista de direito público da economia**, v. 5, n. 19, jul./set., 2007, p. 18-19.

ensinam Trajano Valverde, Spencer Vampré e Carvalho de Mendonça, ao mencionarem que o crédito garantido por penhor, hipoteca, ou anticrese, porque, ocorrendo o pagamento integral, a liquidação antecipada libera a coisa oferecida aumentando o ativo¹⁴¹.

Daí a conclusão do autor de que a declaração de ineficácia deve ser feita quando for vantajoso para a massa¹⁴², o que significa observar o *eventus damni* ou o *efetivo prejuízo*, comumente mencionados para as situações de ineficácia subjetiva (art. 130) também nos casos de ineficácia objetiva (art. 129).

Entretanto, o pagamento feito por antecipação, ou seja, antes do vencimento, independente da natureza do crédito, se com garantia real ou quirografário, contraria o princípio da igualdade dos credores, porque exclui o credor beneficiado dos ônus¹⁴³ que os demais devem correr na falência.

3.2 Pagamento de dívidas vencidas

O pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato, é ineficaz perante a massa falida (art. 129, II).

O pagamento de uma dívida por outro meio que não o contratualmente previsto foi tido pelo legislador como uma forma de o devedor privilegiar um determinado credor, em detrimento dos demais, por não lhe restar outra forma de satisfazer a obrigação como originalmente avençado. Por isso, o legislador impõe a ineficácia em relação à massa, para que o valor pago,

¹⁴¹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

¹⁴² Além dos autores mencionados nesta citação, assim também TEPEDINO, Ricardo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 387 (o autor cria exemplo demonstrar essa tese).

¹⁴³ Os prováveis ônus dos credores podem ser: 1) contratação de advogado para habilitação do crédito; 2) sujeitar-se a possíveis impugnações do crédito; 3) aguardar a formação do quadro geral de credores e a etapa dos rateios.

ou o bem oferecido em dação em pagamento, retorne ao acervo da falida *em benefício* de todos os credores e da *par conditio creditorum*.

Comentando o inc. I, do art. 129, ou seja, o pagamento de *dívidas não vencidas*, Carlos Roberto Claro expõe: “*De salientar, por oportuno, que a dação em pagamento, a cessão ou a transferência de valores estão incluídos em tal inciso*”¹⁴⁴. Mas esses atos enumerados pelo autor, sob nosso ponto de vista, são também aplicáveis ao inciso II, ora em comento, porque no mesmo período de tempo (termo legal). A diferença entre o inciso I e o II é a dívida *não estar vencida* ou *estar vencida* ao tempo do pagamento.

No inciso I do art. 129, fala-se em pagamento “por qualquer meio extintivo do direito de crédito”, o que inclui o modo previsto no contrato e outros modos para a *dívida não vencida*. No inciso II do art. 129, fala-se em pagamento de *dívida vencida* “por qualquer forma que não seja a prevista em contrato”, ou seja, se paga a dívida por dação, cessão ou transferência de valores, não sendo uma dessas a modalidade que estava prevista no contrato para pagar a dívida vencida dentro do termo legal, plenamente aplicável o inc. II, do art. 129.

Por isso, poderia ser incluído ao trecho citado e sublinhado anteriormente: “[...] que a dação em pagamento, a cessão ou a transferência de valores, estão incluídos” *nos dois primeiros incisos do art. 129*.

Carlos Roberto Claro registrou nos *comentários ao inc. I, do art. 129*, a possibilidade de compensação, na forma do art. 122¹⁴⁵. Concordamos com o autor quanto à possibilidade de compensação dentro do termo legal, *mas no caso do inc. II, do art. 129*, porque, de acordo com o Código Civil: “Art. 369. A *compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas* e de coisas fungíveis” (destacou-se) e a hipótese de dívidas vencidas é a do art. 129, II.

Isso porque, se aplicado o art. 129, II à compensação de dívida, é verdade que com a ineficácia desse ato o valor pago ao credor pela falida volta para a massa, mas a massa permanece então devendo aquele credor... Essa possibilidade de ineficácia foi, na verdade, expressamente excluída pelo art. 122:

¹⁴⁴ CLARO, op. cit., p. 112 (destacou-se).

¹⁴⁵ CLARO, op. cit., p. 112.

Art. 122. Compensam-se, *com preferência sobre todos os demais credores*, as dívidas do devedor vencidas até o dia da decretação da falência, provenha o vencimento da sentença de falência ou não, obedecidos os requisitos da legislação civil.

Parágrafo único. Não se compensam:

I – os créditos transferidos após a decretação da falência, salvo em caso de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte; ou

II – os créditos, ainda que vencidos anteriormente, transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor ou cuja transferência se operou com fraude ou dolo (destacou-se).

A situação de *compensação legítima* de dívida dentro do termo legal está excluída da possibilidade de ineficácia perante a massa. O *caput* do artigo citado cria uma exceção ao princípio da *par conditio creditorum*, quando assegura *preferência sobre todos os demais credores*. Mas aqui não se trata de um credor igual aos outros. Trata-se de um credor com quem a falida ostentava reciprocamente a posição de devedora e credora.

A compensação, por expressa disposição do art. 122 prevalece e não é *objetivamente* ineficaz, mesmo tendo ocorrido dentro do termo legal, para dívida vencida (obviamente, senão, não se trataria de compensação) e sem haver a previsão contratual para a extinção da obrigação por meio da compensação, apesar da disposição do inc. II do art. 129.

No entanto, ainda seria possível tentar tornar ineficaz a compensação ilegítima, aquela que se realizou em conluio fraudulento e dentro do termo legal. Nesse caso, para torná-la ineficaz perante a massa, deve-se propor a ação prevista no art. 130 da Lei de Falência.

3.3 Constituição de direito real de garantia ou de retenção

É ineficaz em relação à massa a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada (art. 129, III).

O direito real de garantia conferido em momento posterior significaria a intenção do devedor de favorecer um determinado credor, pois, de acordo com o art. 1.419 do Código Civil: “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

E, de acordo com a Lei 11.101/2005, o próprio bem objeto da garantia real serve ao pagamento da obrigação dos juros (art. 124, § único) e os credores com garantia real são a segunda classe nos rateios, ficando atrás apenas dos créditos derivados da legislação do trabalho (art. 83).

De igual modo o direito de retenção que decorre de lei, a teor do disposto nos arts. 1.210, 1.433, II, e 319, todos do Código Civil, avençado após a constituição da obrigação principal e dentro do termo legal configura um favorecimento a determinado credor, que deve ser considerado ineficaz em relação à massa, pois, se o favorecimento fosse permitido, esvaziaria a massa e, por óbvio, por não se favorecer a todos, não se realizaria o tratamento igualitário dos credores.

3.4 Atos a título gratuito

Na falência, o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores. Dessa maneira, para tutela dos direitos creditórios, situação de interesse público, conforme já dissemos, torna-se ineficaz em relação à massa “a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência”, por força do inc. IV, do art. 129, da Lei 11.101/2005. “São atos gratuitos a doação, o comodato, o usufruto etc”¹⁴⁶.

Atos a título gratuito são os que importam transferência de direitos patrimoniais sem a respectiva contraprestação ao alienante. Exemplos: doação a título gratuito ou por mera liberalidade do devedor solidário, do administrador da falida ou do titular da empresa

¹⁴⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 190.

individual em favor de terceiro; constituição gratuita de usufruto, de servidões e outros direitos reais; cessão de créditos, sua remissão ou renúncia.

Com relação ao período de tempo em que o ato foi realizado, para ser alcançado com a declaração de ineficácia, pode parecer que o período de tempo aqui foi aumentado para *dois anos*, pois se recorda que o dispositivo que trata do termo legal menciona *até noventa dias*. Esse é um pensamento quase automático, mas não verdadeiro¹⁴⁷, porque os até noventa dias do termo legal são contados do primeiro protesto válido por falta de pagamento, que pode ter ocorrido em tempo mais remoto¹⁴⁸, o que faz com que o período do termo legal seja maior do que dois anos da decretação de falência. Isso foi apenas uma observação.

Outra observação é que se o ato a título gratuito foi praticado mais remotamente do que nos dois anos, não se compreendendo na hipótese do art. 129, IV, mas ainda dentro do período de tempo do termo legal, pode-se tentar lhe declarar a ineficácia com a propositura da ação revocatória do art. 130, desde que presentes os seus requisitos¹⁴⁹.

3.5 Renúncia a herança ou legado

É ineficaz perante à massa falida a renúncia à herança ou ao legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência (art. 129, V) pelo devedor solidário, administrador da falida ou titular da empresa individual.

A renúncia à herança que decorre de sucessão, ou legado que existe em função de testamento, participa da noção de ato gratuito, implica em diminuição do ativo da devedora, em

¹⁴⁷ Observa-se que incorreu nesse engano Carlos Roberto Claro, ao comentar o art. 129, V: “Aqui mais uma hipótese em que o legislador ampliou, por mera ficção legal, o prazo para rever o ato do devedor” (CLARO, op. cit., p. 115, grifou-se).

¹⁴⁸ Ou então, nem precisaríamos ir tão longe: se o primeiro protesto por falta de pagamento foi exatos dois anos antes da decretação da falência. Só por aí, sabendo-se que o termo legal será fixado pelo juiz por até noventa dias antes desse protesto, tem-se que o termo legal pode ser maior que os dois anos.

¹⁴⁹ Cf. nosso *4 Ação Revocatória por Revogação de Ato*.

consequência, transgredir o princípio segundo o qual o patrimônio desta constitui a garantia de seus credores.

A empresa individual e a sociedade empresária, que se sujeitam ao instituto da falência, são entes econômicos. Na verdade, aqueles que poderiam renunciar à herança ou ao legado são o administrador e o sócio solidário da sociedade empresária, ou ainda, o titular da empresa individual, que são alcançados pelos efeitos da sentença que decreta a falência.

O administrador judicial ou os demais legitimados para a ação revocatória pode intervir no processo de inventário, como se tal renúncia não houvesse ocorrido, e requerer o que for a bem da defesa da massa falida. Se a renúncia já produziu efeitos em relação aos outros herdeiros, cabe a ação revocatória por ineficácia de ato, com a citação dos herdeiros e de todos os beneficiados com a renúncia.

Sobre a renúncia a herança ou legado, assim se posicionou Luiz Tzirulnik:

[...] o artigo 1.813 do Código Civil prescreve que, poderão eles (os credores), com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante (o devedor)” E ainda: “A habilitação dos credores se fará no prazo de 30 (trinta) dias seguintes ao conhecimento do fato” e, “pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros”¹⁵⁰.

Esse dispositivo do Código Civil visa tutelar o direito dos credores, pois uma maneira de colocar a herança *a salvo* de quitar as dívidas do herdeiro, seria renunciar a ela. Assim, os bens se transmitiriam a quem não seria afetado pela falência (os outros herdeiros). Encerrada a falência e passado o prazo estabelecido para a extinção das obrigações (art. 158, III ou IV, dependendo do caso), os bens seriam transferidos ao herdeiro renunciante. É essa lesão aos credores em concurso na falência que o art. 129, V, pretende evitar.

¹⁵⁰ TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7 ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 197.

3.6 Venda ou transferência de estabelecimento

É ineficaz em relação à massa a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos (art. 129, VI).

No inciso em comento, a Lei de Falência não fixou o prazo em que os atos podem ser alcançáveis pela declaração de ineficácia. Com uma pequena diferença de redação, a disposição que havia no Decreto-Lei 7.661/1945, no art. 52, inc. VII foi repetida. Com base na disposição do Decreto-Lei, assim se pronunciou Yussef Said Cahali:

Retroagir a ineficácia do ato de disposição a que se refere o inc. VIII do art. 52 da LF para a época remotamente indefinida, no pressuposto de que àquela data existia, entre os habilitados, um credor então insatisfeito, afrontaria sem dúvida a segurança das relações negociais; ao mesmo tempo em que se estaria concedendo ao síndico e aos credores posteriores legitimidade para a ação revocatória de atos não necessariamente vinculados à insolvência falencial¹⁵¹.

A conclusão de Yussef Said Cahali é que a venda ou transferência de estabelecimento é ineficaz se realizada dentro do termo legal. Para Jayme Leonel, Pontes de Miranda e Carlos Roberto Claro não há que se falar na limitação de tempo do termo legal¹⁵².

O art. 129, VI, dispõe sobre estabelecimento e este, segundo o art. 1.142 do Código Civil, é “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. No art. 1.145 do Código Civil: “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”.

¹⁵¹ CAHALI, op. cit., p. 791.

¹⁵² CLARO, op. cit., p. 116-117.

Note-se a semelhança da disposição do Código Civil com o inc. VI do art. 129, da Lei 11.101/2005. A interpretação *a contrario sensu* do inciso VI nos leva a entender que notificados os credores (credores àquele tempo, pois não seria razoável “adivinhar” os credores futuros), se dentro do prazo de 30 dias esses credores não se opuserem à venda ou transferência do estabelecimento, tem-se o consentimento tácito do art. 1.145 do Código Civil e o ato não pode depois, por ocasião da falência, ser declarado ineficaz em relação à massa objetivamente, com base no art. 129, VI.

Isso significa que o ato permanece eficaz mesmo “não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo”, porque foi dada a oportunidade de os credores se manifestarem, na forma da Lei (civil e falimentar, nesse caso).

A solução da Lei de Falência tem muita lógica, vez que é o patrimônio do devedor que responde por suas dívidas¹⁵³ e, por essa razão, os credores preocupam-se com a destinação que o devedor dá a seu patrimônio e a interpretação que fizemos se harmoniza com os artigos do Código Civil, que tratam do trespasse de estabelecimento.

Para se ter a dita *segurança nas relações negociais* (expressão de Yussef Said Cahali), a Lei Civil e a Lei de Falência propõem a solução de notificar os credores¹⁵⁴.

Notificados os credores, na forma do inc. VI, do art. 129, e não havendo oposição, o ato não poderia ser depois da decretação da falência considerado *objetivamente ineficaz*, mas se o ato que se pretende tornar ineficaz foi praticado dentro do termo legal e estiverem preenchidos os requisitos do art. 130 da Lei 11.101/2005, resta essa possibilidade, de exigência probatória acentuada.

¹⁵³ A responsabilidade patrimonial pelas dívidas é princípio consagrado não só no Direito Falimentar, mas também no Direito Civil (Código Civil: “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”) e no Direito Processual Civil (CPC: “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”).

¹⁵⁴ Tanto a empresa que aliena quanto a que adquire o estabelecimento têm que se cercar de cautelas, conhecendo, inclusive, a peculiaridade do trespasse de estabelecimento, de acordo com o Código Civil e com a Lei de Falência. Acrescentamos que o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

3.7 Registros de transferência de propriedade e anotações imobiliárias

Consideram-se ineficazes em relação à massa 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 da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior (art. 129, VII).

Ricardo Nogueira pontua a seguinte distinção: “A hipótese aqui não é a de transferência de propriedade após o decreto falimentar que, neste caso é nula, mas a ineficácia dos atos de registro imobiliário ocorridos depois do decreto falimentar”¹⁵⁵. Todavia, a propriedade de bens imóveis ou de veículos se transmite com o registro, por isso, torna-se complicado alcançar o raciocínio do autor.

Conforme os ensinamentos de Luiz Tzirulnik:

Este inciso VII do art. 129 da lei falimentar está coerente com a Lei de Registros Públicos, segundo a qual “são nulos os registros efetuados após sentença de abertura de falência, ou do termo legal nela fixado, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente” (art. 215).

De fato, a lei falimentar também ressalva da ineficácia do ato praticado aqueles [sic] que tiverem tido prenotação anterior, os quais permanecerão eficazes. Por outro lado, refere-se a atos praticados depois da decretação da falência, enquanto a Lei de Registros Públicos se refere também a atos praticados no termo legal determinado em sentença que decreta a falência.

Embora a lei falimentar seja clara quanto ao prazo de realização dos atos para que sejam ineficazes (depois da decretação da falência), há juízo que poderá entendê-lo retroativo ao termo da falência¹⁵⁶.

Quando Luiz Tzirulnik registra que o art. 129, VII está coerente com a Lei de Registros Públicos, ele provavelmente deixou de observar que a Lei de Registros Públicos declara nulos os atos de registro também no termo legal, e talvez o autor não difira a *ineficácia relativa à massa de nulidade*.

¹⁵⁵ NOGUEIRA. *Aspectos...*, p. 144.

¹⁵⁶ TZIRULNIK, op. cit., p. 198.

Entretanto, fazendo-se a aludida diferenciação, a Lei de Registros Públicos (art. 215, da Lei 6.015/1973) possui hipótese mais severa do que a própria Lei de Falência (art. 129, VII). A *situação-problema* é a seguinte: a lei específica para Registro Público considera *nulo* o registro após a sentença de falência e no termo legal. Já a lei específica para falências considera *ineficaz em relação à massa* os atos registrados após a falência, se não tiverem tido prenotação anterior.

Prevalece a lei especial para falências, de acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 241.319/RJ (j. 06.06.2002)¹⁵⁷. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça afiançou que a Lei de Registros Públicos (do ano de 1973) não revogou o Decreto-Lei 7.661/1945, cujo art. 52, VII era semelhante ao atual art. 129, VII, da Lei 11.101/1945. No julgado, consignou-se que o ato de registro dentro do termo legal, mas antes da sentença decretatória de falência, é eficaz.

3.8 Exceções à declaração de ineficácia de ato

As exceções à declaração de ineficácia de ato estão previstas no artigo 131 e no parágrafo primeiro do art. 136 da Lei 11.101/2005 e se referem a atos utilizados como meio de recuperação da empresa individual ou da sociedade empresária e a realização da operação de securitização de créditos.

Dispõe o art. 131:

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.

¹⁵⁷ CLARO, op. cit., p. 121.

Quadra mencionar que há autores que dizem que o artigo acima reproduzido está *deslocado* e deveria ser um parágrafo do art. 129. Deixamos em segundo plano essa questão de técnica legislativa, para dizer que, quanto ao conteúdo em si, o dispositivo acima transcrito não passou ileso à leitura crítica de Manoel de Queiroz Pereira Calças, que assim se manifestou:

Trata-se de dispositivo mal redigido que deverá ser interpretado de forma sistemática, para evitar que *atos fraudulentos praticados pelo devedor*, especialmente no caso de ineficácia objetiva, possam causar prejuízos à massa falida.

Assim, mesmo que o ato esteja previsto no plano de recuperação judicial, caso ele seja praticado e, posteriormente, haja convolação da recuperação judicial em falência, constatando-se que o ato foi praticado com *intenção de prejudicar credores* e em virtude de *conluio fraudulento* entre o devedor e o terceiro, o *ato poderá ser revogado* na via da ação revocatória¹⁵⁸.

O autor dá a entender com as expressões: “atos fraudulentos praticados pelo devedor”, “intenção de prejudicar credores”, “conluio fraudulento” e “ato poderá ser revogado”, que a ação adequada para tal intento é a do art. 130 da Lei 11.101/2005. Para o autor, os atos excetuados pelo art. 131 são passíveis de serem revogados se preenchidos os requisitos do art. 130 da Lei 11.101/2005.

No que tange à securitização de créditos, a exceção à declaração de ineficácia ou revogação de ato encontra-se prescrita no § 1º do art. 136 da mesma Lei: “§ 1º Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador”.

Ressalvadas as hipóteses legais (art. 286 e 1.749, III, do Código Civil), a cessão de créditos é permitida, embora seja relevante observar as situações de ineficácia perante terceiros (art. 288, CC) se a cessão não se celebrar mediante instrumento público ou particular, este último, com os requisitos do art. 654, § 1º, do Código Civil.

Por interpretação das hipóteses de ineficácia, se a cessão é gratuita e dentro dos dois anos da decretação da falência, poderia ser o ato tipificado no art. 129, IV. Se realizada dentro do

¹⁵⁸ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Da ineficácia e da revogação dos atos praticados antes da falência. **Revista do Advogado**, v. 25, n. 83, set., 2005, p. 95 (destacou-se).

termo legal a preço vil, ou por preços que não seriam os normais nas práticas de mercado para cessão de créditos, então poderia se pensar na hipótese de *conluio fraudulento* do art. 130 da Lei 11.101/2005¹⁵⁹.

Observe-se que nos dois parágrafos anteriores mencionou-se *cessão de créditos* e foi feita a sua contextualização para a ineficácia e revogação, cuja exceção está na *securitização de créditos*, conforme expresso no § 1º, do art. 131 da Lei 11.101/2005.

Gladston Mamede conceitua securitização nos seguintes termos:

“[...] uma operação por meio da qual separa-se um patrimônio específico (podendo incluir, ou não, a cessão para uma pessoa jurídica distinta), com a emissão, no mercado mobiliário, de títulos lastreados neste patrimônio segregado. Portanto, mobilizam-se ativos – presentes ou futuros (como os chamados recebíveis, a exemplo dos títulos de crédito com vencimento futuro) – permitindo diluir riscos e, ademais, desintermediar o processo de financiamento por meio do mercado mobiliário¹⁶⁰.”

O mesmo autor explica que a preocupação do legislador, manifestada no § 1º do art. 136, foi no sentido de proteger o mercado mobiliário, evitando que terceiros que adquirem títulos de securitização sejam atingidos pela declaração de ineficácia, para não se criar o descrédito nas operações de securitização. Mais uma vez presente o interesse público na tutela do crédito e proteção a mercado e economia.

Mas Gladston Mamede deixa claro que somente poderá haver revogação “[...] se comprovado que os investidores que detêm os títulos emitidos participaram do *concilium fraudis*, incluindo a hipótese de terem inequívoco conhecimento da fraude perpetrada em sua emissão”¹⁶¹.

Já Ricardo Tepedino, explica que entre o primitivo titular dos créditos cedidos (que não necessariamente será um banco) e os investidores que adquirem esses valores mobiliários existe uma empresa de *securitização*. Por isso, conclui:

¹⁵⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 340.

¹⁶⁰ MAMEDE, op.cit., p. 540.

¹⁶¹ MAMEDE, op. cit., p. 540-541.

A interpretação que me parece acertada é a seguinte: se houve um *conluio fraudulento* entre o falido e o *securitizador*, não se poderá retirar a eficácia da cessão dos créditos que lastrearem a emissão dos títulos, sem prejuízo de se exigir a reparação deste último. Se, no entanto, da fraude participaram também os investidores, a alienação dos créditos deverá cair sob o golpe da revocatória. Tome-se um exemplo: uma rede de varejo *securitiza* uma carteira de crédito direto ao consumidor (CDC), emitindo títulos por um preço absurdamente vantajoso, e, sem a participação da *securitizadora*, faz com que testas-de-ferro subscrevam esses valores mobiliários. Obviamente essa 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 senso¹⁶².

Diante disso, Ricardo Tepedino, além de entender possível aferir o *conluio fraudulento* na relação entre falida e securitizadora, com ciência dos investidores, como Gladston Mamede, visualiza a hipótese em que os investidores estão de boa-fé, por isso, devem ser ressarcidos ao se tornar o ato de cessão ineficaz.

Para Ricardo Tepedino, se na relação entre a falida e a securitizadora há *conluio fraudulento*, o ato de cessão poderá ser revogado, sendo imputada a responsabilidade de a securitizadora ressarcir aos terceiros investidores que adquiram esses valores mobiliários em que houve fraude na constituição de seu lastro ou garantia.

Afora as previsões do art. 131 e do parágrafo único do art. 136, largamente tratadas na doutrina ao se comentar sobre exceções à declaração de ineficácia, pode-se acrescentar como exceção o ato de *compensação*¹⁶³, ainda que seja forma de extinção de *dívida vencida no termo legal* (art. 129, II), não prevista no plano de recuperação judicial (art. 131), porque a disposição do art. 122 impede que seja tornada ineficaz.

¹⁶² TEPEDINO. In: TOLEDO; ABRÃO, op. cit., p. 410-411 (itálico do original).

¹⁶³ Sobre compensação, vide nosso 3.2 *Pagamento de dívidas vencidas*.

4 Ação Revocatória por Revogação de Ato

A ação revocatória por revogação de ato está prevista nos seguintes termos:

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.

Trata-se de uma *ação da massa de credores*, na qual se retira a força dos atos em relação à massa por revogação de ato, mediante ação autônoma ou incidente no juízo da falência pelo administrador judicial, por qualquer credor, ainda que retardatário, ou pelo representante do Ministério Público.

No caso de ação não proposta pelo administrador judicial, o legitimado que a propuser deverá pedir, além da citação do réu, a intimação do administrador judicial, para que este alegue o que achar conveniente.

O art. 130 da Lei 11.101/2005 abarca atos genéricos, mesmo porque o legislador não poderia prever todas as hipóteses de fraude, simulação, má-fé ou que geram prejuízo para a massa. É uma ação revocatória que exige que o requerente prove a intenção de fraudar credores; ainda, o conluio entre a devedora falida e os que legitimados passivos elencados nos incisos do art. 133.

Assim, incumbe ao autor da revocatória do art. 130 provar o conluio entre o administrador ou pessoa que tem acesso à administração da empresa individual ou sociedade empresária, pois a entidade empresarial atua por intermédio da pessoa natural que a administra.

4.1 Impossibilidade de declaração de ineficácia *ex officio*

O art. 130 não enumera os atos tidos como revogáveis em relação à massa, mas apregoa os requisitos *intenção de prejudicar credores, conluio fraudulento e efetivo prejuízo sofrido pela massa* para os aplicadores da norma.

Em virtude desses requisitos, ao ser procedente o pedido de revogação veiculado por meio da ação do art. 130, quando as partes retornam ao estado anterior, pergunta-se: há a restituição de bens ou valores ao *contratante de boa-fé*, na forma do *caput* do art. 136, uma vez que a ação se funda na prova do *conluio fraudulento*?

Gladston Mamede tece os seguintes comentários:

A norma é estranha no alusivo à ação revocatória, na medida em que o artigo 130 define como revogáveis os *atos praticados com a intenção de prejudicar credores, em conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro*, levando a efetivo prejuízo pela massa falida; tal conjunto certamente não é compatível com a idéia de boa-fé.

[...]

Em oposição, aferida a existência de comportamento de má-fé por parte do terceiro, como no *concilium fraudis*, não haverá direito à restituição em dinheiro, ainda que haja declaração de ineficácia. A massa, todavia, não pode se enriquecer ilicitamente em face dos valores que tenham sido desembolsados pelo terceiro e lhe transferidos. A má-fé tem por sanção a revogação, não a expropriação dos valores em favor da massa. A solução será mandar inscrever o respectivo valor como crédito no quadro geral de credores¹⁶⁴.

A ação revocatória visa tornar sem efeitos relativamente à massa atos praticados pela falida, antes da decretação da falência, com fraude da devedora, intenção de prejudicar credores, com fraude da devedora e do terceiro. O ato subsiste entre as partes e terceiros não prejudicados, sendo ineficaz em relação à massa. A ineficácia de um ato pode decorrer da Lei (é o caso do art. 129) ou da revogação (art. 130).

De acordo com o *caput* do art. 136, da Lei 11.101/2005, reconhecida a ineficácia do ato, tudo deve ser colocado no estado anterior ao mesmo. Por conseguinte, o terceiro contratante, que figura no pólo passivo da ação, deverá restituir à massa os bens (termo genérico que

¹⁶⁴ MAMEDE, op. cit., p. 539-540.

compreende coisas, valores, direitos materiais ou imateriais, títulos) com os frutos, produtos, benfeitorias e rendimentos. Se isto não for possível, porque a coisa não mais existe, p. ex., tudo se resolve em indenização por perdas e danos.

Para evitar o enriquecimento sem causa, da mesma forma como ocorre para a ação revocatória do art. 129, a massa deverá restituir ao terceiro aquilo que ele prestou, como dívida da massa (art. 84 da Lei 11.101/2005).

O caso concreto proposto com base no art. 130 da Lei 11.101/2005 reclama forte empenho do autor quanto às provas, principalmente da intenção de prejudicar credores, por isso essa ação é também chamada de revocatória subjetiva, ou declaração de ineficácia subjetiva, em oposição à objetividade da enumeração taxativa do art. 129 da Lei 11.101/2005.

Fábio Ulhoa Coelho lembra que a necessidade de interposição de “[...] ação revocatória é exigida apenas na declaração de ineficácia subjetiva”¹⁶⁵. A necessidade de ação própria e de dilação probatória são características impeditivas de que a declaração de ineficácia seja feita de ofício pelo juiz.

4.2 Intenção de prejudicar credores e conluio fraudulento

Nem todo ato praticado pela falida antes da decretação da falência é ineficaz, por isso, não se pode estabelecer uma regra geral da seguinte forma: “todo ato praticado antes da falência é ineficaz”. A manutenção da eficácia dos atos é essencial para a segurança jurídica das relações empresariais e o ideal é que a ineficácia seja a exceção, não a regra.

Por isso, além das poucas hipóteses taxativas do art. 129 da Lei 11.101/2005, no intuito de tutelar o direito de terceiros, que eventualmente possam ser lesados por um ato fraudulento da devedora, a lei falimentar estabelece a hipótese da ação revocatória subjetiva: tem-se que provar a *intenção de prejudicar credores*, que não precisa ser a intenção deliberada (*animus*

nocendi), mas pode ser a simples consciência de produzir o dano, ou seja, consciência de que o ato lhe diminui o patrimônio e com isso frustra expectativas dos credores de receberem seus créditos.

Difícilmente se convenceria o Magistrado de que a *intenção de prejudicar credores* possa ter existido, sem as provas adequadas. Como produzir a prova do chamado *animus nocendi*, se ao tempo de uma disposição de patrimônio, em que a devedora não era insolvente e/ou não foi por tal ato levada à insolvência? Nada mais seria do que uma transação comercial normal. Por isso é preciso ter em mente que também ao art. 130 da Lei 11.101/2005 se aplica a possibilidade de revogar atos *dentro de termo legal*, que é objetivamente fixado na sentença que decreta a falência.

Como bem lembrou Ricardo Tepedino:

[...] não permite a conclusão de que se possa subtrair a eficácia de um ato com base em esquilidos indícios, ou presunções cerebrinas, especialmente se se cuidar daquela absurda presunção segundo a qual todo empresário é desonesto – que, diga-se sem rodeios, apesar de não ser enunciada publicamente, parece seduzir muitos hoje em dia [...]¹⁶⁵

Eduardo Goulart Pimenta explica que a *segurança jurídica*, necessária para os que transacionam com empresários e a *obrigação de evitar que prevaleçam atos fraudulentos* do falido contra seus credores são fundamentos da *fraudulent conveyance doctrine*:

A *fraudulent conveyance doctrine* busca especialmente revogar os atos pelos quais o devedor falido alienou seus bens antes da quebra por quantias que não representavam um razoável valor de mercado. Busca-se aumentar a capacidade de pagamento do devedor e garantir a ineficácia de contratos que por outro meio não poderiam ser atacados.

O fundamento da revogação está não na constatação da intenção fraudulenta das partes mas na verificação de que a transferência de bens empreendida pelo devedor-falido se deu por valores significativamente abaixo dos praticados no mercado¹⁶⁶.

¹⁶⁵ COELHO, *Comentários...*, p. 351.

¹⁶⁶ TOLEDO; ABRÃO (Coord.), op. cit., p. 401-402.

Essa orientação, embora se refira à fraude (“doutrina da conveniência fraudulenta”) é *hipótese objetiva*, relacionada à alienação por preço vil. Não adotada, dessa forma, na legislação brasileira, que continua fazendo a *análise subjetiva* de circunstâncias que levam a se presumir a fraude.

Em doutrina, a enumeração das circunstâncias em que presume ter havido fraude, segundo Luiz Tzirulnik, é:

- a) a clandestinidade do ato;
- b) a continuação dos bens alienados na posse do devedor, quando, segundo a natureza do ato, são transferidos para terceiro;
- c) falta de causa do ato ou do contrato.
- d) parentesco entre o devedor e o terceiro;
- e) preço vil;
- f) proximidade da falência;
- g) alienação de todos os bens;
- h) multiplicidade de atos praticados para encobrir a verdade;
- i) compra de bens por quem não está na livre administração de seus bens e viva de simples mensalidade ou renda afim¹⁶⁸.

Presume-se e não se pode exigir a *certeza absoluta*, porque provar a intenção da falida, o seu elemento subjetivo, seria uma *prova diabólica*, pois impossível provar objetivamente o que se passou na mente da devedora falida (leia-se: na mente do administrador ou da pessoa que tem acesso à administração da entidade empresarial). O que se consegue é delimitar circunstâncias tais que conduzem à externalidade de fraude e conluio fraudulento.

Para configuração da hipótese do art. 130 da Lei 11.101/2005, conforme exposto por Ricardo José Negrão Nogueira¹⁶⁹, há os que entendem que basta o simples conhecimento de que o ato possa causar prejuízo aos credores, como Pontes de Miranda e José da Silva Pacheco. Há os que entendem haver distinção entre as condutas da devedora falida (intenção de prejudicar) e do terceiro que com ela contrata (ciência dessa vontade). Estão nesse grupo Miranda Valverde e Rubens Requião.

¹⁶⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar. **Revista de direito público da economia**, v.5, n. 19, jul./set., 2007, p. 27 (itálico nosso no segundo parágrafo).

¹⁶⁸ TZIRULNIK, op. cit., p. 199.

¹⁶⁹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência. PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 506-507.

4.3 Outras formas de oponibilidade da ineficácia do ato

Na Lei 11.101/2005, art. 129, parágrafo único, tem-se: “A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo”.

Isso implica dizer que além da propositura da ação revocatória pelos legitimados, pode haver a declaração de ineficácia de ofício pelo juiz (e aqui se trata das hipóteses do art. 129, da Lei 11.101/2005, que não dependem de ampla instrução probatória), alegada em defesa (como o representante da massa é o administrador judicial, ele é quem pode agir nessa situação).

Se há propositura de embargos de terceiro, em razão da arrecadação de bem que não seria da falida, o administrador, representando a massa, pode alegar a ineficácia do ato de transferência do bem a esse terceiro na defesa aos embargos.

Se alguém se apresenta como credor da falida, habilitando seu crédito nos termos do art. 9º ou do art. 10º, da Lei 11.101/2005, a alegação de ineficácia ou revogação de ato pode ser pedida por qualquer credor, na *revisão de crédito* nos termos do art. 19 da Lei 11.101/2005.

Com efeito, a *revisão de crédito* do art. 19 se aplica para:

a) excluir credores, ilegítima ou indevidamente incluídos; b) classificar corretamente credores que sem fundamento legal obtiveram uma classe a que seus títulos não davam direitos; c) retificar os créditos verificados. Contudo, em qualquer dessas hipóteses, insta ter havido descoberta de: a) falsidade; b) dolo; c) simulação; d) fraude; e) erro essencial; f) documentos ignorados à época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores¹⁷⁰.

¹⁷⁰ PACHECO, **Processo de Recuperação...**, p. 65.

Comparando a ação de revisão com a ação revocatória, assim se pronunciou J. X. Carvalho de Mendonça:

Essas duas ações, se bem que, em muitos casos, se equivalham, são remédios judiciais que visam dar caça persistente à fraude, ao dolo, à ilegalidade, de modo a se manter constantemente nas falências a *par conditio creditorum*, base do instituto. [...]

Na ação revocatória alveja-se especialmente o *ato jurídico de disposição prejudicial à massa, realizado antes da declaração da falência*, e por isso, são réus os terceiros que por efeito desse ato foram pagos, garantidos ou beneficiados, façam ou não parte da massa creditória [...]; na ação de revisão ataca-se diretamente o *credor admitido na massa* ou *graduado indevidamente*, para que seja excluído da associação creditória ou *classificado* no posto que a lei determina.

Na ação revocatória a prova dos fatos alegados pode ser conhecida na época da verificação; na ação de revisão é essencial que essa prova seja conhecida, ou achada, ou preparada depois da verificação¹⁷¹.

Sabendo-se que a ineficácia ou revogação do ato pode ser pedida por qualquer credor, impugnando esse crédito, nos termos do art. 19 da Lei 11.101/2005, o sistema demonstra que é coerente, porque: “[...] a impugnação no processo de verificação pode ter fundamento na ilegitimidade do crédito, e nada mais ilegítimo do que um crédito fundado em ato que a lei declara ineficaz relativamente à massa”¹⁷².

Tratando-se de ação de execução que não se suspende com a decretação da falência e que tramita em outro juízo, se esgotados os prazos para o administrador judicial excepcionar, contestar ou embargar, quando poderia alegar a ineficácia de ato, nos termos do parágrafo único do art. 129, resta-lhe ainda a opção de propor originariamente a ação revocatória.

A regra do parágrafo único do art. 129 é mera faculdade, se não exercida, prevalece a regra geral de interposição originária da ação revocatória falimentar, mas se for exercida essa faculdade e a ineficácia do ato for rechaçada em sentença, ocorre a preclusão¹⁷³ da alegação de ineficácia daquele ato, logo, não é plausível que os legitimados proponham ação revocatória com o mesmo objeto.

¹⁷¹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Pareceres e falência**. Sorocaba, SP: Minelli, 2006. v. I, p. 367-369 (itálico do original).

¹⁷² CAHALI, op. cit., p. 871.

¹⁷³ A preclusão é essencial para que o processo avance, evitando a que a qualquer tempo possam ser reiniciadas discussões já encerradas e decididas, cf. nosso g) *Princípio do impulso oficial*.

4.4 Ineficácia, revogação e coisa julgada

O artigo 138 da Lei 11.101/2005 estabelece:

Art. 138. O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, observado o disposto no art. 131 desta Lei.
Parágrafo único. Revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou.

Disposição semelhante continha o art. 58 do revogado Decreto-Lei 7.661/1945¹⁷⁴. Destarte, a existência de coisa julgada não constitui impedimento à ação revocatória por ineficácia de ato e por revogação de ato, pois à lei é indiferente a forma de que se revista o ato. Exceto as hipóteses legais de atos ineficazes previstas no art. 129, incs. I a III e VI, da Lei 11.101/2005, que não são suscetíveis de ineficácia e nem de revogação, quando previstas e realizadas na forma definida no plano de recuperação judicial ou extrajudicial.

De maneira que, por exemplo, se a devedora falida efetuou o pagamento de dívidas não vencidas, dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito (art. 129, I), o ato não tem eficácia em relação à massa, ainda que tivesse havido sentença anterior, penhora, transação ou arresto.

Ou ainda, se em reclamação trabalhista anterior à decretação da falência, movida pelo empregado em face da empresa individual ou sociedade empresária falida, formam penhoradas máquinas na execução para pagamento dos salários atrasados, as máquinas devem ser restituídas ao patrimônio da massa falida.

¹⁷⁴ No Decreto-Lei 7.661/1945 tinha-se: “Art. 58. A revogação do ato pode ser decretada, embora para celebração dêle houvesse precedido sentença executória, ou fôsse consequência de transação ou de medida asseguratória para garantia da dívida ou seu pagamento. Revogado o ato, ficará rescindida a sentença que o motivou”.

E, se em processo anterior à decretação da falência houve uma ação simulada, na qual a devedora falida não se defendeu a contento, com o fim de desviar bens em conluio com terceiras pessoas e prejudicar credores (art. 130), sem que o Magistrado percebesse a simulação, mesmo porque não havia quem a argüísse, o ato é passível de revogação. Nesse caso, é necessário que se prove a fraude da devedora e dos terceiros em prejuízo do ativo da massa. “Claro é que daí resulta um misto de ação revocatória com rescisória de sentença (art. 485, III, [do CPC]). Claro é que, nesse caso, revogado o ato, ficará rescindida a sentença que o motivou”¹⁷⁵.

O autor Nelson Abrão assim se manifesta sobre os efeitos da ação revocatória: “[...] a intersubjetividade analisada de forma pretérita não interfere ou influencia no deslinde da revocatória, para a preservação da ‘*par condicio creditorum*’, e na eliminação das mazelas geradas às vésperas da abertura do procedimento concursal”¹⁷⁶.

Entretanto, a aplicabilidade do dispositivo pressupõe que a ineficácia do ato não tenha sido questionada na ação ou na execução que originou a sentença (ou seja, não tenha sido exercida a faculdade do § único do art. 129 da Lei 11.101/2005).

Do contrário, haveria uma contradição no sistema, pois seria possível rediscutir algo já decidido (preclusão). Se a sentença anterior rechaçou a alegação de ineficácia ou de revogação, seria o caso de ação rescisória (arts. 485 a 495, do CPC), se presentes os seus requisitos, mas não seria o caso de ação revocatória falimentar.

Se houve sentença que permitiu a prática de determinado ato e não houve naquela relação processual a alegação de ineficácia perante a massa, seja porque ainda não havia sido decretada a falência, seja porque decretada, não se utilizou a faculdade do § único do art. 129 (por já ter se passado o momento processual naquele processo ou por opção do administrador judicial). Então, cabível a excepcional situação descrita no art. 138 da Lei 11.101/2005, em que a ação revocatória é proposta visando tornar ineficaz em relação à massa, mesmo que haja coisa julgada.

¹⁷⁵ PACHECO, **Processo de falência...**, p. 363.

¹⁷⁶ ABRÃO, ***Da ação...***, p. 136 (itálico do original).

A lei falimentar se sobrepõe à outra sentença, por expressa determinação do art. 138 da Lei de Falência (lei especial), que, no mais, não fere a coisa julgada porque não “rescinde” a outra sentença, mas torna o ato ineficaz em relação à massa.

Gladston Mamede esclarece que a norma precisa ser vista com cautela, porque deve haver *prova de fraude*, sob pena de “esvaziamento dos feitos executivos anteriores à decretação da falência”. Segundo ele:

[...] só um apostador, desejando colher vantagens financeiras extremadas pelo risco da declaração de ineficácia, se apresentaria à praça de bens de devedores passíveis de terem sua falência decretada, o que trabalharia contra todos: credor, devedor, empresa e Judiciário¹⁷⁷.

Nelson Abrão adverte que há “[...] presunção ‘*juris et de jure*’¹⁷⁸ de simulação praticada pelo devedor e terceiro, que não produz efeito quanto à massa, embora sancionada por decisão judicial”¹⁷⁹. Carlos Roberto Claro repete o ensinamento¹⁸⁰ e, do mesmo modo que o primeiro autor, cita Pontes de Miranda, no trecho a seguir:

O que a nova sentença faz é declarar a ineficácia relativa, isto é, ineficácia em relação à massa aos credores concursais, ou de constituir a eficácia do ato jurídico revogando (não a eficácia de decisão entre o devedor e o adquirente, ou entre o devedor e os sucessores do adquirente, porque essa não ia até o autor ou os autores da nova ação)¹⁸¹.

¹⁷⁷ MAMEDE, op. cit., p. 541.

¹⁷⁸ À presunção *jure et de jure* (absoluta) se opõe a presunção *juris tantum* (relativa). “As presunções absolutas (*juris et de jure*) têm tanta força – mandando que se aceite o fato presumido e desconsiderando qualquer prova contrária – que na verdade elas não são institutos do direito probatório mas expedientes com os quais o legislador constrói certas *ficções* e nelas se apóia para impor as consequências jurídicas que entende convenientes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed. rev. e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 116). “São presunções relativas aquelas que, dispensando embora a prova do fato relevante para o julgamento [...] podem ser desfeitas pela chamada *prova em contrário* [...]” (DINAMARCO, op. cit., p. 119).

¹⁷⁹ ABRÃO, **Da ação...**, p. 134.

¹⁸⁰ CLARO, op. cit., p. 192.

¹⁸¹ MIRANDA, Pontes de, *apud* ABRÃO, **Da ação...**, p. 135 e CLARO, op. cit., p. 192.

O fato de a sentença da ação revocatória romper relações jurídicas pretéritas, mesmo sem atacar a coisa julgada, “[...] permite vislumbrar a força que se desenha na sentença e no pressuposto da restituição integral à massa”¹⁸².

4.5 Recurso

De acordo com a Lei 11.101/2005:

Art. 135. 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.
Parágrafo único. Da sentença cabe apelação.

O *caput* do art. 135 explicita os efeitos da procedência da ação revocatória e o parágrafo do mesmo artigo determina que da sentença cabe apelação, o que faz parecer que da sentença de procedência cabe apelação.

No entanto, “Ainda que o art. 135 faça menção apenas à sentença de procedência, também no caso de improcedência o recurso cabível será o de apelação”¹⁸³.

Segundo José da Silva Pacheco, a apelação “Será recebida, regularmente, em ambos os efeitos suspensivo e devolutivo (art. 520, CPC)”¹⁸⁴. Nelson Abrão esclarece que normalmente é isso que ocorre, mas:

¹⁸² ABRÃO, Da ação..., p. 136.

¹⁸³ GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Os recursos na nova lei de falências, recuperação judicial e extrajudicial**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9, p. 399.

¹⁸⁴ PACHECO, **Processo de Recuperação...**, p. 324.

Em se tratando da decretação da ineficácia de ato capitulado no art. 52 [equivalente ao art. 129 da Lei 11.101/2005], que dispensa qualquer produção de prova, o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, o que significa que a massa poderá recuperar a posse dos bens antes da decisão de segunda instância [...]

Conseqüentemente, *para a preservação do patrimônio e no intuito de não se deteriorar a coisa, somente em casos restritos deverá o recurso ser recepcionado no seu duplo efeito*, posto que o julgamento final assimilará repercussão se houver manutenção do decisório monocrático, à medida em que o tempo trabalha em sentido oposto aos interesses dos credores¹⁸⁵.

Em conformidade com esse pensamento quanto aos efeitos da apelação da sentença da ação revocatória, Trajano de Miranda Valverde registrou: “[...] o recurso será recebido no efeito devolutivo, no caso do art. 52, e nos efeitos devolutivo e suspensivo, no caso do art. 53”¹⁸⁶. Ele escreveu tomando por base o Decreto-Lei 7.661/1945, em que essa previsão do efeito da apelação estava expressa no art. 56, § 2º: “A apelação será recebida no efeito devolutivo, no caso do art. 52, e em ambos os efeitos, no caso do art. 53”.

Segundo Carlos Roberto Claro, em análise do Decreto-Lei com a nova Lei:

Algumas situações mudaram para pior, a exemplo da necessidade de receber recurso de apelação tirado contra sentença que julga procedente o pedido formulado em qualquer uma das demandas em ambos os efeitos. Isso se extrai da leitura do art. 135, parágrafo único, que é singelo ao dispor que “da sentença cabe apelação”¹⁸⁷.

Apesar do apontado defeito da Lei, não seria utópico esperar que a jurisprudência formada pelos Tribunais se encarregasse de firmar o entendimento quanto ao recebimento de recurso de apelação de sentença favorável com base no art. 129 apenas no efeito devolutivo.

Isso porque o fundamento dos arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005 é o mesmo do que vigorava nos arts. 52 e 53 do Decreto-Lei 7.661/1945. Portanto, na escolha do efeito para o recurso, se se trata de declaração de ineficácia objetiva, quando a lei traz as hipóteses taxativas e que podem, inclusive ser decretadas de ofício, não há necessidade de se conceder efeito suspensivo à apelação. Não há, em tese, prejuízo com a procedência do pedido da ação

¹⁸⁵ ABRÃO, *Da ação...*, p. 119-120 (destacou-se).

¹⁸⁶ VALVERDE, *op. cit.*, p. 418.

¹⁸⁷ CLARO, *op.cit.*, p. 45.

revocatória e o retorno imediato do bem para a massa falida. Nesse caso, a apelação seria recebida apenas no efeito devolutivo.

Ao contrário, se a sentença for proferida em ação revocatória interposta com base no art. 130 da Lei 11.101/2005, cuja necessidade de prova do dano e da fraude é fundamental, seriam concedidos os efeitos suspensivo e devolutivo, para que o juízo *ad quem* reveja os elementos probatórios, antes que o bem passe a integrar o acervo da massa falida, ou seja, antes que as partes voltem ao estado anterior à prática do ato revogado.

4.6 Ineficácia ou revogação do ato e efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença

Como visto, o art. 129 trata de hipóteses taxativas, objetivas. Portanto, a ineficácia do art. 129 é decorrente de lei e pode ser declarada de ofício. A ação de ineficácia do dispositivo legal mencionado é declaratória e os efeitos da sentença que declara a ineficácia objetiva do ato em relação à massa retroagem à data de realização do ato (efeitos *ex tunc*).

A ineficácia do art. 130 resulta da *revogação*. A declaração de ineficácia não desconstitui o negócio anteriormente realizado; apenas torna-o ineficaz em relação à massa falida, sempre que presentes elementos que denotem *intenção de prejudicar*, por isso, a sentença que reconhece a ineficácia do art. 130 depende de prova da fraude, da simulação, do prejuízo, da má-fé e tem natureza *desconstitutiva* (constitutiva negativa). Essa sentença desconstitui o que era e tinha vida e seus efeitos não retroagem à data do ato (efeitos *ex nunc*).

Pontes de Miranda *apud* Ricardo José Negrão Nogueira afirma que “A ação é constitutiva negativa e o pedido é de restituição”¹⁸⁸.

De acordo com Carlos Roberto Claro: “Pode-se ingressar com ação para desconstituir qualquer espécie de ato jurídico (seja ele válido ou não), o qual redunde de forma direta no desapossamento de bens do falido, em data pretérita à declaração de falência”¹⁸⁹.

Pontes de Miranda, com base no Decreto-Lei 7.661/1945, distinguiu a eficácia da revogação:

[...] a revogação do art. 53 é somente quanto à eficácia. Os atos a que se refere o art. 53, à diferença daqueles de que trata o art. 52, são eficazes. A retirada da 'vox' pelo síndico, ou pelo credor, é para que 'não' tenham eficácia contra a massa falida, tais atos. Supõe-se a má-fé de ambos os figurantes, o outorgante, devedor, comum, e o outorgado, terceiro¹⁹⁰.

Os efeitos da sentença de ineficácia em relação à massa, com base no art. 130 da Lei 11.101/2005 são *ex nunc*, quer dizer, não retroagem à data do ato. Isso se deve ao fato de que *os atos realizados com fraude se revestem de uma aparência de conformidade com a norma*. Eles apenas perdem a eficácia perante os terceiros que são prejudicados. A revogação de ato com base no art. 130 é a ineficácia parcial a que se referiu Pontes de Miranda:

A desconstituição não é total, é parcial; só se desconstituem os efeitos dos atos, em relação à massa, aos credores. A ineficácia relativa sobrevém, não é desde o início, desde a prática do ato, como se daria se a ação proposta tivesse sido a ação (declarativa) de ineficácia relativa¹⁹¹.

Essas são as distinções, quanto aos efeitos da sentença, entre ação revocatória por ineficácia de ato (efeito declarativo *ex tunc*) e ação revocatória por revogação de ato (efeito desconstitutivo *ex nunc*). Para Yussef Said Cahali, no entanto:

Em qualquer das hipóteses, nada se desconstitui, localizando-se a divergência entre ambas apenas da perspectiva do direito material de que resulta, no caso do art. 52, a simples constatação do fato objetivo da prática do ato previsto em lei no termo estabelecido; e, no caso do art. 53, ao fato objetivo do prejuízo, acrescenta-se o elemento subjetivo da intenção de prejudicar¹⁹².

¹⁸⁸ NOGUEIRA. In: PAIVA, op. cit., p. 491.

¹⁸⁹ CLARO, op. cit., p. 132.

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes de, *apud* CLARO, op. cit., p. 133.

¹⁹¹ NOGUEIRA. In: PAIVA, op. cit., p. 491.

¹⁹² CAHALI, op. cit., p. 830.

Para o autor da citação antes referida, após analisar o pensamento de Pontes de Miranda e Trajano de Miranda Valverde, as diferenças entre as duas modalidades de revocatórias não decorrem de uma “pretensa diversidade de natureza entre as duas ações”, mas da diversa disciplina estabelecida na própria lei.

5 Ação Revocatória Falimentar e Ação Revocatória Civil

A ação revocatória civil é também chamada de ação pauliana. Para a fácil distinção entre a ação revocatória falimentar e a ação revocatória civil, a partir desse momento, sempre que se pretender falar da ação revocatória civil, empregar-se-á a expressão *ação pauliana* ou simplesmente *pauliana*.

Tal se deve pela imediata distinção ao se ler, importante neste ponto em que se compara uma ação e outra. Desta forma, espera-se não confundir o leitor, reservando-se a nomenclatura *ação revocatória falimentar* ou *ação revocatória* para a ação no âmbito do procedimento especial de falência.

A questão terminológica foi analisada por Nelson Abrão da seguinte forma:

Bem de ver, contudo, que os autores que identificam as expressões “pauliana” e “revocatória” não o fazem na acepção que esta última adquiriu como procedimento específico no campo do direito falimentar, mas num sentido lato de via processual destinada a desconstituir, em relação à massa, o ato praticado pelo devedor insolvente. À medida que se passou a reservar, com exclusividade, a revocatória ao âmbito falimentar, revelou ela acentuada diferenciação em relação à pauliana¹⁹³.

Feita a distinção terminológica, cumpre mencionar que esse capítulo comparativo trata da origem das duas ações e da fraude contra credores no Direito Civil e no Direito Falimentar. Depois, há posicionamento sobre a cumulatividade e fungibilidade entre uma e outra ação no processo de falência, mencionando-se a sistemática do Decreto-Lei 7.661/1945 e da Lei 11.101/2005. Iniciemos o estudo.

¹⁹³ ABRÃO, Da ação..., p. 27.

5.1 Origem da ação revocatória falimentar fundamentada na ação pauliana

A origem da ação revocatória falimentar está relacionada a uma *especialização para o âmbito comercial* da ação pauliana civil, o que resultou, além da semelhança de resultados almejados, numa semelhança terminológica *revocatória civil* e *revocatória falimentar*.

Nelson Abrão, inspirado na doutrina italiana, escreve que “A filiação da revocatória falimentar à pauliana do direito romano é unanimamente admitida pelos autores”¹⁹⁴, fazendo, então, a citação de trecho da doutrina Renzo Provincialli a seguir:

Remonta (a revocatória) ao direito romano, o qual, com a ação pauliana e o interdito restitutivo, fornecia a possibilidade de recuperação dos bens saídos do patrimônio do devedor, quando não houvesse outras atividades perseguíveis ou suficientes para a satisfação do credor, quando na alienação o devedor tivesse tido a intenção de prejudicar os credores e o outro contraente tivesse tido consciência de tal intenção, consciência que para a impugnação dos atos a título gratuito sequer era requerida. No direito medieval, a revocatória assume natureza de remédio complementar na execução coletiva¹⁹⁵.

Ricardo Tepedino afirma: “Sem sombra de dúvida, a revocatória falimentar deita suas raízes na ação pauliana do direito romano, com quem guarda semelhanças até hoje [...]”¹⁹⁶.

Spencer Vampré, explicando a distinção entre os atos inexistentes e dos atos revogáveis por fraude de ambos contratantes, registrou:

Na primeira [seria a atual ação do art. 129], o legislador construiu um instituto especial, com características próprias, e que não tem relação alguma com as regras de direito civil, sobre nulidade, ou anulação de atos. Na segunda [seria a atual ação do art. 130], modelou-se pelas regras do direito civil, concernentes à fraude contra credores, adaptou uma verdadeira ação pauliana, fundada na intenção de prejudicar (*consilium fraudis*), acompanhada do prejuízo efetivo (*eventus damni*)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ PROVINCIALLI, Renzo, *apud* ABRÃO, **Da ação...**, p. 27.

¹⁹⁶ TEPEDINO. In: TOLEDO; ABRÃO (Coord.), *op. cit.*, p. 382.

¹⁹⁷ Spencer Vampré *apud* NOGUEIRA. In: PAIVA, *op. cit.*, p. 491-492 (itálico do original).

Yussef Said Cahali lembra:

É certo que os comercialistas procuram vincular a revocatória falencial ao direito romano, no que este assegurava, através do *curator bonorum*, pela pauliana e pelo interdito restitutivo, a possibilidade de serem recuperados os bens saídos do patrimônio do devedor¹⁹⁸.

O *curator bonorum* era o representante do sujeito ativo para a ação pauliana: a massa de credores¹⁹⁹. Como afirmou Giorgio de Semo, autor italiano que relacionava a ação revocatória com a ação pauliana do direito romano, a atuação do *curator bonorum* era “[...] fazer revogar os atos praticados pelo devedor em fraude aos direitos dos credores, mediante o uso da ação que se diz Pauliana ou revocatória”²⁰⁰.

Observe-se que a atuação do *curator bonorum* em face do devedor insolvente (comerciante ou não) com ação pauliana era muito semelhante à atuação do administrador judicial na falência com a ação revocatória: beneficiar aos credores coibindo transferência de patrimônio do devedor que pudesse frustrar as expectativas dos credores de receberem seus haveres.

Yussef Said Cahali explica que os estatutos comerciais das comunas italianas, imbuídos de necessidade de mais rigorosa proteção aos credores, procuravam inibir a prática de atos praticados em um período precedente à falência, tendentes a desfalcicar mais ainda o patrimônio do devedor²⁰¹ e a ação revocatória “[...] não sendo instituto autógeno do direito privado romano, vai buscar suas fontes remotas na fraude contra credores do direito privado romano, imprimindo-lhe [...] rigor maior na proteção do crédito [...]”²⁰².

Na visão de Yussef Said Cahali, a ação pauliana do direito civil romano é preexistente à ação revocatória falimentar, tendo esta última inspiração naquela, embora tenha se especializado para o ramo do direito comercial. É por isso que ele afirma que a ação revocatória não é

¹⁹⁸ CAHALI, op. cit., p. 694.

¹⁹⁹ Cf. nosso 1.1.1 *Direito romano*.

²⁰⁰ SEMO, Giorgio de *apud* ABRÃO, **Da ação...**, p. 27.

²⁰¹ CAHALI, op. cit., p. 695.

²⁰² *Ibid.*, p. 697.

instituto autógeno, pois não teria surgido originalmente no âmbito comercial, mas sim se especializado a partir da ação pauliana do direito civil.

Os atos praticados na iminência da falência eram reputados absolutamente nulos, independente da investigação do *animus* das partes envolvidas; ou, dependendo das circunstâncias, seria empreendida uma investigação acerca da existência de boa ou má-fé em sua realização.

O desenvolvimento jurisprudencial também contribuiu para o amoldamento da ação revocatória falimentar, expandindo aplicabilidade desta aos atos não só realizados antes ou na iminência da cessação de pagamento, mas também àqueles ocorridos entre a data de sentença decretatória de falência e a data da cessação de pagamento.

O Direito francês deu à ação revocatória falimentar desenvolvimento inspirado nos estatutos comerciais das comunas italianas, formando uma legislação especial, que, mais tarde, foi incorporada ao Código Comercial Francês de 1808 (art. 444), em que o falido era equiparado ao interdito (incapaz), conferindo nulidade absoluta aos atos por ele praticados desde a data da cessação dos pagamentos.

No que concerne à responsabilidade limitada dos sócios, Dora Berger registrou em sua obra a criação alemã da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a fim de atender aos anseios da separação do patrimônio dos sócios do patrimônio da sociedade, mais precisamente, contornar o inconveniente da responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais perante terceiros:

Nos primórdios, os tipos de sociedades restringiam-se à responsabilidade ilimitada dos seus sócios, isto é, se o patrimônio social não fosse suficiente ao pagamento das obrigações, os devedores respondiam pelas mesmas com os seus bens privados. Surgiu a necessidade de criação de um tipo de sociedade que não apresentasse o inconveniente da responsabilidade ilimitada, porque o comércio é uma atividade de risco. No ano de 1892, na Alemanha, foi elaborada uma lei sobre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada que foi adotada por quase todos os países. Nesse tipo de sociedade, os sócios respondem somente pelo valor de suas quotas. [...] a liquidação judicial da sociedade implica apenas na perda do capital social integralizado e subscrito por cada um²⁰³.

²⁰³ BERGER, A *insolvência...*, p. 215.

Ocorre que nesse período ainda antes de se afirmar a existência da personalidade jurídica, havia um interregno delimitado desde a cessação dos pagamentos até a sentença decretatória de falência, credores de boa-fé poderiam ter realizado atos jurídicos com o falido, o que lhes gerava inconvenientes. Para evitar a *penalidade* de nulidade²⁰⁴ absoluta para os credores de boa-fé, a jurisprudência passou a considerar interdito o falido após a sentença decretatória de falência, evitando essa iniquidade.

Aicardi explica que se no entendimento anterior, mais rigoroso, quando o devedor era considerado incapaz desde a cessação dos pagamentos até a sentença decretatória da falência, havia o inconveniente com relação aos terceiros de boa-fé²⁰⁵. Com a postergação da dita incapacidade do devedor para depois da sentença decretatória de falência, eram os credores que ficavam em situação inconveniente, pois não estariam suficientemente garantidos contra a fraude do devedor²⁰⁶.

De acordo com o mesmo autor, as legislações foram contemplando uma fórmula intermediária, em que a nulidade dos atos praticados pelo falido ficava circunscrita ao período entre a cessação efetiva do pagamento e a sentença decretatória, e, concomitantemente, aos credores se afirmava a possibilidade do exercício da ação revocatória.

Por essa razão, Yussef Said Cahali afirma:

No direito moderno, a revocatória comercial se terá afirmado definitivamente como instituto autônomo, em atenção especificamente às circunstâncias [...] que cercam os atos praticados pelos comerciantes no período que antecede à sua falência; mas, do mesmo modo que delimita no tempo aquele período de uma suposta incapacidade, estabelece mais de uma forma de revocatória, a primeira vinculada estritamente à falência, enquanto a outra oferece certa similitude com a revocatória comum, no que leva em consideração a natureza do ato e a boa-fé do adquirente ou beneficiário²⁰⁷.

²⁰⁴ “**Nulo** é o negócio jurídico quando existe defeito grave que atinge o seu conteúdo, não podendo produzir os efeitos pretendidos. A nulidade é a sanção pela lei imposta, diante da não-observância dos requisitos legais”. CLARO, op. cit., p. 76 (negrito do original).

²⁰⁵ No Brasil, a situação dos credores de boa-fé está resguardada com a possibilidade do pedido de restituição (arts. 85 e 86 da Lei 11.101/2005), mesmo quando for reconhecida a ineficácia de ato ou julgada procedente a ação revocatória, quando o terceiro de boa-fé terá direito a restituição dos bens ou valores entregues ao devedor (art. 136 da mesma Lei).

²⁰⁶ AICARDI, *Diritto di revoca*, n. 14, p. 50 *apud* CAHALI, 2002, p. 695-696.

²⁰⁷ CAHALI, op. cit., p. 696.

Segundo Yussef Said Cahali, no Brasil, o direito comercial consagrou a revocatória como instituto da falência, destinado à recuperação para a massa de bens que o devedor houvesse feito sair do seu ativo, “com o propósito de fraudar”²⁰⁸ o pagamento de suas dívidas.

Por isso, dada a semelhança de objetivos e de requisitos, a origem da ação revocatória é tida como fundamentada na ação pauliana, sendo esta última de previsão na Lei Civil (lei geral) e a revocatória, de previsão específica para a Lei Falimentar (lei especial).

Segundo Francisco Cláudio de Almeida Santos:

A ação revocatória é um procedimento típico do direito falimentar, porque visa tão-somente destituir a eficácia de determinados atos praticados pelo devedor, em relação à massa falida, mantida sua existência, sua validade e até sua eficácia, ressalvado o direito da massa em benefício dos credores. Porém, se todos os credores forem pagos, independente de qualquer outra providência, restaura-se a plena e eficácia do negócio jurídico antes praticado. E nisso ela se distingue da chamada ação pauliana²⁰⁹.

Na medida em que o direito comercial foi se especializando em relação ao direito das obrigações, os institutos próprios do direito civil foram sendo adaptados para as legislações comerciais, e a ação revocatória seria mais um exemplo dessa tendência.

5.2 Fraude contra credores no Direito Civil e no Direito Falimentar

No Direito Civil, a fraude contra credores tem como normatividade legal o art. 158 do Código Civil:

²⁰⁸ CAHALI, op. cit., p. 696.

²⁰⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 334.

Art. 158. 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.

§ 1º. Igual direito assiste aos credores cuja garantia se torna insuficiente.

§ 2º. Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Caio Mário da Silva Pereira *apud* Carlos Roberto Claro, explica que a fraude é uma “manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro” e não se exige que haja a intenção do devedor de causar prejuízo, basta que ele tenha consciência do dano²¹⁰.

Com relação à caracterização da fraude, transcrevem-se os ensinamentos de Alvino Lima:

Alvino Lima lembra que os participantes de uma fraude se valem “dos próprios atos jurídicos, que a lei disciplina para o exercício regular dos poderes conferidos pelo direito” para a consecução de seus propósitos, procurando “atingir finalidades desonestas, antijurídicas, sob o disfarce ou a aparência do emprego regular de negócios jurídicos disciplinados e autorizados por lei”, “arquitetando com a maior segurança possível o seu plano de ação ilícita, examinando, com minúcias, os elementos e as formas de que se devem servir, de maneira a construir uma situação jurídica menos vulnerável possível à defesa da vítima”²¹¹.

Então, se sob a ótica formal, o ato obedece aos requisitos de validade, a prova da fraude na ação revocatória falimentar se dá por indícios e presunções que sejam aptos a gerar um sólido convencimento do magistrado, enquanto na ação pauliana civil a fraude é presumida.

O patrimônio do devedor é a garantia dos credores no caso de inadimplemento de uma obrigação. Se o devedor se desfaz de seu patrimônio, a ponto de se tornar insolvente, enseja que algum credor ou alguns credores se utilizem da ação pauliana.

No art. 130 da Lei de Falência, leva-se em consideração a *intenção de prejudicar credores*, além de se ter que provar o *conluio fraudulento* e *efetivo prejuízo*. Esse *efetivo prejuízo* do art.

²¹⁰ CLARO, op. cit., p. 66.

²¹¹ LIMA, Alvino *apud* TEPEDINO. In: TOLEDO; ABRÃO (Coord.), op. cit., p. 401.

130, se comparado com o art. 158 do Código Civil, equivale à situação da transferência de bens pelo devedor que o reduz à insolvência.

O *eventus damni* é certo em caso de um ato realizado em fraude contra credores, conforme a disciplina da Lei Civil, pois a transferência realizada pela devedora em situação econômica precária diminui o seu patrimônio social ou reduz a devedora (empresa individual ou sociedade empresária) à insolvência.

No que tange à questão probatória quanto ao art. 158 do Código Civil, a prova não chega a ser levada ao extremo de se provar o elemento subjetivo do devedor, pois, se assim fosse, seria uma prova diabólica. Nesse sentido, aduz Ricardo Tepedino:

Desnecessário, como proclama a doutrina moderna em voz uníssona, que o ato fraudulento se tenha praticado com o deliberado propósito de se prejudicar credores – o chamado *animus nocendi* – cuja prova, aliás, seria diabólica, já que se cuidaria de desvendar uma circunstância que reside na mente humana. Bastante a “consciência de advir prejuízo do seu ato, podendo, pois, existir a fraude sem ser premeditada”. Para o terceiro, suficiente será a sua consciência de que o ato causará dano ao credor [...] ²¹².

E, continua o mesmo autor, alertando a diferença de enfoque probatório da fraude:

[...] diversamente da lei civil, onde a fraude é sempre presumida no que concerne a atos a título gratuito (CC, art. 158), na falência ela haverá de ser provada se sua prática ocorreu antes do biênio que precedeu a quebra (se depois será o caso do art. 129, IV) ²¹³.

Procurando definir a presunção de fraude no Código Civil, assim se posiciona Carlos Roberto Claro:

Exigência não há de que o terceiro adquirente esteja em conluio com o devedor, objetivando o prejuízo ao credor. Basta a prova de sua ciência da situação de

²¹² TEPEDINO. In: TOLEDO; ABRÃO (Coord.), op. cit., p. 399.

²¹³ Ibid., p. 400.

insolvência daquele com o qual contrata. No art. 159 do novo Código Civil a lei presume a má-fé do adquirente²¹⁴.

Com efeito, dispõe o referido art. 159 do Código Civil:

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Da redação desse dispositivo evidencia-se a presença de certas circunstâncias que seriam aptas a se objetivar a intenção do devedor e do terceiro em fraudar credores daquele.

As hipóteses legais de fraude contra credores, na visão de José da Silva Pacheco são as do Código Civil e as da Lei de Falência:

Lançando vista sobre o nosso ordenamento jurídico, verifica-se que se destacam:

I- as hipóteses de fraudes previstas no novo Código Civil:

- a) negócios de transmissão gratuita de bens, tais como a doação ou a renúncia a direitos patrimoniais, como, por exemplo, a herança ou legado (artigo 158);
- b) atos de remissão de dívida (artigo 158);
- c) contratos onerosos (artigo 159);
- d) pagamento antecipado de dívida (artigo 162);
- e) concessão de garantias (artigo 163);

II- as hipóteses previstas pelo Decreto-Lei 7.661/45 (artigos 52 e 53)²¹⁵.

²¹⁴ CLARO, op. cit., p. 68.

²¹⁵ PACHECO, José da Silva. Da fraude contra credores em face do novo código civil. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 24, n. 28, 18 jul. 2004, p. 395. Como se observa, o autor escreveu antes da publicação da Lei 11.101/2005, ao que atualizamos o dito no item II, sem prejuízo da idéia do autor, para: “as hipóteses previstas na Lei 11.101/2005 (artigos 129 e 130)”.

5.3 Atos anuláveis e ineficazes

Embora a técnica legislativa da disposição do art. 158 do Código Civil se assemelhe com a do art. 130 da Lei 11.101/2005, pois não se enumeram hipóteses taxativas, há situações descritas no Código Civil como atos passíveis de anulação com base em presunção, que à luz do art. 129 da Lei 11.101/2005, são objetivamente ineficazes por força de lei. Mencionamos:

- a) De acordo com o texto do art. 158 do Código Civil, a intenção e a fraude se presumem em ato a título gratuito; pelo art. 129, IV, da Lei 11.101/2005, o ato é ineficaz, desde que praticado até dois anos antes da decretação da falência;
- b) Segundo o texto do art. 162 do Código Civil, a intenção e a presunção de fraude se presumem quando o devedor insolvente efetua o pagamento de dívida, ainda não vencida, a credor quirografário; pelo art. 129, I, da Lei 11.101/2005, o ato é ineficaz, desde que praticado pelo devedor dentro de termo legal;
- c) Em conformidade com o texto do art. 163 do Código Civil, a intenção e a presunção de fraude se presumem quando o devedor insolvente oferece garantia real a credor; pelo art. 129, III, da Lei 11.101/2005, o ato é ineficaz desde que praticado dentro do termo legal, bem como se a dívida foi contraída antes do termo legal.

5.4 Legitimidade ativa para as ações

Sob o aspecto da legitimidade para ambas as ações, a legitimidade ativa para a ação pauliana é do credor quirografário e aquele cuja garantia se torna insuficiente (art. 158, § 1º, Código Civil), assim como também o é no caso de ação revocatória, não se olvidando a atuação do administrador judicial e do representante do Ministério Público para esta última.

Observe-se, contudo, que a legitimidade ativa para a ação pauliana é mais restrita do que a admitida para a ação revocatória. Mesmo que não se mencionasse a atuação do administrador judicial e do representante do Ministério Público, a legitimidade ativa no âmbito falimentar a *qualquer credor*, por si só é mais ampla do que a do art. 158 do Código Civil, que confere legitimidade ativa aos credores quirografários e para aqueles que, mesmo contando com alguma garantia, esta se tornou insuficiente.

Outra diferença marcante é que somente os credores que já o eram ao tempo do ato que se pretende anular é que podem pleitear anulação via ação pauliana. Na revocatória, a anterioridade do crédito não altera o direito que tem qualquer credor de intentar essa ação falencial. Talvez essa diferença se deva ao fato de que o espírito da Lei Civil é individualista, portanto, a garantia privada dos direitos dos credores é tratada sob um enfoque individual e não coletivo, como na falência.

5.5 Concurso de credores no Direito Civil e no Direito Falimentar

Apesar de a legitimidade ativa no art. 158 do Código Civil ser mais restrita do que a da Lei de Falência, quando da anulação do negócio fraudulento, a vantagem resultante se reverte ao concurso de credores, por disposição do art. 165 do Código Civil:

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada (destacou-se).

Vimos que o concurso de credores não é exclusividade do processo falimentar, assim como não o é o vencimento antecipado das dívidas. Assim como na falência (art. 77, da Lei

11.101/2005) e na lei processual civil (art. 751, I, CPC), há também previsão de vencimento antecipado da dívida no Código Civil:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

Com efeito, sobre o concurso de credores no Código Civil e no Código de Processo Civil, assim se pronunciou Rubens Requião:

O concurso de credores, previsto no Código Civil e regulado em seu processamento no Código de Processo Civil, confere ao credor o direito de promover a cobrança de seu crédito, do devedor que não tem condições patrimoniais para pagar a todos os credores. Aliás, pode ele ser submetido ao concurso por promoção dos credores, ou também, [...] por sua iniciativa, confessando a impossibilidade de pagar. Esse procedimento concursal se destina, pelo menos no direito brasileiro, a atender o setor civil, isto é, aos não-comerciantes. O procedimento da falência, que também é na essência uma execução concursal, por sua vez se dirige a resolver a mesma situação patrimonial e creditícia do devedor comerciante, em face de seus credores. Assim, tanto o concurso de credores, regulado pelo Código de Processo Civil, como a falência, [...] têm muito de essência processual. [...] Tanto um como outro procedimento, seja o concurso de credores (civil), seja o procedimento da falência (comercial), constituem, pois, uma execução coletiva [...] ²¹⁶

Reconhecido o concurso de credores do Código Civil²¹⁷, parece-nos que o sistema da lei falimentar é mais coerente no que concerne à legitimidade para atacar atos realizados com fraude aos credores, pois destoa o fato de que a legitimidade ativa para a ação pauliana seja mais restrita, mas o resultado aproveite ao concurso de credores, incluindo-se neste concurso, talvez, algum(ns) credor(es) que não teria(m) legitimidade para anular judicialmente o ato tido como fraudulento.

²¹⁶ REQUIÃO, op. cit., p. 2-3.

²¹⁷ Registra-se, por oportuno, que na hipótese de insolvência de sociedade simples, que não se sujeita à Lei 11.101/2005, mas sim às normas do Código Civil (art. 1.038, § 2º), podendo-se formar o concurso de credores com o nascedouro da ação pauliana. Neste contexto, o art. 1.103, VII, CC: “confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda”. O dispositivo legal está a dizer que, se for o caso de sociedade simples constituída sob a forma de empresa individual ou sociedade empresária insolvente, o processamento para a liquidação e extinção judicial segue as normas da Lei 11.101/2005.

E nem se diga que a legitimidade ativa prevista no art. 158 do Código Civil coloca em primeiro lugar a execução individual daquele que já era credor e em segundo lugar a execução concursal do devedor insolvente, pois, se o devedor fosse *solvente*, não haveria a necessidade de se anular por meio da ação pauliana os atos tidos como fraude a credores.

Aliás, outra não pode ser a interpretação, porque o *caput* do art. 158 é expresso *devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência*, completado por um parágrafo § 1º que confere legitimidade àquele credor que mesmo tendo garantia, essa se torna insuficiente. O que seria isso, se não o reconhecimento da insolvência do devedor civil como condição para a ação pauliana?

Ora, se já se trata da insolvência civil²¹⁸, o que resulta na necessidade de *concurso de credores*, não vislumbramos a razão para a legitimidade da ação pauliana ser mais restrita, se o resultado da procedência de seu pedido aproveitará ao concurso de credores, na forma do art. 165 do Código Civil.

Acrescenta-se que o reconhecimento da insolvência é mais uma semelhança entre a ação pauliana e a ação revocatória, com a devida adaptação ao ramo comercial: ação pauliana tem cabimento na insolvência civil e a revocatória, na insolvência comercial, sendo que a última depende da decretação da falência para ser proposta, o que seria o reconhecimento oficial pelo Estado de que a empresa é inviável, sob o ponto de vista econômico.

5.6 Legitimidade passiva para as ações

Alterando-se o pólo processual sob análise, tem-se quanto à legitimidade passiva, o seguinte: Na ação pauliana, há legitimidade para figurar no pólo passivo tanto do devedor insolvente,

²¹⁸ Referimo-nos à insolvência civil, no campo do direito das obrigações, pois, mesmo que se trate de uma sociedade empresária *desviando o seu patrimônio em fraude a credores*, sem a sentença de decretação de falência, não é ainda reconhecido oficialmente o *estado de insolvência* comercial e não cabe ação revocatória falimentar.

quanto do terceiro com quem este contratou, ponto este em que se diferencia da ação revocatória falimentar, em que a devedora não figura no pólo passivo da demanda.

Sobre este ponto, segue a lição de Carlos Roberto Claro:

A ação pauliana será direcionada em face do devedor insolvente, em relação àquele que com ele contratou, bem como terão legitimidade passiva *ad causam* terceiros adquirentes que tenham procedido de má-fé, em conformidade com o art. 161 do atual Código Civil. Na revocatória falimentar o devedor não participa da relação jurídica processual. Apenas o contratante, herdeiros, legatários e terceiros subadquirentes, em conformidade com a regra do art. 133²¹⁹.

5.7 Prazo para propositura das ações

No que concerne ao prazo para propositura das ações pauliana e revocatória, trata-se de prazo decadencial. A ação pauliana tem o prazo de decadência de quatro anos, a teor do disposto no art. 178, inc. II, do Código Civil:

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...]
II - no de erro, dolo, *fraude contra credores*, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico [...] (destacou-se)

A ação revocatória falencial tem prazo de três anos, conforme o art. 132 da Lei 11.101/2005:

Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.

Uma distinção deve ser feita com relação a esse *prazo para propositura da ação*: ele não se confunde com o *tempo em que foram realizados os atos passíveis de anulação* (para a ação pauliana) ou *ineficácia em relação à massa* (para a ação revocatória falimentar).

5.8 Síntese dos aspectos que distinguem as ações

Ricardo José Negrão Nogueira fixa os pontos distintivos de uma e outra ação, sem perder de vista a derivação da revocatória na pauliana, o que para nós apresenta-se como uma síntese:

A derivação da segunda ação, hoje prevista no art. 130 da nova Lei Falimentar, às regras do direito civil não se fez sem alterações, podendo ser relacionadas, entre outras, as seguintes distinções: (a) a legitimidade ativa é reconhecida a todos os credores, de forma indistinta (LF, art. 132), não se discriminando credores quirografários e portadores de garantias insuficientes dos demais (CC, art. 158 e § 1º), tampouco os anteriores e posteriores ao ato fraudulento (CC, art. 158, § 2º); (b) a legitimidade passiva na Lei Falimentar (art. 133) é mais ampla que do Código Civil (art. 161); (c) no instituto civil, o adquirente pode depositar o preço, permanecendo com o bem adquirido (art. 160), hipótese não contemplada pelo legislador falimentar que, contudo, oferece outras soluções para a resolução de contratos bilaterais (art. 117) e permite ao terceiro de boa-fé a restituição dos bens ou valores entregues ao devedor (art. 136); (d) o fundamento da ação civil é a prática de atos prejudiciais (*eventus damni*) ao credor, como, por exemplo os realizados em estado de insolvência ou que levem o devedor à insolvência (CC, art. 158) e o da ação falimentar é a prática de atos com a intenção de prejudicar credores (*consilium fraudis*) e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida (art. 130)²²⁰.

De tudo quanto se contém na afirmação transcrita anteriormente, pelo fato de a devedora falida não figurar no pólo passivo da revocatória, entende-se, ao contrário do citado, que a legitimidade passiva na ação revocatória é mais restrita do que a do Código Civil para a pauliana.

²¹⁹ CLARO, op. cit., p. 69, nota de rodapé nº 73 (itálico do original).

²²⁰ NOGUEIRA. In: PAIVA, op. cit., p. 492 (itálico do original).

5.9 Cumulatividade e fungibilidade entre ação revocatória falimentar e ação pauliana

5.9.1 Direito italiano

No direito italiano, existe disposição expressa autorizando o uso da ação pauliana no âmbito falimentar²²¹. “Regulada no direito comum a revocatória (Código Civil [italiano], art. 2901), permite a revocatória falimentar que o síndico dela possa fazer uso (art. 66, Lei de Falências [da Itália]) ‘segundo as normas do código civil’”²²².

Todavia, ainda que o direito italiano contemple expressamente a possibilidade de uso da ação pauliana no processo falimentar, assinala Nelson Abrão que “[...] a revocatória do direito comum italiano guarda com aquela do Direito Falimentar [...] diferenças”²²³ que enumera:

No direito civil italiano, é preciso que o credor singular possua anterioridade do crédito em relação ao ato que pretende tornar ineficaz, porque não tem o direito de contar com bens que não faziam, ainda, parte do patrimônio do devedor.

A sentença que declara a ineficácia do ato no direito civil italiano não repõe o bem ao patrimônio do devedor, mas apenas o habilita a promover contra terceiros adquirentes as ações executivas conservatórias.

Essa revocatória do direito civil, que neste trabalho chamamos pauliana, beneficia somente o credor que a propõe.

Afeta apenas o terceiro adquirente do bem que saiu do patrimônio do devedor e nem sempre o subadquirente (este, se estiver de má-fé ou se a aquisição se der a título gratuito).

²²¹ CAHALI, op. cit., p. 706.

²²² ABRÃO, *Da ação...*, p. 33.

²²³ Ibid., p. 32-33.

A ação pauliana opera somente nos limites do dano declarado, então, se o valor do crédito for inferior ao valor do ato praticado de disposição, o adquirente conserva em parte a aquisição feita.

Giuseppe Ragusa Maggiore *apud* Nelson Abrão assinala que o fato de a lei falimentar italiana reportar-se ao exercício da revocatória civil comporta certas adaptações. Em suas palavras:

O art. 2901 [do Código Civil Italiano] distingue entre atos anteriores e posteriores ao surgimento do crédito; tendo-se em conta o resultado da ação – que vai em benefício de todos os credores [no âmbito falimentar] – não há sentido em precisar se o crédito nasceu antes ou depois do ato, podendo diretamente exercer-se a ação mesmo se os credores anteriores tenham desaparecido. O síndico deverá provar o conhecimento do prejuízo da parte do terceiro e do dano em concreto, sendo supérflua a demonstração de que o fato tenha sido praticado no período da insolvência²²⁴.

No direito italiano, segundo Nelson Abrão: “A maior vantagem que oferece a revocatória regulada no código civil, usada no âmbito falimentar, é seu raio de alcance em relação aos atos fraudulentos, que não se restringe à limitação no tempo fixada na lei específica”²²⁵.

Para De Semo *apud* Nelson Abrão, “[...] a) o exercício da pauliana [do direito civil italiano] se funda nos pressupostos de direito civil, cuja prova incumbe ao síndico; na revocatória falimentar cumpre à outra parte vencer a presunção de que conhecia o estado de insolvência”, além do fato de que “[...] b) na pauliana ordinária é exigida a fraude e a consciência do dano [...]”; na revocatória falimentar, presume-se no terceiro ou o conhecimento do estado de insolvência do devedor ou a sua boa-fé”, afora o fato de que: c) o dano na revocatória está ínsito na insolvência do devedor²²⁶, possuindo a ação revocatória falimentar natureza “recuperatória”, enquanto a pauliana possui natureza “ressarcidora”²²⁷.

Para Salvatore Satta *apud* Nelson Abrão, a revocatória civil tem pressuposto diverso: a insolvência do devedor, “[...] ao invés do consciente prejuízo dos credores: resta idêntico o fim de uma e de outra, assim que nada impede que uma e outra possam ser exercidas

²²⁴ MAGGIORE, Giuseppe Ragusa *apud* ABRÃO, ***Da ação...***, p. 34.

²²⁵ ABRÃO, ***Da ação...***, p. 34.

²²⁶ Registra-se que nem sempre o dano pode ser considerado ínsito apenas pelo fato da insolvência da devedora, pois tornar um ato ineficaz em relação à massa pode não ser vantajoso. O *eventus damni* deve ser aferido caso a caso, conforme exemplo de TEPEDINO. In: TOLEDO; ABRÃO (Coord.), op. cit., p. 387.

²²⁷ SEMO, Giorgio de *apud* ABRÃO, ***Da ação...***, p. 34-35.

alternativamente pelo síndico”, o que leva a entender a aceitação da fungibilidade entre uma e outra ação.

Segundo ainda Satta, a “[...] remissão ao Código Civil (art. 2901) implica que, na falta dos pressupostos fixados pela lei para o exercício da revocatória falimentar, o síndico pode atingir o escopo da reintegração do patrimônio do devedor quando ocorrerem os pressupostos da ação revocatória do Código [Civil Italiano]”²²⁸.

Renzo Provincialli *apud* Yussef Said Cahali afirma que, no Direito italiano, o exercício da ação revocatória em seus dois aspectos – ordinária e falimentar – pode ser conjuntivo, alternativo e subordinado e acrescenta que com a ação ordinária (revocatória civil ou pauliana) pode-se perseguir a revocabilidade de atos também remotos com respeito à falência, salvo o termo de prescrição²²⁹.

5.9.2 Direito francês

O direito francês, “[...] admite o exercício da pauliana do direito comum no campo falimentar, dado que, não sofrendo limitações legais, é maior o seu alcance no tempo quanto aos atos praticados pelo devedor”²³⁰.

Considerando que a “[...] data da cessação dos pagamentos não pode ser legalmente anterior de mais de dezoito meses ao pronunciamento do julgamento declaratório [da falência]”²³¹, a ação pauliana do direito civil quando exercitada no campo falimentar é instrumento hábil para atingir os atos praticados pela empresa devedora praticados antes do termo legal²³², mas na época em que o devedor já se encontrava “[...] manifestamente em estado de cessação de

²²⁸ ABRÃO, *Da ação...*, p. 35.

²²⁹ CAHALI, *op. cit.*, p. 706.

²³⁰ ABRÃO, *Da ação...*, p. 36.

²³¹ BORD, Gilbert. **Réglement Judiciaire et liquidation des biens**. Paris: [s.n.], 1969, p. 214 *apud* ABRÃO, *Da ação...*, p. 36.

²³² Com relação ao termo legal e a sua identidade ou não com o período suspeito, vide nosso 2.2 *Termo legal como critério objetivo para alcance da ação revocatória*.

pagamento e que escapam, entretanto, às inoponibilidades”²³³, estas cabíveis apenas dentro do período de dezoito meses.

Mas o cabimento da ação pauliana no âmbito falimentar era mais difícil do que as ações em inoponibilidade, porque o credor deveria demonstrar que o ato atacado determinou ou aumentou a insolvência do devedor e provar que o devedor agiu com intenção de fraude.

Segundo Gilbert Bord, a “[...] ação pauliana podendo ser exercida fora do regulamento judicial, ou da liquidação de bens, o Tribunal competente é determinado pela aplicação das regras de direito comum”²³⁴.

Com a teoria do reerguimento da empresa começou a ter maior repercussão a nulidade do ato em si para fazer um bem retornar ao patrimônio do devedor, se tiver saído de modo irregular ou fraudulento, na medida em que aquele bem poderia gerar receita para o reequilíbrio da empresa em dificuldades. É a mudança de paradigma que se deu no procedimento falimentar, quando passa a ser mais importante tentar conservar a empresa do que liquidá-la o quanto antes para saldar credores.

Na França, as nulidades no âmbito falimentar foram disciplinadas pela legislação de 1985, que as enumerou de forma taxativa e classificando os atos como sendo a título gratuito ou oneroso, que impliquem em redução patrimonial em detrimento dos credores.

²³³ BORD, Gilbert. **Réglement Judiciaire et liquidation des biens**. Paris: [s.n.], 1969, p. 214 *apud* ABRÃO, Da ação..., p. 36.

²³⁴ *Ibid.*, p. 37.

5.9.3 Direito brasileiro

No direito brasileiro, observadas as diferenças já elencadas entre a ação pauliana e a ação revocatória, Nelson Abrão após explanação acerca do direito italiano e francês, afirma sobre o *descabimento da ação pauliana no Direito Falimentar*:

Parece-nos inteiramente afastada essa hipótese. Em primeiro lugar, porque a vigente lei brasileira [o autor escreveu sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945], embora seguindo o modelo italiano, que abandonou o uso das expressões “anulação” ou “nulidade”, para adotar as de “ineficácia” e “revogação”, dispensa a executiva complementar.

Depois, porque não há qualquer dispositivo legal expresso – como existe na lei italiana – autorizando o uso da ação pauliana no campo falimentar. E em último lugar, nem se poderia argumentar – como sucede no direito francês – que a pauliana teria o condão de alcançar no tempo atos que a revocatória falimentar não atinge, isto porque o legislador brasileiro dispõe sabiamente no art. 53 [equivalente ao art. 130 da Lei vigente] acerca da possibilidade de revogação de atos, eivados de fraude, praticados pelo devedor, sem limitação temporal²³⁵.

E para reforçar seu raciocínio, Nelson Abrão cita Jayme Leonel, que escreveu os pontos que afastam uma e outra ação:

- a- quanto ao exercício: na pauliana o autor é o credor singular, que age “*jure proprio*”; na revocatória, o autor é o órgão da massa e, excepcionalmente, o credor, que também age “em nome da massa”;
- b- na pauliana, o devedor pode ser acionado; na revocatória, jamais o falido é chamado como réu [...];
- c- na pauliana deve provar-se que o ato atacado produziu ou agravou a insolvência do devedor enquanto que na revocatória basta provar a existência, no momento da realização do ato, do estado de impontualidade do devedor no pagamento²³⁶.

Ocorre que essa posição contrária à utilização da ação pauliana no âmbito falimentar não é unânime.

²³⁵ ABRÃO, Da ação..., p. 41.

²³⁶ LEONEL, Jayme. *Da Ação Revocatória no Direito da Falência*. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 1951, p. 86 *apud* ABRÃO, Da ação..., p. 41-42.

Yussef Said Cahali, embora se reporte à lei italiana, fala também em inoponibilidade, o que remete o pensamento ao Direito Falimentar francês, para chegar ao final à conclusão de que fora do termo legal os atos praticados com fraude a credores são atacados pela via da ação pauliana, pelos credores que já o eram ao tempo do ato (a limitação de cabimento que também existe no direito francês), a fim de se reverter o proveito da revogabilidade do ato ao acervo da execução concursal.

O mesmo autor citado no parágrafo anterior escreveu tomando por base o revogado Decreto-Lei 7.661/1945, que teve a sistemática da ação revocatória falimentar (artigos 52 e 53) praticamente repetida na vigente Lei 11.101/2005 (artigos 129 e 130), de maneira que onde o autor escreve art. 52, podemos entender que o raciocínio vale para o vigente art. 129 e onde escreve 53, vigente 130. Nas palavras dele:

[...] a) a sentença, tanto num como em outro caso [arts. 52 e 53 do Decreto-Lei 7.661/45], simplesmente declara a *ineficácia* (inoponibilidade) do ato praticado pelo falido; b) enquanto os atos enumerados no art. 52 são quase todos remarcados com termo próprio em que devem ter sido realizados, os atos [...] a que se refere o art. 53 do Estatuto Falencial, *como o recomendam as regras de hermenêutica*, encontram “limitação temporal” no termo legal da falência, sendo impugnáveis, em qualquer dos casos, por via da ação revocatória a ser proposta até um ano [três anos a contar da decretação da falência, a teor do art. 132 da vigente lei] [...]; c) a ação pauliana ordinária continua sendo proveitosa para a invalidação (*rectius*, “declaração de ineficácia”) dos atos praticados em fraude contra credores fora do termo legal da falência (ou dos prazos legais estatuídos nos incisos do art. 52), exercitável porém apenas pelo credor que já o era ao tempo em que aqueles foram praticados, revertendo a vantagem dela resultante em proveito do acervo sobre que se efetua a execução concursal [...]²³⁷.

Na interpretação de Yussef Said Cahali, o tempo dos atos atacáveis com base no art. 130 (no texto dele, cita o art. 53) fica limitado, “como recomendam as regras de hermenêutica” ao período do termo legal. Até aqui concordamos com o autor, mas daí por diante não mais concordamos, quando ele passa a sustentar que “a ação pauliana continuaria a ser proveitosa”, desde que não tenha havido a prescrição e desde que o credor já o fosse ao tempo do ato de disposição.

Ora, o *caput* do art. 6º da Lei 11.101/2005 determina a suspensão não só das ações e execuções em face da devedora, mas também a *suspensão do curso da prescrição*, o que

²³⁷ CAHALI, op. cit., p. 706-707 (destacou-se).

tornaria a ação paulina *sempre* possível de forma originária em sede falimentar, raciocínio este que não se pode aceitar por haver ação específica na legislação especial de falência.

Carlos Roberto Claro, com relação ao prazo de alcance da ação do art. 130 assim se pronuncia:

A nosso sentir, no que se refere à revocatória prevista no art. 130 da atual lei de regência, não há limitação de tempo (antes da falência declarada) para rever o ato inquinado de fraude, prejudicial ao credor.

Porém, parte significativa da doutrina hodierna entende que os atos pretéritos não podem ser objeto de revocatória, com espeque no art. 130, sob pena de insegurança jurídica aos contratantes. [...]

Abrão é de entendimento que não há limitação temporal para revogação dos atos com base no art. 53 da lei revogada, sendo acompanhado por Requião. [...]

Ainda, analisa-se a situação do terceiro contratante, possibilitando ampla defesa à parte contrária. Conseqüentemente, por inexistir qualquer previsão legal no que se refere ao período de tempo antes da declaração de falência, que poderá dar ensejo à revogação do ato, desprezioso é criar qualquer condicionante a respeito disso²³⁸.

Acompanha esse pensamento, referente ao não limite de tempo de alcance do art. 130, Gladston Mamede, quando explica sobre a importância de se fixar corretamente o termo legal:

Basta recordar que o artigo 129 da Lei 11.101/2005 afirma serem 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, diversos atos que enumera se praticados dentro do termo legal da falência. É justamente essa perigosa força supressora de eficácia jurídica que se está expressamente limitando no tempo. Os atos praticados fora do período suspeito podem, sim, ser declarados nulos ou anulados, conforme o caso, mas pelo recurso aos meios processuais ordinários, como se apura dos artigos 130 a 138 da Lei 11.101/2005, que dão o *nomen iuris* de *revocatória* à ação ajuizável para tanto²³⁹.

Ainda que se argumente que o art. 130 da Lei 11.101/2005 requer *ampla dilação probatória*, e por isso não seria problemático aceitar-se que seu alcance temporal ultrapasse o termo legal, tal interpretação conduziria a aceitação de uma ação apta a revogar atos fraudulentos do passado longínquo. Ora, propusesse então o credor àquele tempo uma ação pauliana para

²³⁸ CLARO, op. cit., p. 134.

²³⁹ MAMEDE, op. cit., p. 360.

anular o ato, ele não precisaria esperar uma decretação de falência para propor ação revocatória por revogação de ato.

Acaso o credor propusesse a ação pauliana fora do termo legal, no passado distante e se fosse procedente o pedido e com isso tivesse seu crédito satisfeito, estaria fora do alcance dos efeitos de ineficácia e revogação de seu pagamento, o que conferiria a ele e às relações comerciais segurança jurídica.

Não proposta a ação pauliana antes da falência, não mais tem cabimento. Após a decretação de falência deve ser proposta a ação revocatória, na modalidade mais adequada ao caso concreto. Passados os três anos de prazo decadencial da ação revocatória, não há que se falar em ação pauliana como uma espécie de ação subsidiária, ou última tentativa aos credores. Estes devem agir no tempo oportuno, sob pena de preclusão temporal para exercício do direito de ação.

Aceitar o cabimento da ação pauliana na falência, com maior amplitude temporal que a revocatória, causaria embaraços de ordem prática, porque a falência é um procedimento pensado para ter um fim, com a sentença de encerramento. Por óbvio, se pendente uma ação que potencialmente possa agregar mais valores à massa para pagamento dos credores, a falência não é encerrada. Há que se observar que a ação revocatória do art. 130 se processa no rito ordinário, dependendo de dilação probatória e com tal alcance temporal provavelmente prejudicaria muito a celeridade do procedimento falimentar.

Como o legislador não consegue prever todas as hipóteses no art. 129 da Lei 11.101/2005, possibilitou a ação do art. 130 da lei em referência, sem tipificar os atos revogáveis, mas ainda assim, a ação do art. 130 da Lei 11.101/2005 tem alcance temporal para atos praticados dentro do termo legal. Observe-se que é coerente essa interpretação na medida em que a ação revocatória depende da sentença de decretação de falência e esta fixa, obrigatoriamente, o termo legal.

Ademais, a propositura da ação pauliana anterior à decretação de falência é o meio adequado a defender os interesses dos credores, pois, mesmo que se trate de uma sociedade empresária *desviando o seu patrimônio em fraude a credores*, sem a sentença de decretação de falência, não é ainda reconhecido oficialmente o *estado de insolvência* comercial e não cabe ação revocatória falimentar.

Proposta a ação pauliana, com a superveniente decretação da falência, resta analisar se essa ação será atraída para o juízo universal da falência e lá continuará sua tramitação. Em atendimento aos princípios da celeridade e economia processual, deve-se analisar se a ação pauliana tramita em estágio inicial ou mais avançado.

Se no estágio mais avançado, deve ser ultimado o feito no juízo de origem, mas a vantagem auferida deve ser revertida ao juízo da falência. Se a ação está em tramitação inicial, deve ser atraída para o juízo universal da falência e, por estarmos no campo da lei especial e por haver ação similar, que seria uma *especialização da pauliana para o âmbito falencial*, entendemos que a pauliana seria processada como se revocatória fosse.

Yussef Said Cahali conclui:

[...] proposta ação pauliana de direito comum, tendo, por objeto ato praticado pelo comerciante, aquela não se suspende com a decretação da falência do mesmo; afirmando-se, ainda que “a transformação da pauliana em revocatória, cujos pressupostos são os mesmos, embora não se confundam, não traz prejuízo para as partes nem implica em modificação do objeto da ação e do pedido primitivamente formulado pelos autores”²⁴⁰.

A *transformação da pauliana em revocatória*, conforme a citação anterior é inclusive reconhecida em jurisprudência²⁴¹. O autor defende que, no caso de haver ação pauliana em curso quando da decretação de falência e em andamento inicial (inviável ultimar o feito no juízo de origem), deve a pauliana ser recebida no juízo da falência como revocatória. Portanto, nessa hipótese, segundo ele, cabível a aplicação da fungibilidade entre as ações.

Considerando as semelhanças e diferenças da ação pauliana e ação revocatória, essa ação pauliana continua sua tramitação no juízo da falência com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, de acordo com o Código de Processo Civil: “Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Na verdade, a lei especial prescreve determinada forma (ação revocatória), mas a condiciona à existência de sentença que decreta a falência.

²⁴⁰ CAHALI, op. cit., p. 709.

²⁴¹ RT 399/155, RF 229/136 e RJTJSP 8/55 *apud* CAHALI, op. cit., p. 709.

A continuidade da tramitação da ação paulina proposta antes da falência, com o seu deslocamento de tramitação para o juízo falimentar é possível, embora talvez ocorram algumas dificuldades com relação às decisões do juízo anterior, pois o juízo de origem, até antes da decretação de falência, era competente para julgar o feito e continuaria sendo competente, se não houvesse a falência.

Observe-se que não seria o caso de se declarar nulidade das decisões, como ocorreria na regra geral de incompetência absoluta, pois a competência absoluta do juízo universal da falência é fixada posteriormente, podendo ser diferente de onde foi proposta a ação pauliana, p. ex., foro do local de algum bem imóvel objeto de discussão anterior à falência.

Não se poderia exigir que o autor da pauliana soubesse que seria decretada a falência (porque algum legitimado teria que requerer, sendo assim, se não se requer, não se decreta a falência) e, se soubesse, e propusesse no juízo do principal estabelecimento da devedora, este juízo poderia ser incompetente, por não ser o domicílio do imóvel no exemplo dado. Pertinente o registro de que no Código de Processo Civil, figura como regra de estabelecimento de competência: “Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando [...] alterarem a competência em razão da matéria [...]”.

Frise-se que se trata de uma “via de mão única”: existe possibilidade de a pauliana se converter em revocatória, mas não vislumbramos hipótese em que a revocatória possa ser convertida em pauliana.

Por outro lado, releva destacar que se torna contraproducente deslocar a ação pauliana em estágio conclusivo para o juízo falimentar. Nessa situação, ainda que não existisse o art. 165 do Código Civil, dispondo que “[...] a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha que efetuar o concurso de credores”, por uma conjugação da *vis attractiva* do Juízo falimentar, também se efetiva a *par conditio creditorum*, o resultado dessa ação, mesmo que concluída em outro juízo, deve ser revertida para o juízo universal da falência.

De outro lado, no concernente à cumulatividade entre a ação pauliana e a ação revocatória, o que seria o mesmo que admitir a proposição de ação pauliana diretamente no juízo universal da falência, Yussef Said Cahali é expresso que após a decadência da ação revocatória por revogação de ato (três anos contados da sentença que decreta a falência) seria possível.

Segundo o autor, isso se deve ao fato de que o prazo decadencial da paulina é de quatro anos contado do dia em que se realizou o negócio jurídico com fraude (art. 178, II, Código Civil) e poderia ser proposta no juízo da falência por credor que já o fosse ao tempo do ato.

O autor escreve, portanto, sobre a cumulatividade, mas apenas com a decadência da revocatória seria possível a pauliana, ou seja, de forma subsidiária e com os seus requisitos originários de Direito Civil. E conclui:

A se entender de outro modo, a revocatória atípica do art. 53 [leia-se: 130] do Decreto-Lei 7.661/45 [leia-se: Lei 11.101/2005] estaria totalmente desfigurada como instituto falimentar, com a equiparação absoluta e inútil à ação pauliana de direito comum; com o gravame de impor restrições à atividade empresarial e ao tráfego dos negócios *sem qualquer limitação no tempo*, para *favorecer titulares de créditos que só se teriam constituído posteriormente*, até mesmo depois da decretação da quebra²⁴².

A ação pauliana não é “sem qualquer limitação de tempo”. É de quatro anos o prazo para a propositura da ação, contado do dia em que se realizou o negócio jurídico. E “favorecer titulares de créditos, que só se teriam constituído posteriormente”, não é exclusividade do processo falimentar, pois, por disposição do art. 165 do Código Civil, a vantagem da ação pauliana, se proposta no caso de insolvência civil, aproveita ao concurso de credores. Note-se que este artigo *não prescreve* que o concurso de credores é somente daqueles que já eram credores ao tempo do ato que se anula com a ação pauliana.

Há que se registrar que após a decretação de falência não há dúvida que a Lei a ser aplicada é a lei especial. Não pode haver dúvida que a ação cabível é a ação revocatória, daí não se falar em fungibilidade, nem em cumulatividade de forma subsidiária, data vênua ao entendimento de Yussef Said Cahali, anteriormente exposto, em que defendeu o cabimento de ação pauliana de forma originária no juízo falimentar, se o prazo de três anos para propositura da revocatória decaiu.

A fungibilidade entre ações seria possível, mas como *via de mão única*, da pauliana para a revocatória, quando a ação pauliana é proposta antes da decretação de falência e está em tramitação inicial. Nesse caso, seria atraída para o juízo universal da falência, e, tendo em

²⁴² CAHALI, op. cit., p. 707-708 (destacou-se).

vista a necessidade do procedimento de falência tramitar segundo dispõe a Lei de Falência, seria nesse caso, a ação pauliana convertida em revocatória, para se adequar à lei especial.

Essa interpretação se coaduna ao art. 115 da Lei 11.101/2005: “*A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever*” (destacou-se). E a forma que a Lei de Falência prescreve é a revocatória, sendo somente essa a possibilidade aos credores. Não se trata de uma escolha: a Lei é imperativa. Em nosso entendimento, impedida está a cumulatividade entre a revocatória e a pauliana de forma originária na falência.

Isso é diferente para a ação paulina proposta *antes* da falência (não após, o que se depreende do art. 115), cuja tramitação está mais avançada, que por aplicação dos princípios da celeridade e da economia processual, será concluída no juízo de origem, mas a vantagem auferida será revertida ao juízo da falência.

CONCLUINDO NOSSO PENSAMENTO

A partir da sentença de decretação de falência, atua o princípio da *vis attractiva*, significando a universalidade da competência do juízo falimentar, que atrai os feitos referentes a bens, interesses e negócios da massa falida, com exceção das causas trabalhistas, fiscais²⁴³ (competência ditada pela Constituição para a Justiça do Trabalho e Justiça Federal) e aquelas não reguladas pela lei falimentar em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo (art. 76 da Lei 11.101/2005), bem como as ações que demandem quantia ilíquida (§1º do art. 6º da mesma lei).

A sentença que decreta a falência é *condição de procedibilidade* para a ação revocatória falimentar e conhecer algumas premissas do procedimento de falência é essencial para compreender o instrumento processual *ação revocatória*, objeto do estudo inserido em seu contexto.

O contexto da ação revocatória é o processo de falência, que é um processo de execução concursal, contra a devedora empresa individual ou sociedade empresária insolventes. Embora a Lei 11.101/2005 tenha normas materiais e processuais, justifica-se o seu estudo no âmbito do direito processual, porque sem a instauração do processo, o *estado de fato de falência* não é ainda reconhecido pelo Direito.

Tanto a ação prescrita no art. 129 quanto no art. 130 da Lei 11.101/2005 declaram a ineficácia de ato em relação à massa, mas na primeira, o ato nunca foi eficaz, trata-se de ineficácia objetiva, imposta pela Lei, que a sentença declara a ineficácia com efeitos retroativos. Na segunda, o ato foi eficaz, porque aparentemente conforme o direito, como as fraudes costumam ser. Mas por uma sentença desconstitutiva, o ato foi revogado, sendo ineficaz daquela sentença em diante perante a massa.

²⁴³ Poder-se-ia citar a competência da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual (tributos estaduais) e da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal (tributos municipais).

O raciocínio é como o que utilizamos para a *revogação de leis*. Enquanto não houver lei posterior que revogue a anterior, a lei anterior está vigente, produz efeitos. E com a revogação da lei anterior, não deixam de ser eficazes os atos anteriores praticados em sua conformidade. A revogação da lei não retroage. Na revogação de ato, enquanto não for proferida a sentença que desconstitua o ato, ele continua produzindo efeitos. Publicada a sentença, o ato deixa de produzir efeitos perante a massa falida.

Quanto à escolha da modalidade de ação revocatória a ser proposta, entendemos que o raciocínio que o legitimado ativo para a ação revocatória deve fazer é se cabe a ação do art. 129. Se, e somente se não for hipótese do art. 129, intentar a ação do art. 130, se for conveniente, tendo em vista que a questão probatória é mais aprofundada e difícil de ser feita. Aplica-se a limitação de tempo do termo legal para as ações do art. 129 e 130, como critério objetivo para seu alcance.

No que tange ao inc. VI do art. 129 da Lei 11.101/2005, feita a notificação e mantendo-se os credores inertes, a ineficácia com base no art. 129 não pode ser declarada. Mas ainda pode ser intentada a ação do art. 130 da Lei 11.101/2005, se o ato foi praticado dentro do termo legal.

Tratamos das exceções à declaração de ineficácia com previsão no art. 131 da Lei 11.101/2005 (atos do art. 129 previstos no plano de recuperação judicial) e na hipótese de securitização de créditos da devedora (§ 1º, do art. 136). Incluímos nessas exceções a extinção de dívida vencida, dentro do termo legal, por outra forma que não prevista no contrato (art. 129, II), desde que a forma não prevista no contrato seja a compensação, que é mantida eficaz, por disposição expressa do art. 122, a não ser que se comprove o conluio fraudulento dentro do termo legal (propositura da ação do art. 130).

Apontamos as diferenças entre a ação pauliana civil e a revocatória falimentar, mesmo considerando que a ação revocatória falimentar é uma *especialização* da pauliana para o âmbito falimentar. As duas ações pretendem coibir fraude contra credores e possuem prazo decadencial para interposição.

Em comparação entre ambas, tem-se que a revocatória possui legitimidade passiva mais restrita (a entidade empresarial devedora não é ré para ação revocatória falencial) e legitimidade ativa mais ampla (qualquer credor, administrador judicial ou representante do Ministério Público). Já a pauliana é justamente ao contrário, possui legitimidade passiva mais

ampla (devedora e terceiro com quem ela contratou) e legitimidade ativa mais restrita (credores quirografários ou aqueles cuja garantia se tornou insuficiente, desde que já credores ao tempo do ato que se pretende anular).

Ainda na comparação entre a pauliana e a revocatória, parece-nos que o sistema da lei falimentar é mais coerente no que concerne à legitimidade para atacar atos realizados com fraude aos credores, pois destoa o fato de que a legitimidade ativa para a ação pauliana seja mais restrita, mas o resultado aproveite ao concurso de credores, incluindo-se neste concurso, talvez, algum(ns) credor(es) que não teria(m) legitimidade para anular judicialmente o ato tido como fraudulento.

A revocatória e a pauliana beneficiam os credores em concurso, mas se conserva a validade do ato perante terceiros na revocatória e o ato deixa de ser válido perante a falida e terceiros com a nulidade declarada na pauliana. Nessa distinção, é enfática a doutrina.

Observa-se que a ação pauliana não se encontra entre aquelas que continuam a sua tramitação no juízo de origem, segundo a disposição da legislação específica falimentar. A ação pauliana anteriormente proposta, será remetida para o juízo universal da falência, se em estágio inicial, pela atuação do princípio da *vis attractiva* e seu resultado aproveitará a massa. Nesse caso, será *convertida* em ação revocatória, que é a ação prevista na lei especial, pois os credores *somente* podem exercer seus direitos após a decretação de falência *na forma* que a Lei de Falência prescreve (art. 115).

Se, contudo, a pauliana já estiver em fase conclusiva no seu juízo de origem, respeitando-se os princípios da celeridade e da economia processual, deve-se ultimar o feito naquele juízo e o resultado favorável ser revertido em favor de todos os credores habilitados na falência, por aplicabilidade do princípio da *par conditio creditorum*.

Com relação à ação pauliana em andamento e superveniente decretação de falência, sendo o caso de atuação da *vis attractiva* do juízo falimentar, deve a pauliana ser recebida no juízo da falência como revocatória (art. 244, CPC), porque os feitos no juízo de falência serão realizados segundo a legislação de regência e a ação revocatória nada mais é do que uma *especialização da pauliana para o âmbito falimentar*.

Defendemos, portanto, nessa hipótese, a aplicação da *fungibilidade* entre as ações, mas como uma *via de mão única*: é possível a pauliana se converter em revocatória, porque a decretação de falência altera a competência (art. 87, CPC e 3º e 76 da Lei 11.101/2005) e o cabimento de ações, posto que a revocatória somente pode ser proposta após a decretação de falência. Mas a fungibilidade na via inversa, de revocatória para pauliana, não se aceita, porque com a decretação de falência, não há mais dúvida sobre qual ação é a adequada e em qual prazo, posto que expressamente prevista na lei especial. Prevalece, assim, a Lei de Falência (lei especial) sobre o Código Civil (lei geral).

No que concerne à cumulatividade, não há uma razão plausível para se aceitar que as duas espécies de ação (pauliana e revocatória) sejam propostas no juízo falimentar. Se dentro do prazo para revocatória, não deve ser aceita a pauliana na falência, porque a Lei de Falência contém instrumento processual específico. Se após o prazo decadencial da revocatória, não deve ser aceita porque não havia dúvida do prazo e do tipo de ação que a lei específica prescreve. Por interpretação do art. 115 da Lei de Falência, *a forma* que a Lei de Falência prescreve é a revocatória, sendo *somente* essa a possibilidade aos credores. Não se trata de uma escolha: a Lei é imperativa.

Esse é o nosso pensamento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

ABRÃO, Nelson. **Da ação revocatória**. 2 ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

ABRÃO, Nelson. **O Novo Direito Falimentar – Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ABRÃO, Nelson. **Os credores na falência**. 2 ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Universitária de Direito, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da. Ação incidental de habilitação retardatária de crédito na lei de falências e recuperação judicial. **Revista de Processo**. Ano 30, n. 123, p. 159-172, 2005.

ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da. **Manual de verificação e habilitação de créditos na lei de falências e concordatas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Classificação dos créditos no processo falimentar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 157-171, 2003.

ARAÚJO, José Francelino de. **O síndico na administração da falência**. 2 ed. totalmente ver. e atual. Porto Alegre: Sagra: D. C. Luzzatto, 1996.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3 ed. Brasília: UnB, 1997.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial. Falências e Concordatas**. 2 ed. São Paulo: LED – Editora de Direito.

AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concorsuali**. Turin: Utet, 1953.

BARRETO JUNIOR, Caio Graccho. **Tutela cautelar nas falências e concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATALHA, Wilson de Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha de. **Falências e Concordatas**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 1999.

BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 2001.

BERGER, Dora. Aspectos processuais e materiais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. **Cadernos de Direito Processual**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, PPGDIR-UFES, Ano 1, n. 1, p. 30-36, ago./dez.Vitória (ES): UFES, 2006.

BERMURDES, Sérgio. A favor do contra. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 65, p. 219-223. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mig_gramaticais.aspx?lista=S&cod=56116> Acesso em: 27 mar. 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Falências comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONELLI, Gustavo. **Del fallimento**. 3 ed. Milao: Francesco Vallard, 1938, v. 1.

BONSIGNORE, Angelo. Le procedure concorsuali, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. 1973, p. 691.

BONSIGNORI, A. **Il fallimento**. Turin: Utet, 1992.

BONSIGNORI, A. **La liquidazione coatta amministrativa e gli altri procedimenti concorsuali**. Nápoles: Morano, 1965.

BRASIL. **Decreto do Poder Legislativo nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929**. Disponível em:

<<https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/Legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2FLEGISLA%2FLegislacao.nsf%2FviwTodos%2Fbaa3437a6d4ab37d032569fa006df11b%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C5.746%26AutoFramed>>. Acesso em 18 jan. 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores**: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 3 ed. rev. e atual. com o Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Da ineficácia e da revogação dos atos praticados antes da falência. **Revista do Advogado**, v. 25, n. 83, p. 89-97, set., 2005.

CAMARA, Hector. **El concurso preventivo e la quiebra**. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 3.

CAMPINHO, Amaury. **Manual de falência e concordata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. A falência: inovações introduzidas pela Lei 11.101/2005. **Jurisprudência mineira, Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, v. 56, n. 172, p. 19-35, jan./mar., 2005.

CANDIAN, Aurélio. **Il processo di fallimento**. 2 ed. Pádua: Cedam, 1939.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. A ordem de preferência na nova lei de falências. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 71-82, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**: à luz da Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial. 2 ed. Ver. E atual. Curitiba: Juruá, 2007.

CERVI, Hécio Ricardo Cerqueira. Falência: revocatória, prazo, anulação de venda de direitos sobre linha telefônica, procedência, recurso, provimento, usucapião declarada. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, v. 16, n. 103, p. 59-75, ago., 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória Falimentar**: de acordo com a nova lei de falências. 3 ed. rev. atual e ampl., com base na Lei 11.101, de 09.02.2005. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de recuperação de empresas**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**. 1 ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Nova lei de falências e recuperação de empresas**: lei 11.101/2005, de 09.02.2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

D'AVACK, Carlo. **La natura giuridica del fallimento**. Pádua: Cedam, 1940.

DE FERRA, G. **Manuale di diritto fallimentare**. Milão, Giuffrè, 1998.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, vol. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed. rev. e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I, II e III.

EMANUELE CANAVESE, **Il monopolista di diritto e la revocatoria fallimentare dei pagamenti**. 1999, p. 1129.

FASSI, Santiago; GEBHARDT, Marcelo. **Concursos y quiebras**. 7 ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNÁNDES-RÍO, Angel José Rojo. **El estado de crisis económica**. Madri: Civitas, 1982.

FERRARA, Francesco. **Il fallimento**. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1959.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio**: com corretor ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1996]. 1 CD-ROM.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, 5v.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado das sociedades mercantis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. Volume?

FERRI, Giuseppe. **Corso di diritto commerciale**. 5 ed. Turim: Utet, 1993.

FOERSTE, Ulrich. **Insolvenzrecht**. 2 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2004.

FORMIGGINI, Aldo. Rivoluzione nella revocatória, evoluzione nei contratti preliminari. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 55, n. 4, p. 1163-1175, dic., 2001.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das falências, concordatas e recuperações**: Lei 11.101/2005. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madri: Aguirre, 1974.

GOLDSCHMIDT, Roberto. **Curso de derecho mercantil**. Caracas: Universidad Central, 1974.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualizador Humberto Theodoro Junior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Os recursos na nova lei de falências, recuperação judicial e extrajudicial**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9.

HEREDIA, Pablo. **Tratado exegético de derecho concursal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000, t. 2.

IGLESIAS, José Antonio. **Concursos: las reformas a la ley**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

LACERDA, J. C. Sampaio. **Manual de Direito Falimentar**. 14 ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LANFRANCHI. Procedura concorsuali e tutela dei creditori. Milao: Giuffrè, 1988.

LEONEL, Jayme. **Da ação revocatória no direito da falência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa – No direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. **Revista de direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, set./dez. 1995, p. 65-104, 1995.

LOBO, Jorge. **Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2000.

LOPES, Rénan Kfuri. **Roteiro do síndico na falência – Doutrina, prática e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LUCIANI, Vito. **Trattato del fallimento**. Milão: Francesco Vallardi, 1922.

MAFFEI, Alberti. **Commentario breve alla legge fallimentare**. Pádua: Cedam, 1986.

MAFFIA, Osvaldo J. **Derecho concursal**. Zavalía, 1985, t. 1.

- MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. **Instituzione di diritto fallimentare**. Pádua: Cedam, 1974.
- MAGGIORI, Giuseppe Ragusa. **Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare**. Milano: Dott. A. Giufrè.
- MAIERINI, Angelo. **Della revoca degli atti fraudolenti**. Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1898.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4
- MARGHIERI, Alberto. **Manuale di diritto commerciale**. Roma: Romana, 1922.
- MARTORELL, Ernesto. **Tratado de concursos y quiebras**. Buenos Aires: Depalma, 2001, t. 2.
- MASSIMO MONTANARI. **Le eccezioni in senso stretto e la revocatória nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo**, 2005, p. 131.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MAZZILI, Hugo Nigro. A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da lei nº 11.101/2005. **Revista síntese de direito civil e direito processual civil**, v. 7, n. 38, p. 53-55, nov./dez., 2005.
- MAZZOCA, D. **Manuale di diritto fallimentare**. 3 ed. Nápoles: Jovane, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Pareceres e falência**. Sorocaba, SP: Minelli, 2006. v. I.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1946, v. VII.
- MERZ, S. **Manuale pratico del fallimento**. Pádua: Cedam, 1993.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do Direito Comercial ao Direito Empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 71-98, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – parte especial**. 2 ed., t. XXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – parte geral**. 1 ed., t. 4, Campinas: Boockseller, 2000. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NAVARRINI, Umberto. **La quiebra**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.

NAVARRINI, Umberto. **Trattato teorico-pratico di diritto commerciale**. Milão: Hoepli, 1931.

NERY JUNIOR, Nelson. Decadência da ação revocatória falimentar: prazo dos arts. 56 a 114, par. 1 da Lei de falências: pareceres. **Revista de Processo**, v. 13, n. 50, p. 171-176, abr./jun., 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito falimentar e recuperação judicial de empresas: doutrina, prática processual, legislação, jurisprudências e súmulas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2005.

PACHECO, José da Silva. Da fraude contra credores em face do novo código civil. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 24, n. 28, p. 395-392, 18 jul. 2004.

PACHECO, José da Silva. Falência: venda de imóvel no período suspeito. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 21, n. 38, p. 634-631, 23 set. 2001.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata: doutrina, prática e jurisprudência**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/2005 e a alteração da Lei 11.127/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PAES, P. R. Tavares. **Curso de falências e concordatas**. São Paulo: LEJUS Livraria e Editora Jurídica Senador, 1998.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar. **Revista de direito público da economia**, v.5, n. 19, p. 9-28, jul./set., 2007.

PORTALE, Giuseppe B. Delegazione alle ‘scoperto’ e revocatória fallimentare. **Giustizia Civile: Rivista Mensile Di Giurisprudenza**, v. 34, n. 2, p. 451-457, 1984.

PROVINCIALI, Renzo. **Manuale di diritto fallimentare**. 3 ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

PROVINCIALI. **Lezione di diritto fallimentare**. Pádua: Cedam, 1973.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito falimentar internacional e MERCOSUL**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

RICCI, Edoardo. Sulla natura dichiarativa della revocatoria fallimentare. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 55, n. 1, p. 19-35, genn./mar., 2000.

ROBLES, Mariano. L'Esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado ed i suoi limiti. **Rivista di Diritto Civile**, pt. 2, v. 47, p. 307-346, 2001.

ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Fratelli Bocca, 1917.

SANT'ANNA, Rubens. **Falências e Concordatas**. 5 ed. Rio de Janeiro, Aide, 1985.

SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SATTA, Salvatore. **Instituciones del derecho de quiebra**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa- América, 1951. Tradução e notas: Rodolfo O. Fontanarrosa.

SEMO, Giorgio de. **Diritto fallimentare**. Firenze: Casa Editrice del Dott. Carlo Cya, 1948.

SILVA, Ovidio Baptista da. **Curso de processo civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Tutela antecipatória e o procedimento falimentar. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, v. 10, n. 17, p. 131-142, jul./dez., 1996.

SOUZA, Marco Antônio de. Recomposição do patrimônio da massa falida em decorrência de ato de dação em pagamento pelo devedor, não previsto em contrato, realizado dentro do termo legal da falência. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 8, n. 14, p. 212-214, jan./jun., 2005.

SRAFFA, Angelo. **Il fallimento delle societa commerciali**. Firenze: Fratelli Cammelli, 1897.

SUPINO, David. **Instituzioni di diritto commerciale**. 7 ed. Firenze :G. Barvera,1900.

TARZIA, Giuseppe. Limiti funzionali della revocatoria fallimentare. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 55, n. 1, p. 8-18, genn./mar., 2000.

TERRANOVA, Giuseppe. La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari. **Rivista di Diritto Civile**, v. 45, n. 2, p. 129-170, mar./apr. 1999.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2007.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7 ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALLE, Christino Almeida do. **Teoria e prática da ação revocatória**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

VALVERDE, Trajano de Miranda Valverde. **Comentários à lei de falências**. 4 ed. rev. e atual. Por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

VIDARI, Ercole. **Corso di diritto commerciale**. 5 ed. diligentemente riveduta. Milano: Ulrico Hoepli, 1908.

VIVANTE, Cesare. **Instituzioni di diritto commerciale**. Milão: Hoepli, 1937. Livro VI

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 4 ed. Milano: Francesco Vallardi, 1916.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZANETTI, Robson. A determinação da falência do devedor comerciante diante da não nomeação de bens à penhora dentro do prazo legal no processo de execução singular. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 251-263, 2002.

ZANETTI, Robson. **Direito Falimentar. A prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2001.