



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE**

**A TUTELA DOS CREDORES FUTUROS NO DIREITO BRASILEIRO:  
APLICAÇÃO PARADIGMÁTICA DA LEI DE FALÊNCIA E  
RECUPERAÇÕES EM CASO DE FRAUDE CIVIL**

Tese de Doutorado

Recife  
2016

**RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE**

**A TUTELA DOS CREDORES FUTUROS NO DIREITO BRASILEIRO:  
APLICAÇÃO PARADIGMÁTICA DA LEI DE FALÊNCIA E  
RECUPERAÇÕES EM CASO DE FRAUDE CIVIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Constitucionalizações das relações privadas

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lobo

Recife  
2016



## **Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade**

### **ÕA Tutela dos Credores Futuros no Direito Brasileiro: Aplicação Paradigmática da Lei de Falência e Recuperações em Caso de Fraude Civilõ**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo.**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professora Dr<sup>a</sup>. **Fabiola Albuquerque Lobo** (Presidente )

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Luíz Edmundo Celso Borba** (1º Examinador externo/UPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **José Barros Correia Junior** (2º Examinador externo/UFAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha** (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 02 de setembro de 2016.

Coordenadora Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. **Juliana Teixeira Esteves.**

A João, meu marido; Thiago, Luciana e  
Valentina, filhos muito amados.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu marido, pelo apoio incondicional, em todas as horas.

Ao Professor Paulo Luiz Netto Lobo, pelos valiosos ensinamentos e orientações.

A Roberto Paashaus, a quem sempre serei grata, pela oportunidade de fazer parte da comunidade jurídica.

A minha tia Dulce, pela revisão gramatical.

Aos Mestres e Doutores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pela motivação no aprofundamento dos conhecimentos.

Ao amigo e mestre Cláudio Brandão, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Damas, pelo suporte no desenvolvimento e conclusão da pesquisa.

A Carolinne Brito Fernandez e Rosane Pereira, da Uninassau Recife, Coordenadoras do Curso de Direito, da Uninassau Recife, pelo apoio no desenvolvimento e conclusão da pesquisa.

Aos membros da banca examinadora, pela generosidade na contribuição do melhoramento da pesquisa.

Compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele (FERRAZ JR., 2015, p. 1).

## RESUMO

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **A TUTELA DOS CREDORES FUTUROS NO DIREITO BRASILEIRO:** aplicação paradigmática da Lei de Falência e Recuperações em caso de fraude civil. 2016. 220 f. Tese Doutorado em Direito ó Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

A pesquisa tem por objeto a análise do instituto jurídico da fraude contra credores previsto legalmente no Código Civil brasileiro, de 2002 e na Lei de Falência e Recuperações de empresas, de 2005, constituindo, com isso, um modelo estabelecido sobre dois sistemas distintos que tratam do mesmo fenômeno, levando a consequências igualmente distintas. Essa dicotomia tem resultado em uma nociva confusão terminológica do próprio conceito de fraude. Confrontadas as legislações, notou-se a maior eficiência dos instrumentos processuais da lei falimentar em detrimento da lei civil, especialmente em relação aos efeitos das sanções dos atos praticados em fraude, inclusive pela possibilidade de reconhecer a fraude contra credores como gênero, da qual decorreriam duas espécies: a fraude subjetiva e a fraude objetiva. Tal distinção teve como base a presença ou a ausência do elemento intencional de lesar credores, permitindo reconhecer, por sua vez, a possibilidade de prejuízos a credores atuais e credores futuros. A violação ao princípio da boa-fé, instituidor de deveres jurídicos prévios à relação negocial, enseja a sanção dos atos praticados, mesmo quando destinados às situações futuras. O objetivo é demonstrar a superação dos problemas oriundos desse sistema dual, sem perder a segurança jurídica decorrente da autonomia dos ramos jurídicos do direito privado.

**Palavras-chave:** Fraude subjetiva. Fraude objetiva. Credores atuais e futuros. Atos ineficazes. Diálogo das fontes.

## ABSTRACT

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **THE PROTECTION OF FUTURE CREDITORS IN THE BRAZILIAN LAW**: the paradigmatic application of the Law of Bankruptcy in case of civil fraud. 2016. 220 f. Doctoral Thesis ó Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

The research aimed the analysis of the institute of the fraud against creditors as established in the Brazilian Civil Code of 2002 and the Bankruptcy and Recovery Law of 2005, constituting, thereby, a model of two distinct systems that deal with the same phenomenon, but leading to different consequences. This dichotomy has resulted in a harmful terminological confusion of the concept of fraud. Confronting the laws, it is possible to note the best efficiency of the procedural tools established in bankruptcy law rather than in civil law, especially regarding the effects of the sanctions of acts performed in fraud, including the possibility of recognizing of the fraud against creditors as a gender, which contains two species: the subjective and the objective fraud. This distinction was based on the presence or absence of the intent of harming creditors, allowing to recognize, in turn, the possibility of damage to current creditors and future creditors. The violation of the principle of good faith, as basis of previous legal duties to the business relationship, entails the punishment of acts performed even when intended for future situations. The objective is to demonstrate to overcome the problems arising from this dual system, without losing legal certainty due to the autonomy of the legal branches of private law.

**Keywords:** Subjective Fraud. Objective fraud. Current and future creditors. Ineffective acts. Dialogue of sources.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>1 A FRAUDE CONTRA CREDITORES NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO EMPRESARIAL .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1 A fraude contra credores no direito civil .....</b>	<b>19</b>
1.1.1 A definição legal de fraude .....	26
1.1.2 Os elementos da fraude segundo o Código Civil brasileiro: <i>consilium fraudis, eventus damni</i> , anterioridade do crédito .....	27
1.2 A fraude contra credores no direito empresarial .....	29
1.3 A fraude à execução .....	34
1.4 Consequências do tratamento distinto entre insolvência civil e insolvência empresarial nas fraudes contra credores .....	37
1.5 Definição própria de fraude contra credores .....	40
<b>2 A CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE CONTRA CREDITORES FUTUROS .....</b>	<b>47</b>
2.1 A relação negocial e a boa-fé objetiva .....	50
2.1.1 A obrigação em sua concepção dinâmica: o conceito relacional como critério mais adequado de identificação do credor futuro .....	52
2.1.2 O princípio da boa-fé como emanção de deveres gerais de conduta .....	54
2.1.3 A recepção da boa-fé objetiva no direito brasileiro .....	58
2.1.4 As funções da boa-fé objetiva na relação negocial .....	61
2.2 O dever antecedente de garantia patrimonial como emanção do princípio da boa-fé e o credor futuro .....	69
2.2.1 Irrelevância da anterioridade do crédito diante da finalidade ilícita .....	72
2.2.2 Os créditos inexigíveis e a fraude .....	79
2.3 As relações conexas e as condutas suspeitas .....	80
2.3.1 O planejamento sucessório e a blindagem patrimonial .....	83
2.3.2 A renúncia de direitos e os atos unilaterais .....	93
2.4 Os elementos necessários da fraude contra credores futuros .....	97
2.4.1 A insolvência do devedor .....	99
2.4.2 O dano .....	104
<b>CAPÍTULO 3 A FRAUDE OBJETIVA NO DIREITO CIVIL E O POSSÍVEL DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIDADE DAS FONTES LEGAIS .....</b>	<b>106</b>
3.1 As medidas judiciais de conservação da garantia geral .....	109
3.1.1 A ação pauliana .....	109
3.1.2 A declaração de ineficácia .....	111
3.1.3 A ação revocatória .....	112
3.1.4 A desconsideração da pessoa jurídica e a desconsideração inversa .....	116
3.2 A fraude objetiva na Lei de Falência e Recuperações .....	119

3.2.1 O termo legal e o período suspeito .....	120
3.3 O diálogo das fontes e o direito civil-constitucional: os métodos hermenêuticos de harmonização do direito privado .....	122
3.3.1 O método sistemático de complementaridade .....	130
3.4 A função social das relações obrigacionais como vetor do diálogo das fontes .....	140
3.4.1 Os princípios jurídicos e a conformação constitucional .....	146
3.4.2 A funcionalização das relações obrigacionais e a harmonização da fraude contra credores .....	150
3.5 A fungibilidade das ações como meio de ampliar a tutela do crédito .....	157
<b>CAPÍTULO 4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FRAUDE CONTRA CREDORES .....</b>	<b>162</b>
4.1 Os planos negativos dos negócios jurídicos .....	164
4.2 O primeiro problema: invalidade ou ineficácia relativa dos atos praticados em fraude contra credores? .....	170
4.2.1 A causa do negócio praticado em fraude contra credores como critério distintivo da licitude .....	173
4.2.2 A fraude contra credores e o terceiro cúmplice .....	181
4.2.3 A distinção entre atos objetivos e atos subjetivos como elementos categoriais da fraude: justificativa da ineficácia .....	184
4.3 O segundo problema: unificação ou dualidade de tratamentos na fraude contra credores?.....	187
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>201</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>206</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, tem sido cada vez mais corriqueira a publicação de manchetes jornalísticas, que apontam variadas situações de desvio de dinheiro público através de uma atuação fraudulenta de agentes negociais, especialmente no ambiente empresarial. Quando confrontados por investigações oficiais e, especialmente no momento processual da penhora de bens, não são identificados, no patrimônio dos envolvidos, os bens que deveriam compor o acervo patrimonial dos agentes envolvidos nos referidos desvios.

Trata-se de situação curiosa, na qual a negatização voluntária do patrimônio é resultado de uma escolha estratégica, para evitar a penhora e o confisco de bens. Através de doações, cessões de direitos, operações com empresas fantasmas e mais uma dezena de ações negociais, os bens que um dia compuseram um acervo, foram repassados para terceiros, de modo a olimparö o patrimônio. Algumas vezes, não se trata sequer de transferência, mas de ausência absoluta de formação do acervo patrimonial. Entre essas situações, não é raro encontrar a fraude contra credores.

Mais difícil do que lidar com a fraude contra os credores já constituídos à época desse verdadeiro esvaziamento patrimonial, é lidar com o caso das situações creditícias que ainda estão por vir, v.g. a partilha de bens no futuro divórcio de alguém, que tenha repassado em parte, ou até mesmo todo o seu patrimônio, para outrem, apenas para fraudar tal partilha.

Igualmente, pode-se afirmar que, para evitar o confisco de bens ilicitamente adquiridos, bem como o sequestro ou a penhora de bens que foram regularmente amealhados, é possível recorrer ao extravio de parte ó ou até mesmo de todo o acervo patrimonial ó mediante o recurso de sociedades empresárias situadas em paraísos fiscais e interpostas pessoas, vindo a fraudar eventuais credores, que ainda não os eram ao tempo do extravio.

Dentre tantas outras hipóteses de fraudes contra credores futuros, o exemplo supramencionado denota várias dificuldades para a obtenção de uma efetiva satisfação das obrigações assumidas, de ordens materiais e processuais. A primeira delas é caracterizar a fraude contra credores ainda não constituídos; a segunda é o correto manejo das ações respectivas, que podem facilitar a comprovação do direito, por inversão do ônus da prova e presunções jurídicas.

Para enfrentar o problema apontado, é imprescindível conhecer as origens e o atual estágio em que se encontra a figura da fraude contra credores, no direito brasileiro.

A fraude contra credores pode se configurar pelas mais variadas formas de burlar a satisfação do crédito contraído ou a contrair, pelo esvaziamento consciente do patrimônio por parte do próprio devedor, através de atos simulados, dissimulados e até mesmo verdadeiros. O objetivo do devedor é causar a própria insolvência e depois se utilizar dela para escapar à execução forçada. Contudo, tal insolvência assim configurada não poderá ser eficaz nessa finalidade, diante do que preconiza o princípio da boa-fé.

Percebe-se que há dois grandes grupos de causas da insolvência: (a) os atos simulados e dissimulados, que apenas aparentam situação jurídica (insolvência aparente) e (b) os atos verdadeiros (insolvência real).

No primeiro grupo incluem-se as manobras de esvaziamento patrimonial com o uso de sociedades e *holdings*, muitas vezes constituídas com testas-de-ferro (õlaranjasö); doações com a reserva do direito de usufruto vitalício; doações para parentes próximos, amigos e subordinados, com cláusulas bumerangues; enfim, são atos que somente na aparência jurídica configuram a insolvência do devedor, pois faticamente continua o mesmo ainda se locupletando dos benefícios oriundos desses bens.

No segundo grupo, encontram-se as operações reais que implicam em redução parcial ou total (esvaziamento) do patrimônio, e nem sempre são situações que decorrem da própria torpeza do devedor, porém todas interessam à análise jurídica acerca do que se pode definir como fraude. Aqui, efetivamente, os atos e negócios são praticados no sentido de disposição de bens do acervo patrimonial, sem que o devedor, seu antigo titular, tenha a pretensão na sua recomposição com os mesmos bens transmitidos a terceiros.

A fraude contra credores tem, tradicionalmente, três pressupostos: o *eventus damni*, o *consilium fraudis* e a anterioridade do crédito. Não há, no texto escrito da lei civil, nenhuma referência sobre a possibilidade de sancionar atos fraudulentos diante da posterioridade do crédito inadimplido, contudo já há decisões do Superior Tribunal de Justiça que vêm relativizando essa anterioridade exigida, sobrelevando o aspecto subjetivo da intenção fraudulenta e, muitas vezes, do conluio com terceiros para esse objetivo.

O problema é que tais decisões não estão fundamentadas em parâmetros científicos que apontem com rigor os critérios hermenêuticos adotados, contribuindo para um ambiente inseguro e, de certo modo, fragilizado pela sua discricionariedade.

A anterioridade do crédito como requisito legal da fraude exclui os credores, que ainda advirão às manobras já encetadas para esvaziar o patrimônio do indivíduo (patrimônio esse que é a garantia geral de solução obrigacional), os créditos ilíquidos, bem como aqueles que estejam sujeitos aos fatores de eficácia originária (condição, termo e encargo). Repetindo

disposição constitucional e positivando regra processual ordinária que já se consolidara no Direito, dispõe o artigo 3º do Código de Processo Civil, de 2015, que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, o que significa dizer que não há impedimento legal à tutela de crédito futuro.

A malícia e o artil são qualidades contrárias à boa-fé, por isso as condutas realizadas com esses artifícios ofendem as regras morais, éticas e jurídicas, não importando se tais regras sejam escritas ou não. A fraude contra credores que se caracteriza justamente pela malícia e pelo artil do devedor, que causa a própria insolvência, no intuito de não satisfazer a dívida contraída, é ofensiva de todas elas.

A ausência de uma previsão legal expressa sobre o credor futuro, contudo, não deve ser óbice à tutela do direito de conservação da garantia patrimonial do seu devedor. A possibilidade de harmonização do sistema de tutela do crédito pela aplicação da lei falimentar às situações de natureza civil, através do conhecido método hermenêutico legislativo, denominado diálogo das fontes, atualmente mais utilizado nas relações consumeristas, é meio viável de superação desse limite.

Além de critério para a permissão legal do manejo da ação pauliana, a anterioridade do crédito tem sido tomada como um dos elementos caracterizadores da fraude contra credores, no direito civil. Em outros ordenamentos, como o italiano e o português, há sanções aos atos redutores da garantia patrimonial, como a via da impugnação pauliana, a nulidade, a revocatória (ordinária e falimentar) e a sub-rogação do credor no direito não exercido do devedor, independentemente do crédito a ser tutelado estar ou não apto à exigibilidade, seja por não ter sido ainda concluído, seja por estar na pendência de condições, termos ou encargos.

Nessas leis estrangeiras, aqui referidas pela semelhança com o direito pátrio e pelo papel constante de fonte inspiradora de elaboração legislativa, percebe-se um verdadeiro sistema de tutela do crédito, independentemente de ser um crédito presente ou um crédito futuro.

No Brasil, a tese da tutela aos credores futuros não é pacífica, talvez pelo apego às noções de relação jurídica e direito subjetivo, que, nos moldes da ciência positivista, concebem um direito subjetivo à pretensão somente após iniciada a relação jurídica. Obviamente, isso é um dogma jurídico. A questão é que por muito tempo confundiu-se a relação jurídica contratual com a formalização do próprio contrato, de modo que apenas depois de formalizado este poderiam ser exigíveis as obrigações daí decorrentes. Isso

significava dizer que não seria possível conceber atos pré-negociais, especialmente atos sujeitos a pretensões ou ações próprias, independentes do contrato.

A constatação de que a relação negocial obrigacional se desenvolve em cadeia, como um processo, rompeu com essa visão estática da obrigação e do contrato, possibilitando enxergar que a relação negocial se inicia ainda antes da formalização do contrato e pode ser estendida a períodos de tempo que podem ser maiores ou menores, conforme haja elementos de conexão entre esses atos. Disso resulta o reconhecimento de atos predeterminados a fraudar créditos que ainda não foram constituídos, configurando a fraude contra credores futuros, já aptos à sanção.

A tese, portanto, aborda uma problemática sob duas perspectivas: (I) a insuficiência do modelo atual da fraude contra credores prevista no artigo 158, do Código Civil brasileiro, e (II) a possibilidade de sancionamento para atos que frustrem a garantia patrimonial destinada à solvência obrigacional, não importando se o seu agente tenha ou não o interesse específico para lesar seus credores.

Assim, surgem duas hipóteses de problematização: (a) a dicotomia de tratamento da fraude contra credores no ordenamento jurídico nacional, que prevê diferentes modos de caracterização e de sanção, quais sejam, a anulabilidade dos atos na fraude civil, que somente abrangem os créditos constituídos previamente, e a ineficácia dos atos na fraude empresarial, que alcançam também créditos futuros; e (b) a inexistência de uma teoria geral de fraude contra credores, que permita uma concepção de modelo peculiar de fraude contra credores futuros, independentemente da qualidade desses credores (públicos ou privados, de ordem civil ou empresarial). As duas hipóteses se entrelaçam no desenvolvimento da pesquisa.

A comparação entre os diplomas legais brasileiros atualmente em vigor, o Código Civil e a Lei de Falência e Recuperações, tem o papel de tentar demonstrar qual das legislações conseguiu captar mais apropriadamente as mudanças sociais que levaram a considerar mais relevantemente a tutela do crédito em detrimento da tutela da propriedade.

No aspecto processual, as divergências com o direito material quanto às consequências da fraude também não têm colaborado para um panorama mais harmônico, justamente por isso merece nesse estudo algumas considerações específicas, mesmo que brevemente.

A boa-fé objetiva é o marco teórico desta discussão, apontada como paradigma para a harmonização do sistema jurídico de tutela do crédito, em torno da figura da fraude contra credores, independentemente da sua natureza e do seu tempo de constituição. Com isso, permite-se constatar a existência de uma fraude subjetiva e de uma fraude objetiva contra

credores, atuais e futuros, ocorrida antes ou depois de decretada a quebra do devedor insolvente.

Entende-se como crédito futuro aquele que ainda não se constituiu ou, mesmo quando já constituído, não se encontra apto à execução, seja por se tratar de crédito oriundo de atos nulos, seja por se tratar de crédito sujeito a algum fator de eficácia, como condição, termo ou encargo. A inexigibilidade do crédito não é considerada um fator de impedimento à ineficácia do ato praticado em fraude, pois a *ratio* da ineficácia é notadamente conservar a garantia patrimonial do devedor.

As relações negociais assumem, neste contexto, *status* de direito com eficácia *erga omnes*, pelo reconhecimento da funcionalização das obrigações. É pela via da obrigação que se dá a satisfação das necessidades humanas, assim a obrigação avoca, neste contexto, uma qualidade que sempre foi apontada como própria de direito fundamental.

A tutela das relações negociais se sustenta sobre a primazia da garantia patrimonial como meio de assegurar, eventualmente, a satisfação das obrigações contraídas. A ineficácia de atos fraudulentos, independentemente da comprovação de qualquer invalidade, destina-se a permitir futuras investigações no plano da invalidade dos negócios.

Esse vetor de conformação de uma hermenêutica sistemática e complementar, nos termos de um diálogo de fontes, entre a lei civil e a lei falimentar brasileiras, pode ser um meio de superação das limitações oriundas do Código Civil acerca da fraude contra credores futuros, alcançando também as fraudes de natureza objetiva, atualmente apenas localizada na seara falimentar.

Mas tem como óbice as limitações próprias desse recurso, que será analisado à luz de uma abordagem civil-constitucional, de raiz pragmatista, justificadoras de um direito construído em cada caso concreto, mas sem perder de vista a segurança do modelo tripartite de poderes, que caracteriza o Estado nacional. Neste sentido, a atuação do julgador deve encontrar parâmetros seguros de atuação na lacuna da lei.

As transformações das relações privadas nos últimos tempos impulsionaram a necessidade de uma revisitação dos institutos clássicos do direito civil, especialmente após a afirmação do direito civil-constitucional como método conformador desse ambiente transformado.

As obras de autores nacionais e estrangeiros, de períodos históricos distintos, porém situados em momentos previamente delimitados, bem como as leis civis portuguesa, italiana e argentina sobre conservação da garantia patrimonial, são trazidas estrategicamente como fundamentos doutrinário e legislativo à crítica apontada, mas sem nenhum recurso técnico de

direito comparado. O recurso à fonte jurisprudencial, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, através da referência a julgados em torno da questão da fraude contra credores, serve de parâmetro necessário para apontar o estado atual do tema na prática jurídica.

## **CAPÍTULO 1 A FRAUDE CONTRA CREDORES NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO EMPRESARIAL**

O tema abordado se insere, naturalmente, num ambiente de crise patrimonial. A difícil tarefa de liquidar totalmente o patrimônio de um sujeito e a tentativa de manutenção de alguns bens no acervo atacado, configura uma verdadeira disputa entre o devedor e os seus credores, nos moldes de um cabo-de-guerra. De um lado, o devedor, insolvente ou em vias da insolvência, tenta evitar a extirpação total de seu patrimônio; de outro, os credores, organizados em concurso, pretendem o confisco total, para que se tenha assegurado, se não todo o pagamento de suas respectivas dívidas, ao menos a maior parte delas.

No meio disso, encontra-se a difícil tarefa de separar os atos válidos dos atos inválidos, bem como identificar as operações de mobilidade patrimonial que devem ser consideradas ineficazes, sejam derivação das invalidades ou originária de circunstâncias previamente determinadas.

Se, por um lado, a função social da empresa sugere a manutenção da atividade às custas do sacrifício dos credores, como acontece no plano das recuperações judiciais e extrajudiciais, adotadas no país pela Lei de Falência e Recuperações, de 2005, por outro, tem como finalidade precípua a proteção dos credores, no caso da decretação da falência.

É fato que o Direito não se limita à lei e que o julgador, no caso concreto, deve proceder a escolhas, algumas vezes, bem difíceis. Todavia, a função social da empresa não pode se sobrepor à fraude contra os credores. A manutenção dos postos de trabalho, da fonte de arrecadação de impostos e da concorrência no mercado de consumo só se justificam quando os credores são contraprestados pelo pagamento correspondente às suas prestações, já realizadas ou ainda a realizar. Não pode ser aceitável que determinado devedor continue suas atividades rotineiras, sem que cumpra as suas obrigações, sob o escopo de que a atividade empresária não atende apenas aos interesses do empresário, mas a de todos aqueles que se relacionam com a empresa.

Mais do que isso, a tutela dos credores envolve a afirmação de valores de vários institutos jurídicos que são relevantes para a manutenção da segurança econômica, com desdobramentos sociais inafastáveis, como a circulação da riqueza, por exemplo.

Destarte, elegeu-se os créditos ó e com isso seus titulares ó como objeto de tutela, diante dos atos praticados pelo devedor, com ou sem a intenção específica de fraudá-los,

estejam já constituídos ou não ao tempo da fraude cometida, em afirmação de uma função social do crédito.

Nesse sentido, a tese da fraude contra credores futuros parte da análise do instituto civil da fraude contra credores. O modelo moderno adotado pelo legislador brasileiro no Código Civil, de 1916, e repetido quase integralmente no Código Civil, de 2002, em muito difere de sua longínqua origem romana, mas mesmo assim é senso comum na doutrina civilista essa raiz histórica.

O problema que aqui se põe não se prende apenas a investigar a fonte romana e a partir dela como foi desenvolvida a figura da fraude contra credores no direito moderno, mas se esse modelo atual previsto na legislação brasileira se encontra apto a solucionar conflitos típicos da contemporaneidade, diante de uma realidade social e jurídica diversa daquela em que foi concebida.

Inicialmente, verifica-se que no Brasil existem dois sistemas de regulação a respeito da fraude contra credores, que tratam diferentemente o mesmo fenômeno: um de direito civil, em que a fraude conduz à invalidade e um de direito empresarial, para o qual a fraude implica na ineficácia. Essa distinção se torna mais singular quando analisada em face da atividade econômica, que pode ser considerada simples ou empresária, conforme estejam presentes os elementos de empresa ou não, nos termos do artigo 966, do Código Civil, de 2002, e por isso pode conduzir facilmente a inúmeras situações simuladas, com intuito de burlar a aplicação da lei.

O tratamento diferenciado pode ser mais benéfico conforme se trate de fraude civil, em razão da limitação do modelo legal de invalidade relativa e do prazo decadencial de impugnação de quatro anos, ao fim do qual se convalida definitivamente o ato ou negócio fraudulento. Assim, se uma atividade não é empresária por natureza, pode ser desenvolvida ou não sob o pálio do direito empresarial, cabendo tal escolha ao agente, favorecendo assim o surgimento de critérios alheios à atividade negocial, como, por exemplo, o de qual seria a melhor opção para o cometimento de fraudes.

Não obstante a questão tormentosa de se identificar o efeito jurídico da fraude em anulação, nulidade, ineficácia *de per se* ou ineficácia por revogação, um segundo tratamento dúplice foi perfilhado pelo direito empresarial brasileiro, que, afastando-se do modelo civilista, dividiu a matéria da fraude contra credores cometida em ambiente falimentar, ou em sede de recuperação judicial, em atos objetivamente ineficazes e atos sujeitos à ação revocatória.

Assim, atualmente, pode-se dividir o estudo do tema no direito privado conforme seus dois grandes ramos: o direito civil, onde a fraude contra credores, prevista no artigo 158, do Código Civil, de 2002, sanciona o ato com a anulabilidade, e a fraude à execução, encontrada no artigo 792, do Código de Processo Civil, de 2015<sup>1</sup>, tendo como sanção apontada pela doutrina e pela jurisprudência a ineficácia; e o direito empresarial, onde a fraude contra credores pode ser realizada sem intenção de lesar, como previsto no artigo 129, e a fraude contra credores com intenção de lesar credores, localizada no artigo 130, ambas da Lei de Falência e Recuperações, cuja sanção nas duas situações é a ineficácia do ato praticado.

Não se deve olvidar, ainda, dos desdobramentos que ensejam uma responsabilidade penal à fraude cometida em face da relação creditícia, qual seja, no direito penal, a fraude à execução (artigo 179, Código Penal), com pena de detenção ou multa; e a fraude contra credores (artigos 168 a 177, da Lei de Falência e Recuperações) com pena de reclusão e multa. Apesar de se tratar de outra esfera de responsabilização, o ato danoso é o mesmo, potencialmente capaz de fazer incidir ambas as sanções (de natureza civil e penal). Contudo, não se trata aqui de analisar eventuais punições de natureza pessoal do agente fraudador, como desenvolveram os romanos (CAHALI, 2013, p. 84), mas de buscar uma unificação de efeitos dos atos praticados em fraude, qualquer que seja a natureza do crédito tutelado.

Assim, tal discussão encontra relevo no fato do tratamento dúplice persistir, apesar da aparente unificação de obrigações pretendida pelo Código Civil de 2002, que revogou toda a parte geral do Código Comercial brasileiro, de 1850, trazendo para o bojo de suas disposições o regramento acerca do direito de empresa, e pelo fato de o país estar diante de um possível novo Código Comercial, conforme Projeto de Lei nº 1.572/2011, do deputado Vicente Candido (Partido dos Trabalhadores-São Paulo), que se encontra ainda em tramitação no Congresso Nacional. Neste projeto, são utilizadas as expressões ineficácia objetiva para a fraude que independe da prova de intenção e ineficácia subjetiva para a fraude maliciosa<sup>2</sup>.

A insolvência civil recebe hoje tratamento diferenciado da insolvência empresarial, estando esta última regulada na Lei nº 11.101/2005, que se aplica exclusivamente aos empresários, assim definidos aqueles que se enquadram nas disposições do artigo 966 do Código Civil, de 2002, e que não estejam excluídos pelo artigo 2º, da referida Lei de Falência e Recuperações. Vale ressaltar que, se aprovado o Projeto de Lei nº 1.572/2011, a Lei de Falência e Recuperações passa a ser tratada como Lei Processual de Recuperação e Falência, conforme dispõe expressamente seu artigo 621.

---

<sup>1</sup>Artigo 592, do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973. Ver as considerações sobre o dispositivo em 1.3.

<sup>2</sup>É o que estabelece o artigo 627, do Projeto de Lei 1.572/2011.

Com a finalidade de responder a esta questão preliminar, cuida-se de apresentar de modo inaugural os dois sistemas atuais de fraude contra credores, para em seguida serem tecidas as considerações acerca de cada um, desembocando ao final com a conclusão provisória da necessidade ou não de uma unificação dos sistemas. Objetiva-se com isso assentar a tese da fraude contra futuros credores, em base unificada, partindo-se do pressuposto de que, em ambos os casos, trata-se de relação negocial e por isso, talvez, não se justifique tratamento distinto.

Advirta-se, de logo, que não se pretende aqui ignorar as necessárias especializações do direito empresarial e do direito civil, mas se estão corretas as definições legais da fraude contra credores dadas pelos dois diplomas legais. Trata-se, portanto, do âmbito material da fraude e não do seu aspecto processual, pois, como se verá mais adiante, as questões processuais que envolvem as ações passíveis de manejo em face da fraude contra credores são distintas e têm aplicações convenientemente distintas.

### **1.1 A fraude contra credores no direito civil**

Etimologicamente, fraude significa trapaça, malícia, engano (NONATO, 1969, p. 7), mas para os romanos a fraude, do latim *fraus* significava mais prejuízo ou dano do que propriamente engano ou ardil (ROTONDI e PREJON *apud* NONATO, 1969, p. 8). A ideia de fraude contra credores é construída a partir do *consilium fraudis* romano, que resultava na dilapidação da garantia patrimonial que o devedor deveria oferecer ao seu credor, a fim de compensar a obrigação contraída e não satisfeita. Assim, tratavam os romanos de uma ação pauliana, que teria o efeito de revogar o ato fraudulento. Neste sentido, então, a ação pauliana não era ação anulatória de negócio fraudulento, mas sim ação revocatória.

Os juristas medievais acolheram a concepção justiniana de fraude, segundo a qual a fraude se integra por dois elementos: o objetivo do dano e o subjetivo da vontade do fraudador. Por isso a ideia de fraude sempre esteve associada ao dolo (PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, 2001, p. 49).

A confusão acerca da ação utilizada pelos romanos foi disseminada pelos glosadores, que trataram a ação pauliana como ação anulatória, vinculando-a então aos vícios de vontade que resultariam na invalidade do negócio, posto que a vontade viciada não seria apta ao preenchimento dos requisitos suficientes de validade. Essa percepção foi gerada especialmente pelas variadas interpretações do instituto romano realizadas no período do direito moderno (NONATO, 1969, p. 31).

A reação contra a fraude ao credor, no direito romano, se deu com a *Interdictum Fraudatorum* e de uma ação conhecida como Pauliana, nome que teria derivado do pretor que a suscitara. Para alguns, teria sido Rutilio, por isso Giorgi referiu que coube à Gaio denominar tal ação de Rutiliana (NONATO, 1969, p. 23). A ação pauliana resultava na revogação do ato somente mediante *actio*, com o fim de evitar o objetivo perseguido pelo devedor que era o empobrecimento de seu patrimônio, o que significava a diminuição natural da garantia dos direitos do credor em ver ressarcido o seu prejuízo. Daí se dizer, como Nonato, de que a ação pauliana foi uma ação simplesmente penal (1969, p. 25), voltada para a reintegração dos bens do devedor fraudador ao seu patrimônio, a fim de que pudesse o credor conservar garantia de ressarcimento de seu prejuízo; era, portanto, uma restituição ao *status quo ante* (COSATTINI apud NONATO, p. 26).

É contundente a constatação de Orosimbo Nonato (1969, pp. 26-27) contra a ação pauliana originária do direito romano, motivo pelo qual se entendeu necessária a transcrição literal do seu texto:

A palavra "Pauliana" não só não foi empregada por PAULO, mas nem mesmo se achava no texto do Digesto, tal como saiu oficialmente da elaboração dos compiladores.

Aparece, é certo, num dos manuscritos, a Florentina, que MOMMSEN não soube emendar na sua magistral edição do Digesto, mas foi, certamente, uma alteração post Justiniana, atribuída a... qualquer glosador bizantino do século VI ou VII. É o que mostra, à evidência, o cotejo do texto da Florentina com a versão grega das mesmas Basílicas que remontam até aos contemporâneos de JUSTINIANO.

A denominação "Pauliana" foi provavelmente sugerida pelo fato de o texto referido ser extraído da obra do Jurisconsulto PAULO. Assim se explica o fato... de o nome de "Ação Pauliana" aparecer uma só vez em todo o Digesto e nem sequer figurar no título (42,8) consagrado à *fraus creditorum*.

Assim, a autenticidade romana do termo pauliana deve, pelo menos, ser posta em dúvida, como demonstrou COLLINET ó L'Origine Byzantine du nom de l'action Paulienne.

Embora a divergência quanto à origem da denominação de fato existisse, havia o consenso quanto à natureza da ação, de efeitos civis e penais, de modo que se a execução civil não fosse exitosa em relação ao devedor, abria-se a via executória penal mediante prisão privada (ABRÃO, 1980, p. 23).

Na Europa Ocidental, tal equívoco foi recepcionado pela quase totalidade dos adeptos do sistema romano-germânico, que passaram a utilizar a ação pauliana para atacar os atos praticados em fraude contra credores, guardando ainda a origem romana quanto ao efeito revocatório da ação.

O fato dos romanos não distinguirem os ramos do direito privado em civil e empresarial, o que só veio a ocorrer modernamente, leva a afirmar que a ação pauliana era destinada à recomposição do devedor civil.

Mas nem todos os sistemas consideraram a fraude como vício do negócio, como faz a lei civil brasileira. O Código dos franceses, a exemplo dos romanos, dispõe dos vícios que inquinam a vontade limitados ao erro e à coação. No *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), impera a vagueza de situações, se comparada ao Código Civil nacional, como assevera José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 3):

De maneira um tanto surpreendente, é bem pouco sistemático o tratamento da matéria no Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Deparam-se no Segundo Título (Willenserklärungen, isto é, Declarações de vontade) da Terceira Seção (Rechtsgeschäfte, isto é, Negócios jurídicos) do Livro Primeiro (Allgemeiner Teil, ou seja, Parte geral) disposições esparsas, algumas das quais empregam o adjetivo *nichtig* (nulo); outras, o adjetivo *anfechtbar* (ao pé da letra, impugnável; na terminologia da língua portuguesa, anulável) e palavras cognatas (o verbo *anfechten*, o substantivo *Anfechtung*).

Mas não se encontra aí enumeração ordenada e exaustiva dos eventuais defeitos a que corresponde cada classe de negócios. Em certos dispositivos, desse e de outros títulos, usa-se o termo *Gültigkeit* (validade); em nenhuma, porém, o antônimo *Ungültigkeit* (invalidade). Com maior frequência aparecem o adjetivo *unwirksam* e, às vezes, o substantivo dele derivado, *Unwirksamkeit*, os quais literalmente significam ineficaz e ineficácia, respectivamente.

Conseqüência de semelhante imperfeição, como bem se compreende, são as oscilações terminológicas na doutrina. Em obra clássica, intitula-se *Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (Invalidade dos negócios jurídicos) a seção referente ao assunto; logo de início, entretanto, adverte o autor que a palavra "não é técnica" (ao que parece por não figurar na lei) e ao longo da seção aplica a designação *unwirksam* em sentido genérico, a abranger os negócios nulos (*nichtig*) e os anuláveis (*anfechtbar*)<sup>11</sup>. Não é raro que, na literatura, a conceituação da nulidade se faça com base na negação de efeitos<sup>12</sup>.

A nulidade não precisa ser pronunciada por meio de sentença; o juiz pode levá-la em consideração de ofício<sup>13</sup>. É admissível, por outro lado, ação declaratória da inexistência da relação jurídica que se originaria do negócio, desde que o autor tenha interesse na declaração, nos termos do art. 256 da *Zivilprozessordnung*<sup>14</sup>.

Da possibilidade de conversão (*Umdeutung*, *Konversion*) trata o § 140 do BGB, que só se refere a negócio nulo (*nichtiges Rechtsgeschäft*)<sup>15</sup>. Também aqui, os pressupostos são semelhantes aos do direito português e do italiano.

Atualmente, as legislações italiana (ITÁLIA, 2015) e portuguesa (PORTUGAL, 2015) preferem tratar o tema dentro de tópico denominado redução ou conservação das garantias patrimoniais<sup>34</sup>. Através da redução voluntária e deliberada do seu acervo patrimonial poderia o devedor chegar até a insolvência, configurando em face de seus credores já constituídos, ou até mesmo os que ainda estão por se constituírem, uma verdadeira alienação fraudulenta de bens, com o claro intuito de não sofrer as conseqüências da subtração forçada para satisfação do crédito inadimplido.

<sup>3</sup>Livro Sexto do Código Civil Italiano, do qual faz parte o Título III Da Responsabilidade Patrimonial, da Causa de Prelação e da Conservação da Garantia Patrimonial, cujo Capítulo V subdivide-se nas Seções I (Dos meios de conservação da garantia patrimonial), II (Da ação revocatória) e III (Do sequestro conservativo) (ITÁLIA, 2015).

<sup>4</sup>Por sua vez, o Código Civil Português dispôs a matéria da seguinte forma: Livro II Direito das Obrigações composto pelo Título I Das obrigações em geral, regulando em seu Capítulo V Garantia geral das obrigações, dividida na Seção I Disposições gerais e II Conservação da garantia patrimonial, esta subdividida ainda nas Subseções I (Declaração de nulidade), II (Sub-rogação do credor ao devedor), III (Impugnação pauliana) e IV (Arresto) (PORTUGAL, 2015).

O instituto da fraude contra credores não é novidade do direito moderno, pois tem no direito romano a sua origem, todavia não é hoje o mesmo instituto criado pelos romanos, pois atualmente leva em consideração variadas espécies de fraude (contra credores no direito civil, no direito empresarial e no direito processual; e como delito), nem sempre tendo como pressuposto a voluntariedade.

Entre os romanos, a vontade era necessária para a produção dos efeitos esperados, estando condicionada a uma manifestação livre e consciente, que não fosse eivada de qualquer defeito. Assim, os vícios de vontade destacados nos textos romanos, e que foram recepcionados pelos modernos, referiam-se à simulação absoluta e à simulação relativa; ao erro negocial, ao erro subjetivo e ao erro objetivo; ao dolo; à coação (violência moral) e à lesão (BONIZZONI; ALVES; BITTENCOURT, 2009, p. 152-166). No direito justineu a simulação absoluta era causa de nulidade, vez que não se tratava de vício na vontade, embora a simulação relativa resultasse em consequência diversa, pois o ato dissimulado poderia ser válido. A fraude não era tratada como vício de vontade, pois era verificada no exercício da *actio* (VENOSA, 2012, p. 443).

O direito brasileiro surgiu a partir da miscelânea de leis portuguesas e costumes locais, que buscaram adaptar as regras então em vigor, obviamente levando em consideração as realidades absolutamente distintas entre o Brasil, na sua condição de colônia, e Portugal, seu colonizador.

Incumbido da tarefa de sistematizar a legislação esparsa da época, Teixeira de Freitas seguiu em grande parte as orientações germânicas, para um esboço de futura codificação civil. A fraude contra credores do direito civil deveria estar claramente separada do direito comercial, por se tratarem de situações rigorosamente distintas. O Código Comercial brasileiro de 1850 tratava a fraude contra credores como um meio de simulação, realizado dolosamente pelo devedor, e como tal conduziria à nulidade do ato praticado. Para Teixeira de Freitas (1983), a fraude contra credores não é uma espécie de dolo, pois na simulação fraudulenta as partes apenas simulam o negócio, que existe apenas na aparência, enquanto na fraude o contrato é verdadeiro, tendo por ilícito apenas o objetivo, que é prejudicar terceiros, evitar impostos ou iludir disposição de lei.

A influência germânica no direito privado brasileiro não se limitou apenas à obra de Teixeira de Freitas, pois pode ser percebida também na sistematização do Código Civil brasileiro, de 1916, que ficara a cargo de Clóvis Beviláqua, a despeito da escola francesa, igualmente influenciadora.

Os dois grandes textos legais que serviram de inspiração para o resto da Europa Ocidental ó o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) e o Código dos franceses ó, foram tomados também como inspiração para grande parte dos países sulamericanos, apesar de apresentarem diferentes estruturas de sistematização.

O Código Civil brasileiro, de 1916, por exemplo, seguiu a influência alemã ao dispor de uma parte geral e uma parte especial, sendo a parte geral destinada a regular as diversas situações de fatos jurídicos. Nesse sentido, ao tratar do negócio jurídico e seus vícios, o legislador civil adotou a tese da fraude contra credores como um vício de vontade capaz de resultar a invalidade do negócio jurídico, seguindo as lições já consolidadas por Teixeira de Freitas.

Vale ressaltar que também o mesmo Teixeira de Freitas oscilou entre a invalidade absoluta e a invalidade relativa como consequências dos atos praticados em fraude contra credores, tendo sido levado ao convencimento justamente pela dissociação entre simulação fraudulenta e fraude (2003). Não se cogitava, na época, da ineficácia desses atos, pois a doutrina alemã se concentrava efetivamente no plano da validade. Apenas futuramente ocuparia o plano da eficácia o destaque necessário (THEODORO JR., 2015, p. 94).

Em razão das variadas interpretações que foram dadas no período intermédio do direito à ação pauliana, diversas também foram as origens apontadas, muito embora isso possa ser visto como origens transversais, posto que a tese mais aceita é a que assenta no direito romano a sua fonte mais verídica.

Como visto, o direito romano não tratou da ação pauliana como meio para anular negócios, mas como meio de restituição de bens ao patrimônio do devedor, em garantia ao credor. Na Itália, por exemplo, o instituto foi tratado no Código Civil, de 1942, e é apontado por Yussef Said Cahali como o diploma moderno mais completo acerca do tema; aqui, a fraude contra credores está disposta ao lado da ação subrogatória (ou oblíqua), no capítulo dedicado aos meios de conservação da garantia patrimonial (2013, p. 86-87).

Cahali apresenta sete sistemas jurídicos que adotam a fraude contra credores como instituto do direito civil e não do direito penal, como inicialmente fora desenvolvido pelos romanos, mas também não apresentam entre si unanimidade em relação ao objetivo do instituto: a pergunta seria se a ação tem por objetivo o efeito anulatório ou o efeito revocatório do ato praticado em fraude. Toma-se aqui emprestada tal análise realizada pelo autor supramencionado, pela clareza dos dados.

Para Cahali (2013, p. 83-95), no direito romano a fraude contra credores representava uma fraude à garantia patrimonial do credor; no direito canônico, condenava-se a má fé,

portanto havia a verificação do elemento intencional subjetivo. Na Itália, a pauliana é ação revocatória e não ação resultante de um defeito do ato jurídico, um vício de consentimento. Na França, também se verifica confusão entre os conceitos de revogação e subrogação, não trazendo nenhum esclarecimento à miscelânea histórica que já estava instalada, e o Código Civil dos franceses foi omissivo e controvertido. Na Espanha, a fraude é tratada como princípio genérico de garantia patrimonial, permitindo o credor exercitar todos os direitos e ações que o devedor teria, a fim de garantir pagamento, exceto os direitos personalíssimos, bem como impugnar atos do devedor que tenham sido realizados com o objetivo de fraudar direito do credor (CID, 2012).

Em Portugal, chamada de oimpugnação pauliana pelo Código de 1966, a revocatória representa instituto de conservação da garantia patrimonial, ao lado da subrogação e do arresto. Na Alemanha, foi tratada a fraude contra credores em legislação esparsa, fora do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), portanto, e tratou o instituto como intenção fraudulenta de causar prejuízo ao credor, a ser materializado através de ação proposta contra o terceiro que contratou com o devedor. Na Argentina, por ocasião do Código Civil y Comercial, de 2014 (ARGENTINA, 2014) regulou-se a declaração de inoponibilidade em face dos atos praticados em fraude contra credores, podendo qualquer desses solicitar a declaração de ineficácia, inclusive das renúncias do devedor ao exercício de direitos ou faculdades que possam piorar ou extinguir o seu estado de solvência.

Na visão de Yussef Said Cahali, o legislador brasileiro não seguiu a melhor técnica, ao inserir o instituto como uma espécie de vício, que resultaria em anulação do ato ou do negócio jurídico (2013, p. 92), ao invés da ineficácia.

Desde então, continuou a legislação civil ao tratar a fraude contra credores como defeito do negócio. A questão de conceber a fraude apenas no seu aspecto ilícito, termina por afastar a tutela do crédito frustrado por condutas aparentemente lícitas.

O fato de se constatar a existência de situações em que se pode escamotear exitosamente uma finalidade ilícita (tomado o conceito de ilicitude aqui em sentido amplo) sob uma operação lícita, tem alimentado uma inquietação insuperada em muitos estudiosos do direito.

Para Marcos Bernardes de Mello (2009, p. 206), o efeito da fraude contra credores é de fato a anulabilidade do ato praticado, pois sua finalidade é assegurar o credor contra negócio jurídico realizado pelo devedor que, por alienação ou oneração do patrimônio que o garante, possa frustrar (=fraudar) o seu crédito por se ter reduzido a ponto de insuficiência para o adimplemento, operando essa frustração no campo das validades.

O Código Civil, de 2002, não inovou em matéria de obrigações, limitando-se, na maioria das vezes, a somente copiar a legislação revogada, e com isso mereceu severas críticas de Humberto Theodoro Jr. (2015, p. 93), para quem o tratamento promíscuo de fenômenos irreduzíveis entre si só se justificava pelo fato de ao tempo da elaboração do Código velho não se dominar, ainda, com a segurança, a distinção, entre anulabilidade e ineficácia relativa.

A consequência do ato praticado em fraude está vinculada à via eleita para remediar a situação danosa, que aqui se deu com a ação pauliana. Nos termos da lei civil, são pressupostos da pauliana a comprovação do dano e a anterioridade do crédito lesado:

Em primeiro lugar exige-se que o credor autor da *ação pauliana* tenha um *título anterior ao ato* que criou ou agravou a insolvência do devedor. Esta condição de anterioridade foi várias vezes considerada como uma consequência do direito dos credores, resultante de ser o patrimônio do devedor a garantia geral dos seus créditos. Mas desde 1852, a Corte de Cassação tem decidido duma maneira constante que os credores posteriores ao ato fraudulento podem, por exceção, atacar este ato se houve da parte do devedor uma previsão fraudulenta, isto é, se o ato foi realizado para enganar os terceiros que viessem a contratar posteriormente. Desde que se estabelece a fraude de devedor dirigida contra os seus credores, o ato é anulável, ainda quando, na ocasião em que se firmou o ato o crédito não existisse. O que vicia esse ato é a intenção fraudulenta e não o fato do devedor dispor do patrimônio, não obstante o direito dos credores resultante da garantia que esse patrimônio lhes constituiem (RIPERT, 2002, p. 302).

O acolhimento da ação pauliana imbricada nas características do próprio instituto da fraude contra credores não se deu com exclusividade no direito brasileiro. Na verdade, houve um acompanhamento das ideias que circulavam na Europa Ocidental oitocentista, quando da elaboração das codificações civis.

Percebe-se do relato de Georges Ripert, que também na França, as dificuldades de aplicação da fraude contra futuros credores foram resultado de exceção à regra da fraude contra credores, constituída a partir da ação pauliana. Não é demais lembrar que a ação pauliana nasceu como ação delituosa no direito romano e que era praxe de então o vínculo estreito e exclusivo entre um direito e sua ação correspondente. Assim, não é de se admirar que tenha ocorrido um claro equívoco em manter-se a vinculação estrita entre fraude contra credores e exclusivamente a ação pauliana como única tutela jurídica, pois isso somente resulta em óbices para aplicação do instituto nas hipóteses de ações já fraudulentas voltadas a futuros credores.

A confusão terminológica entre invalidade, revogação, revocação e ineficácia é antiga e tem gerado diferentes consequências para os atos praticados em fraude para prejudicar direito dos credores, por isso vem merecendo uma análise mais detida quanto ao conceito de fraude, seus elementos e os meios processuais de ataque, a fim de se chegar, mais

coerentemente, a uma consequência unitária. As críticas quanto ao recurso da ação pauliana também não se limitam a questões de ordem material, já que a sua insuficiência para a tutela do crédito tem sido reconhecida õpor todas as legislações que reservam a falência aos comerciantesö (CARVALHO DE MENDONÇA, 2005, p. 501), motivo pelo qual originou-se a ação revocatória.

Por outro lado, a multiplicidade de parâmetros e consequências tem dificultado o manejo dos meios processuais, resultando igualmente em desproteção do crédito:

Assim, ineficácia e revocabilidade eram tratados como sinônimos, como, aliás, reconheceu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial 594.609/SP, do qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi: õÉ indispensável a propositura de ação revocatória para que a massa obtenha a declaração de ineficácia da alienação, sem autorização judicial, levada a efeito durante a concordata. Não pode o Juiz simplesmente declarar ineficaz a alienação do bem ocorrida antes da decretação da falência, incidentalmente na sentença que julga os embargos de terceiroõ. Cite-se, ainda, o Recurso Especial 6.881/SP, no qual o Ministro Fontes de Alencar expressa a ideia de sinonímia entre os termos ineficácia e revocabilidade, além de reiterar a ideia de que a ação revocatória seria indispensável para a declaração da ineficácia (MAMEDE, 2012, p. 386).

Os defeitos dos negócios jurídicos, na lei civil, são divididos em erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores e simulação. Coube à doutrina a tarefa de distinguir os defeitos do consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) dos defeitos sociais (fraude e simulação), entendendo no primeiro grupo que a deficiência na manifestação da vontade é a causa da invalidade, enquanto no segundo grupo tal se dá pela manipulação do negócio para prejudicar um terceiro (NADER, 2008, p. 372). A fraude, portanto, não é um defeito da vontade; muito pelo contrário, o agente negocial realiza exatamente a vontade manifestada e justamente nessa realização alcança a finalidade desejada, que é a frustração de um crédito conexo.

Diante dessas imprecisões, faz-se necessário um conceito de fraude, que permita a distinção entre os meios de fraudar e a finalidade fraudulenta.

#### 1.1.1 A definição legal de fraude

O Código Civil, de 2002, da mesma maneira que a lei civil anterior, não forneceu um conceito expresso de fraude, preferindo apontar quais os atos de disposição ou oneração sobre o patrimônio do devedor poderiam ser atacados via ação pauliana. Para esse manejo, a lei definiu algumas situações que ensejariam a demanda, destinada a invalidar os atos e negócios praticados em fraude. Essa invalidade foi taxada no Código Civil como relativa, por isso apenas os credores prejudicados diretamente pela fraude estariam legitimados a figurar no

polo ativo da ação, que tem prazo decadencial de quatro anos, contado do dia da realização do ato.

Por se tratar de prazo decadencial, a inércia do credor conduz à convalidação do ato ou negócio, que não mais poderá ser atacado por nenhuma outra ação. Assim, dispõe o artigo 175 que a confirmação expressa (ou a execução voluntária) do negócio anulável importa a extinção de todas as ações ou exceções de que contra ele dispusesse o devedor, e o artigo 174 dispensa a confirmação expressa quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, mesmo ciente do vício. Mesmo com a ressalva do artigo 172, que deixa a salvo direito de terceiros, não se pode olvidar que se o terceiro (credor prejudicado) não mover a respectiva ação, o ato se convalidará, pois ali refere-se à impossibilidade de confirmação expressa pelos pactuantes, quando o terceiro sair lesado. Então, se o terceiro não tomou conhecimento do ato e por isso não moveu a ação dentro do prazo decadencial, nada mais restará a fazer.

A partir das disposições legais, foram tratadas como fraude as seguintes situações: (a) a transmissão gratuita de bens; (b) a remissão de dívida; (c) a insuficiência da garantia dada; (d) a disposição onerosa de bens, quando a insolvência for notória ou conhecida do outro contratante; (e) a concessão de garantias reais. Todas as hipóteses somente serão consideradas fraudulentas se ocorridas depois da constatação de insolvência do agente, tenha se originado essa por outros atos, ou em razão daqueles.

Nas situações de garantias reais (penhor, hipoteca, anticrese) dadas pelo devedor insolvente a algum credor em particular, em detrimento dos demais, depois de sua insolvência, ficou estabelecida uma presunção de fraude. A partir daí, foi possível extrair alguns elementos para configurar a fraude contra credores no direito civil.

### 1.1.2 Os elementos da fraude segundo o Código Civil brasileiro: *consilium fraudis*, *eventus damni*, anterioridade do crédito

Para a exata configuração da fraude civil contra credores, três pressupostos foram exigidos pela lei, seja em combinação de dois ou mais, seja pela presença de pelo menos um deles: a lesão (*eventus damni*) e a anterioridade do crédito tutelado, como elementos objetivos; e a intenção de fraude (*consilium fraudis*), como elemento subjetivo.

É senso comum entre os doutrinadores que a lesão é elemento necessário em qualquer hipótese, pois se não houver dano ao credor, não haverá motivação razoável para a intervenção no negócio jurídico. A anterioridade do crédito também é estabelecida na lei

como requisito da fraude, contudo há decisões do Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup> que relativizam esse elemento, para entender fraudulento o ato praticado mesmo antes da constituição da relação creditícia que se queria frustrar.

Nos termos do Código Civil, de 2002, os negócios a título gratuito ou de remissão de dívida, praticados pelo devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando ignorado pelo próprio devedor o seu estado de insolvência, poderão ser anulados pelos credores, como lesivos dos seus direitos (artigo 158)<sup>6</sup>. Isso significa dizer que o pressuposto do *consilium fraudis* foi relevado, para dar lugar exclusivamente à prova do *eventus damni*, mas não houve dispensa da anterioridade do crédito, pelo legislador.

Observe-se que a lei refere a figura de devedor ó quando então já está caracterizada a relação de crédito e débito, a partir da conclusão do negócio. Deixou de fora o legislador as situações anteriores, que tenham sido realizadas para configurar a insolvência. Para não deixar nenhuma dúvida, expressou ainda o mesmo codificador: somente os credores que já o eram ao tempo dos atos praticados para constituição da insolvência estão legitimados a anulá-los (Código Civil, de 2002, artigo 158, § 2º).

Uma segunda hipótese inserta na lei civil cuida dos contratos onerosos do devedor insolvente, quando tal insolvência for notória ó portanto impossível de ser desconhecida do próprio devedor e daqueles que com ele contratarem ó ou quando, por algum motivo, chegar ao conhecimento do outro contratante a situação de insolvência do devedor, apesar de condição não notória, conforme se depreende do artigo 159, do Código Civil, de 2002. Aqui, exigiu os dois pressupostos conjugados: o objetivo e o subjetivo.

Vê-se, portanto, que o legislador brasileiro referiu expressamente duas situações específicas: a redução do patrimônio do devedor já constituído na relação jurídica obrigacional por atos gratuitos (doações), conhecendo ou não a própria situação de insolvência, ou por atos onerosos, quando conhecida a insolvência do devedor pelo contratante. Contudo, não deu o mesmo destaque à situação da redução patrimonial, com ou sem intenção fraudulenta do devedor, por atos gratuitos ou onerosos, praticados antes da constituição da relação creditícia, constituindo um vácuo para a preservação e a proteção do crédito futuro.

---

<sup>5</sup>STJ, REsp 1.324.308/PR, 3ª Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. em 28.08.2014. No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 299.742/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 23.06.2003; REsp 1.092.134/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 05.08.2010.

<sup>6</sup>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 lesivo dos seus direitos.

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

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

Por outro lado, o reconhecimento na lei da presunção de fraude em fornecer garantias de dívidas a determinado credor, estando já insolvente o devedor, em flagrante prejuízo aos demais credores, representou o esboço de uma busca na superação da prova inequívoca da intenção. Assim, o legislador desloca a intenção fraudulenta a ser provada pelo credor, de modo reverso contra o devedor, que deve provar o contrário da presunção legal (Código Civil, de 2002, artigo 163).

Apesar disso, ainda não alcança a lei civil às inúmeras situações que se afiguram atentatórias das regras de cumprimento da relação jurídica obrigacional, em razão das limitações decorrentes do próprio texto legal, que considera presumida a boa-fé do devedor que realiza negócios ordinários de manutenção do estabelecimento empresarial ou de subsistência do próprio devedor e de sua família, mais uma vez devolvendo ao credor a obrigação da prova de má-fé (Código Civil, de 2002, artigo 163).

## **1.2 A fraude contra credores no direito empresarial**

O desenvolvimento da atividade mercantil conduziu à construção de um sistema jurídico próprio para regular as operações econômicas que repercutiam na esfera jurídica, dando origem ao direito comercial como ramo especializado do direito privado. Com isso, surge também a necessidade de regular medidas de proteção ao crédito, cujo interesse deixava de ser meramente privado para alcançar contornos públicos, sistematizando meios especiais para o reequilíbrio ou a satisfação possível dos credores, através dos procedimentos falimentares, dentre os quais se destaca a ação revocatória.

A atividade econômica organizada e profissional que caracteriza a atividade empresária tem justificado uma legislação mais preocupada com a tutela do fenômeno econômico, estimulando um tratamento dual entre o direito civil e o direito empresarial.

Em termos de legislação mercantil, no auge das grandes codificações, o Código Comercial, de 1850, foi o primeiro diploma legal nacional organizado como sistema jurídico coordenado de comércio, com uma teoria geral dos atos de comércio, das sociedades mercantis, dos títulos de crédito, dos contratos mercantis, do direito marítimo e da falência e concordata. Tal Código vigorou no país até o ano de 2003, quando entrou em vigor o Código Civil, de 2002, responsável pela consolidação do então denominado direito de empresa.

Naquele diploma de 1850, o tema da concordata era tratado como um favor da lei aos comerciantes insolventes e a falência era o destino final de quem não conseguisse sair da crise econômico-financeira por seus próprios meios, uma vez que a lei não dispunha de

mecanismos destinados à recuperação da atividade mercantil. Neste sentido, a preocupação do Código Comercial estava praticamente centrada na proteção dos credores diante dos atos falimentares.

A Exposição de Motivos do Código Comercial, de 1850, cujo projeto de lei foi apresentado no ano de 1834, e publicado pela Tipografia de Pierre Seignot-Plancher<sup>7</sup>, tratava a matéria falimentar como resultado de um apanhado dos principais códigos da época, sem que a Comissão tivesse indicado quais os diplomas legais inspiradores:

A parte terceira do Projecto dedicada ás quebras, foi redigida segundo os principios e disposições dos Codigos mais acreditados, com as modificações e alterações que a Commissão entendeu convenientes ás circunstancias do paiz. A impossibilidade de extremar por huma maneira precisa o Commerciante fallido de boa fé do fallido fraudulento, faz a difficuldade desta materia: a Commissão entendeu que nada podia fazer melhor do que confiar a decisão a Jurados Commerciantes; esta idéa tranquillizou todos os seus escrúpulos, ella a adoptou (BRASIL, 1834).

A Lei de Falência e Recuperações, de 2005, é o atual dispositivo que regula a insolvência empresarial, responsável por introduzir no Brasil o instituto da recuperação judicial, até então não aplicável por falta de instrumentalização adequada, e de cuidar da execução concursal falimentar. Esta lei é imbuída de uma principiologia moderna empresarialista que reconhece na empresa uma função social, razão porque convoca o Estado, o devedor e os seus credores a acordarem entre si, para salvar o empreendimento em crise econômico-financeira. O esforço em comum visa preservar a empregabilidade, manter a concorrência e a produção de receitas tributáveis, afastando a consequência mais gravosa que poderia resultar no encerramento da atividade, com desdobramentos nefastos à economia nacional.

Neste sentido, a legislação instituiu a recuperação judicial (subdividida em procedimentos ordinário e especial, este exclusivamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte) e a recuperação extrajudicial (tratando-se, neste caso, apenas de mera homologação judicial de acordo já firmado entre devedor e credores quirografários). Tornando-se impossível a execução do plano de recuperação judicial, ou, reconhecendo-se desde logo, a inviabilidade econômico-financeira do empreendimento, será decretada a falência, com a instalação da execução concursal que decorre do princípio *par condicio creditorum*.

---

<sup>7</sup>A tipografia de Pierre Seignot-Plancher foi responsável pela publicação de várias obras no período imperial brasileiro, notadamente de matérias de interesse do Império, pela vinculação política do Sr. Plancher ao Imperador D. Pedro I (SARAIWA, 2014), entre elas figura o Projecto do Codigo Commercial do Imperio do Brazil, de 1834. São obras raríssimas e de difícil acesso, em função da passagem do tempo e da inegável importância histórica.

Em ambiente falencial, nos mesmos moldes do que ocorria sob o pálio do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, a sentença deve fixar o termo legal de retroação, para averiguação de possíveis atos fraudulentos voltados ao prejuízo dos credores, denominados atos suspeitos.

Trata, então, a atual lei de atos ineficazes e atos sujeitos à ação revocatória. A questão tormentosa acerca da distinção entre os efeitos da anulabilidade, ineficácia ou revogação do ato fraudulento, portanto, não é estranha ao direito empresarial, que se utiliza dos diversos institutos de supressão dos atos fraudulentos em prejuízo dos credores concorrentes.

Assim, dispõe a referida lei que são considerados ineficazes, em relação à massa falida, os atos praticados pelo empresário insolvente, independentemente de ter ou não aquele com quem este contrate, o conhecimento de seu estado de insolvência, como também tenha ou não o empresário insolvente a intenção de fraudar seus credores, nos atos seguintes: pagamento de dívidas vincendas ou pagamento de dívidas vencidas por meio distinto do previsto em contrato, dentro do termo legal de retroação da decisão que decreta a falência; constituição de direito real de garantia, dentro do termo legal; prática de atos a título gratuito ou renúncia de herança ou legado, desde dois anos antes da decretação da falência; venda ou transferência do estabelecimento sem consentimento expresso dos credores, ou o pagamento dos credores existentes à época de tal alienação, mediante comprometimento dos credores futuros, com a redução dos bens suficientes para solvência do passivo; registro de direitos reais e transferência de propriedade por ato entre vivos, de forma gratuita ou onerosa, após a decretação da falência (artigo 129, da Lei de Falência e Recuperações).

Certamente um pagamento realizado antes da constituição do concurso de credores pode ser tomado como ineficaz, por indício de fraude contra os credores, quando confrontado pelas circunstâncias da insolvência, mas nem todo pagamento deve ser entendido como injustificado. Para Albero e Gargallo (2001, p. 88) podem estar justificados os atos ordinários profissionais ou empresariais do devedor, sempre que se realizem em condições normais, como o pagamento da previdência social, os aluguéis dos locais ocupados pela empresa, os pagamentos periódicos conforme vão se vencendo, etc.

Contudo, a distinção entre pagamentos justificados e injustificados, no caso de dívidas já vencidas, não é fácil. Desse modo, o que resta claro é que devem ser impedidos os pagamentos extraordinários que, conforme sua proximidade com a quebra do devedor, evidenciam uma intenção de pagar algum credor em detrimento de outro (ALBERO; GARGALLO, 2001, p. 88).

A ineficácia apontada de tais atos pode ser declarada de ofício pelo juiz falimentar, alegada tanto na defesa quanto em ação própria, como também mediante ação incidental ao processo falimentar.

De outra parte, são considerados atos fraudulentos suscetíveis de revogação aqueles praticados com intuito de prejudicar os credores, devendo-se provar o conluio fraudulento entre o empresário insolvente e o terceiro com quem contratar, bem como o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida (artigo 130, da Lei de Falência e Recuperações). Neste caso, a ação revocatória poderá ser proposta pelo administrador judicial, qualquer credor ou membro do Ministério Público estadual, no prazo de três anos, a contar da decretação da falência, perante todos os que participaram do ato apontado como fraudulento, incluindo os terceiros adquirentes de má fé e seus herdeiros ou legatários, no próprio juízo falimentar.

A sentença que julgar procedente a ação revocatória deverá determinar o retorno dos bens alienados fraudulentamente à massa falida, com acessórios e acrescidos; na impossibilidade deste, deverá ser depositado o valor de mercado dos bens, acrescido de perdas e danos, como dispõe o artigo 135, da Lei de Falência e Recuperações.

Observe-se que a referida lei distinguiu atos revogáveis e atos ineficazes, trazendo dupla regulamentação.

A distinção dos atos inexistentes e atos revogáveis não é inovação da Lei de Falência e Recuperações, pois já se encontrava na Lei nº 2.024, de 1908<sup>8</sup>, que por sua vez alterou o Código Comercial, de 1850. Este não fazia previsão acerca de revogação ou ineficácia, mas tão somente de nulidade ou anulabilidade dos atos praticados em fraude<sup>9</sup>.

Note-se que nem sempre a legislação brasileira enfrentou o mesmo problema da mesma maneira, pois em 1850, por ocasião do Código Comercial, tratou a questão da fraude contra credores durante a falência mercantil como atos sujeitos à nulidade ou anulabilidade, conforme escalonou a gravidade das consequências à massa falida. Já em 1908, com lei específica de falências, considerou a duplicidade de gravidades, agora com consequências que variavam entre ineficácia e revogação dos atos fraudulentos, em sistema que se repetiu no Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, e na atual Lei de Falência e Recuperações.

---

<sup>8</sup>Art. 55. Não produzirão efeito relativamente á massa, tenha ou não o contractante conhecimento do estado economico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar os credores (...); Art. 59. A ação revocatoria, tendo por fim pronunciar a inefficacia dos actos referidos nos arts. 55 e 56, relativamente á massa fallida, deverá ser intentada pelos liquidatarios em nome da massa (...); Art. 61. A revogação do acto poderá tambem ser allegada e pedida em excepção ou em embargos á execução ou á ação executiva.

<sup>9</sup> Art. 827. São nulas, a beneficio da massa somente (...); Art. 828 - Todos os atos do falido alienativos de bens de raiz, móveis ou semoventes, e todos os mais atos e obrigações, ainda mesmo que sejam de operações comerciais, podem ser anulados, qualquer que seja a época em que fossem contraídos, em quanto não prescreverem, provando-se que neles interveio fraude em dano de credores.

O desafio, agora, é saber em que consistem os artigos 129 e 130, da Lei de Falência e Recuperações, quando tratam de ineficácia e de revocatória. A confusão é tão grande, que alguns autores chegam a apresentar uma miscelânea de conceitos, como tratar revocatória como ação anulatória (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 166); considerar ações revocatórias como gênero, tendo como espécies a declaração de ineficácia e a ação pauliana falencial, que gerariam os efeitos de revogação dos atos praticados, em ambos os casos (FAZZIO JR., 2012, p. 323-330); considerar ineficazes os atos do artigo 129 e revogáveis por decisão judicial os atos do artigo 130, sendo, em ambos os casos, a ação revocatória (de revogar) o procedimento judicial a ser instalado (CARVALHO DE MENDONÇA, 2005, p. 531); ou, ainda, que no direito falimentar, há duas ações revocatórias, uma por ineficácia, outra por fraude (ALMEIDA, 2008, p. 193); tratar de atos ineficazes relativamente apenas à massa falida (TZIRULNIK, 2005, p. 193-194), entre tantos outros.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2013b, p. 307), os atos considerados ineficazes ão são atos nulos ou anuláveis, ressalte-se, mas ineficazes. Quer dizer, sua validade não se compromete pela lei falimentar ó embora de alguns deles até se pudesse cogitar de invalidação por vício social, nos termos da lei civil. E, para esclarecer o crescente equívoco entre os jusempresarialistas brasileiros, prossegue o mesmo autor:

O que diferencia os atos do art. 129 dos alcançados pelo art. 130 não é a suspensão da eficácia, preservada a validade, sanção comum a ambos, e, sim, as condições a que a suspensão está sujeita. Dessa forma, pode-se dizer que tanto os atos ineficazes em sentido estrito quanto os revogáveis são ineficazes em sentido largo perante a massa falida. É certo que alguma doutrina distinguia os dois gêneros de atos reprimidos pelo direito falimentar, afirmando que os do art. 129 seriam ineficazes perante a massa falida, mas os do art. 130 seriam anuláveis. É a posição, entre outros, de Waldemar Ferreira (1963, 14:590/594). A formulação tecnológica mais corrente hoje em dia, contudo, não reproduz essa distinção (Lacerda, 1959:145/147). Assim, encontra-se nas hipóteses do art. 129 a ineficácia *objetiva* (porque independente de perquirição sobre as intenções dos sujeitos), e nas do art. 130 a ineficácia *subjctiva* (porque dependente dessa perquirição) (COELHO, 2013b, p. 308).

Quanto ao procedimento, os atos ineficazes podem ser declarados de ofício, por mero despacho judicial, nos autos do processo falimentar. Em se tratando de atos sujeitos a ineficácia subjctiva, a declaração judicial deve se dar em ação específica: a ação revocatória, que segue rito ordinário, ajuizada no prazo decadencial de três anos contado da decretação de falência, perante o juízo falimentar, pelo administrador judicial, por qualquer credor ou membro do Ministério Público (COELHO, 2013b, p. 314). Aqui, exige-se a prova do conluio fraudulento entre o empresário insolvente e o terceiro, daí a necessidade do procedimento ordinário.

A ação revocatória falimentar não se confunde com a ação revogatória do artigo 559 do Código Civil brasileiro, prevista para as hipóteses exclusivas de revogação da doação por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo (no caso das doações modais). Esta é personalíssima, só podendo ser manejada pelo próprio doador (excetuada a situação do doador morto pelo próprio donatário, quando ocorre a transmissão da legitimação ativa para os herdeiros do doador), tem prazo decadencial de um ano e somente pode ser ajuizada contra o beneficiário do negócio. Em sentido contrário, Pontes de Miranda (2000, p. 22):

Se o fato de que depende a vinculação (=irrevogabilidade) ocorre, há vinculação (=há irrevogabilidade). Todavia, por efeito de reminiscências históricas, os sistemas jurídicos conhecem a revogação excepcional, devido à causa superveniente, ou contemporânea ao ato, que permite a volta ao passado e a despeito da vinculação para se ir tirar a *vox* ao suporte fático e se fazer ruir o ato jurídico. É o que acontece com a revogação da doação por ingratidão do donatário (arts. 1.181-1.187) e a revogação dos atos por fraude contra credores, no direito falencial (Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53).

Diante do que dispõe a Lei de Falência e Recuperações, no artigo 129, é de se perguntar se as hipóteses legais estão definidas rigorosamente, em rol taxativo, ou se o legislador apenas exemplificou algumas situações que podem ser tomadas como atos ineficazes relativamente à massa falida. A doutrina nacional tem tomado este como um rol taxativo, sendo a disposição em *numerus clausus* uma medida de segurança, pois veda ao intérprete da lei a constituição de ineficácia para outras condutas ali não relacionadas, através da interpretação extensiva ou analógica. Essa questão deverá ser retomada na análise do diálogo das fontes legais, a fim de verificar a possibilidade ou não da aplicação da lei falimentar às situações de origem civil, notadamente quanto aos atos objetivos referidos.

Em se tratando de atos praticados após a decretação da falência, embora não haja referência expressa na lei falimentar, de 2005, a maioria dos autores converge quanto ao efeito da nulidade (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 167; CARVALHO DE MENDONÇA, 2005, p. 531), pois o empresário alienante já não tem mais disposição sobre os bens da massa falida (art. 99, VI, da Lei de Falência e Recuperações). Em sentido contrário, Pontes de Miranda (1965, p. 73), para quem a restrição de disposição de bens não opera no campo da validade e sim no campo da eficácia da transmissão de propriedade, por isso toda alienação de bens depois de decretada a falência seria ineficaz.

### 1.3 A fraude à execução

O Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, considera em fraude à execução aquele que aliena ou onera bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real, ou,

quando, à época da alienação ou oneração, corra contra o devedor demanda que o reduza à insolvência, sem prejuízo de outras condutas declaradas expressamente em lei. É o que se lê no artigo 792, do referido diploma legal.

Da definição, extrai-se que não pode ser confundida a fraude contra credores com a fraude à execução, pois aquela é mais ampla do que essa. Para a atual configuração da fraude contra credores é suficiente a redução de bens que cause ou colabore com a insolvência do devedor, ainda na fase preliminar ao processo civil. Não exige a lei civil que a fraude se caracterize pela redução patrimonial prejudicial após iniciada a execução da obrigação inadimplida, mas que a prática deliberada de alienação tenha se dado após constituída a relação obrigacional. No caso da fraude à execução, é necessário que a conduta voluntária na alienação ou oneração de bens se dê após instalada a relação processual.

Para a doutrina processualista, a fraude à execução é mais gravosa do que a fraude contra credores, pois além de lesar o credor, ofende a ordem pública, pela frustração da função jurisdicional (CAHALI, 2013, p. 354). Trata-se, neste sentido, de verdadeira violação dessa função. O meio de garantir a satisfação perseguida no processo é se voltar contra o terceiro adquirente, buscando a restituição do bem alienado à massa patrimonial do devedor alienante.

Percebe-se que os atos que podem configurar fraude devem ser realizados após instalado o processo de conhecimento, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, inclusive reconhecendo a fraude objetivamente, no caso de disposição gratuita de bens em prejuízo dos credores<sup>11</sup>, cuja presunção de má-fé se revela na própria disposição.

A lei processual civil tem sido interpretada conforme a ineficácia dos atos realizados em fraude à execução, opção que foi expressamente declarada na nova lei, nos termos do parágrafo primeiro do seu artigo 792.

A ineficácia dos atos praticados em fraude à execução é relativa, pois somente se dirige ao ato que venha a frustrar a utilidade do processo executório e somente atinge o executado, permanecendo eficaz em relação a terceiros; é parcial, pois não atinge todo o acervo patrimonial do executado, mas apenas os bens suficientes à satisfação da obrigação inadimplida; e é tida como originária, pois se dá em razão da execução forçada. Obviamente, se todos os bens do devedor devem ser constrangidos ao pagamento da dívida inadimplida, certamente a ineficácia poderá ser total, incidindo sobre todo o acervo patrimonial negociado.

---

<sup>10</sup>REsp 77.326/SP, 3ª Turma STJ, Min. Rel. Waldemar Szveiter, j. em 04 jun 1996.

<sup>11</sup>REsp 1.163.114/MG, 4ª Turma STJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. em 16 jun 2011.

Assim, a fraude à execução tem sido configurada pela constatação de três pressupostos: a cobrança judicial de dívida inadimplida, a realização de operações redutoras do patrimônio do devedor após o ajuizamento da cobrança e a má-fé do terceiro adquirente, ou, pelo menos, a comprovação do registro da penhora e alienação do mesmo bem (Súmula 375, do Superior Tribunal de Justiça).

Como se vê, não é possível identificar a fraude à execução mediante quaisquer atos objetivos, mas apenas pela presunção de má-fé por parte do adquirente, após o devido registro da penhora. Nesse caso, o adquirente, embora não conhecesse o registro, deveria conhecê-lo, motivo pelo qual a lei considera a ausência de conhecimento presunção de má-fé. A presunção de má-fé, para fins de fraude, é absoluta, mas não é para fins de responsabilidade do terceiro, de modo que se houver a demonstração que o adquirente não tinha como saber do registro, ou porque o mesmo não fora ainda efetuado no momento de sua aquisição, a responsabilidade civil pelos prejuízos causados deverá ser pleiteada apenas em face do executado, podendo, inclusive, o adquirente prejudicado também vir a ser ressarcido de eventuais danos.

Percebe-se que a fraude à execução, apesar de ser tomada como instituto próprio do processo civil, não é diferente da concepção da fraude contra credores, em certa medida. A distinção se dá, basicamente, em razão do momento de sua realização. É certo que o ato praticado em fraude, já na fase processual, também atinge a esfera da função pública, como apontado alhures, contudo aquele que o pratica, no mais das vezes, não tem a intenção de fraudar o processo, mas sim o seu credor. Apenas indiretamente, o processo é atingido, e não o contrário. Não se trata de fraude contra a atividade de julgar, mas contra o credor-exequente. Certamente a troca da liberdade individual de fazer justiça, pela segurança oferecida pelo Estado, pode ser apontada como um fator importante para se definir um atentado contra a execução, mesmo que indiretamente, como um atentado à própria atuação estatal, motivo pelo qual a fraude à execução assume ares ligeiramente distintos da fraude contra credores.

Apesar de tudo isso, não parece razoável a existência de tratamentos distintos entre tais espécies de fraude, até porque, como se disse, o que há ó no mais das vezes ó é a tentativa do devedor em frustrar o adimplemento obrigacional, ou a responsabilidade subsequente a ele. É o que justifica não haver maiores considerações sobre o tema.

#### **1.4 Consequências do tratamento distinto entre insolvência civil e insolvência empresarial nas fraudes contra credores**

Como se viu, nos dois diplomas legais do direito privado que regulam os atos civis e os atos empresariais na redução patrimonial de bens em situação de insolvência do alienante, as consequências são também distintas, em cada um deles: anulabilidade, para a fraude civil, e ineficácia ou revocabilidade, para a fraude empresarial.

É importante que se verifique também as distinções processuais que decorrem dessa dicotomia material, uma vez que o processo falimentar se estabelece sobre uma unidade sistemática, é um processo executório coletivo, enquanto a insolvência civil não se realiza conforme este modelo. A salvaguarda do patrimônio do devedor ocupa naquele processo a realização do interesse coletivo, enquanto na execução civil isso é percebido como realização individual. Obviamente, a questão pode mudar de sentido, conforme a perspectiva utilizada, pois se a medida de tutela é o crédito em si e não a figura do credor, não há razão para as distinções.

Ao analisar o direito de empresa no ordenamento brasileiro, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 28) observa que os países que seguiram a tradição romanística no direito, se distinguiram em dois sistemas distintos de disciplinamento das atividades econômicas, encabeçados pela França e pela Itália. No sistema francês, distinguem-se as atividades econômicas em civis e comerciais, para fins de organização jurídica. No sistema italiano (ITÁLIA, 2015), as atividades econômicas não se distinguem, de modo que apenas particularmente podem ser encontradas regras específicas para uma ou outra atividade.

Certamente, em razão da legislação francesa ter precedido à italiana, no regulamento dessas atividades econômicas (MAMEDE, 2015, p. 18), o direito brasileiro foi influenciado muito mais pelo sistema francês, consolidando uma cultura de separação entre as atividades civis e mercantis. Embora o Código Civil, de 2002, tivesse buscado a unificação das obrigações econômicas, seguindo o modelo italiano do Código Civil, de 1942 (COELHO, 2013, p. 40), isso não foi suficiente para unificar o tratamento jurídico das atividades econômicas, pois já estava consolidada no país a experiência do sistema dúplice. Assim, apesar da pretendida unificação das obrigações civis e mercantis num mesmo diploma legal, a manutenção das legislações extraordinárias que regulam as atividades ainda consideradas exclusivamente comerciais, como os títulos de crédito, a concorrência desleal, os crimes contra a ordem econômica e o sistema falimentar apenas afirmam a permanência da separação entre atividades civis e atividades comerciais.

Como visto, pode-se questionar a razão dos modos distintos de regulação quando se tem o elemento comum a ser tutelado nos dois ramos da ciência jurídica, que é o crédito. Mais que garantir o credor civil ou o credor empresarial, a tutela dos atos fraudulentos deve recair sobre o crédito, de modo impessoal e independente da sua origem<sup>12</sup>, pois no estágio atual em que se encontra o direito contratual, ãuma grande dicotomia se formou, no que respeita ao conteúdo, substituindo a classificação tradicional dos contratos de direito privado em contratos civis e contratos comerciais, por contratos comuns e contratos de consumo, com características e finalidades distintasö (LOBO, 2010, p. 491).

Essa constatação da unificação das obrigações civis e comerciais nos contratos comuns não se deu somente por motivos didáticos, mas em grande medida em função da própria unificação legislativa, operada pelo Código Civil, de 2002, e pelo fato do direito obrigacional ali previsto ser uma regulação geral, que pode ser aplicado diretamente ou de forma subsidiária a qualquer ramo do direito.

É nessa perspectiva que se insere a discussão acerca da pertinência ou não de um tratamento distinto da fraude contra credores no ambiente civil e no ambiente empresarial, como se não se tratasse efetivamente da mesma coisa.

Ora, se a dicotomia observada no ambiente contratual se deu especialmente em razão da separação entre fornecedor e consumidor, não haveria de fato motivo para distinguir ainda as espécies de credores, se de ordem civil ou empresarial, quanto ao tratamento da fraude. Seria mais coerente tratar dos negócios comuns a todos, uma vez que a normatização das obrigações unificadas não distingue espécies de credores, mas trata a todos de credores simplesmente.

As condutas previstas no Código Civil, de 2002, e na Lei de Falência e Recuperações podem ser reunidas em dois grandes grupos: (I) atos do devedor que implicam na redução intencional do seu patrimônio para frustrar a execução forçada; e (II) atos do devedor que apenas acidentalmente implicam na insolvabilidade.

No primeiro grupo está incluído todo e qualquer ato ou negócio, gratuito ou oneroso, realizado para esvaziar o patrimônio ou não formar o acervo patrimonial, com objetivo exclusivo de burlar o direito de crédito de terceiro. São dessa ordem as manobras flagrantemente ilícitas: disposição gratuita de todos os bens, sem reserva de parte ou renda suficiente para solver passivos (artigo 548, do Código Civil, de 2002), bem como as

---

<sup>12</sup>Origem aqui deve ser tomada fruto de relação negocial, que pressupõe a sua adequação ao direito, apenas dispensando a sua espécie, se de ordem civil, empresarial, tributária, consumerista, etc.

operações aparentemente lícitas (antecipação de herança por atos entre vivos, sem garantir eventuais credores, artigo 544, do Código Civil, de 2002).

No segundo grupo, encontram-se todas as situações patrimoniais lícitas e rotineiras, em que apenas pela involuntariedade do devedor podem causar dano aos seus credores, como ocorre quando alguém deixa de pagar ao seu credor por ter sido demitido sem justa causa e não recebeu a correspondente indenização pela dispensa laboral. Neste caso, não dispõe mais o devedor da renda continuada que lhe permitia quitar as dívidas, nem da indenização a que teria direito pela dispensa desavisada.

Embora seja clara a distinção entre os dois grupos, as leis civil e falimentar não apresentam sistematização no tratamento dessas situações, o que leva à necessidade de uma definição estratégica de fraude contra credores, pois a depender daquilo que se entende por fraude é que se pode definir o correto enquadramento das consequências dessas condutas.

Parece haver certa confusão entre o conceito de fraude e os seus elementos caracterizadores. A fraude é uma qualidade da ação, que pode ser tomada como moralmente contrária à retidão, pela comprovação da malícia ou do ardil. Somada à lesão causada, é qualidade da ação que se reveste de interesse jurídico. Afinal, se alguém pratica uma conduta moralmente reprovável, apenas no campo da moral é relevante, mas se a mesma conduta viola dispositivo de lei, além de moralmente reprovável é também ilícita. Neste sentido, a fraude pode ser compreendida como meio ou como fim.

Considerando que a lesão é o objetivo final do agente fraudador, os meios de ação podem ser de variadas espécies, normalmente coincidentes com condutas já previamente consideradas ilícitas, como o erro, o dolo, o abuso do direito e até a simulação. O que pode, portanto, conduzir à invalidade no negócio fraudulento é o consórcio da fraude com o seu *modus operandi*. O ardil e a malícia apenas são puníveis quando causam o dano, na fraude. De outra parte, apenas o dano sem o ardil ou a malícia podem conduzir à responsabilidade, mas não necessariamente à fraude. Por isso mesmo, independentemente desse elemento intencional, em ambas as situações pode haver a cassação dos efeitos do negócio, seja em razão da invalidade, seja pelo próprio fato do dano.

Esse entendimento parte da premissa que a fraude é fruto da malícia, da má-fé do agente fraudador, mas se a fraude for tomada apenas como resultado da ação (o dano), aí o elemento subjetivo que qualifica a ação (a malícia) é dispensável como elemento categorial da fraude. No primeiro sentido, não se pode conceber toda e qualquer conduta lesiva dos credores como fraude. Apenas no segundo sentido, isso se torna possível.

Essas considerações são de ordem lógica, pois se a fraude se extrai exclusivamente de um dado subjetivo, a ausência do dano não pode ensejar a ineficácia do ato. Por outro lado, se a fraude apenas se configura pelo dano, sem o elemento subjetivo, não se pode conceber nexo causal entre a conduta e o dano, de forma capaz a alcançar credores futuros.

Como esboço de uma teoria da tutela do crédito, optou-se por definir em qual sentido se deve tomar a expressão fraude, a fim de bem enquadrar quais as condutas que podem ser consideradas fraude contra credores futuros.

### **1.5 Definição própria de fraude contra credores**

A fraude pode ser tomada como meio ou como fim. A depender da perspectiva adotada, a fraude pode ser considerada objetivamente, como ocorre com a noção de fraude como finalidade (dano), em que a intenção de lesar ou o meio ilícito não são imprescindíveis; ou subjetivamente, quando a fraude é o meio de lesar.

Assim, pode-se dizer que há diferença entre usar meio fraudulento para lesar ou fraudar alguém. No primeiro caso, fraude é meio; no segundo, é resultado.

Neste sentido, a fraude subjetiva é comumente praticada por vias que normalmente conduzem à invalidade do ato, podendo ser identificados como vícios de vontade ou vícios sociais.

Os vícios da vontade e os vícios sociais se aproximam por serem tratados na legislação pátria como defeitos dos negócios jurídicos, contudo se afastam em razão de suas características elementares. Apesar disso, o Código Civil desconsiderou o fato dessas figuras não terem elementarmente uma comunhão e reuniu fenômenos heterogêneos sob a mesma denominação, resultando em efeitos impróprios que mais prejudicam do que colaboram para uma eficaz solução de conflitos (THEODORO JR., 2015, p.92).

Nos vícios da vontade, circunstâncias externas levam os contratantes a emitirem declaração diversa da pretendida, enquanto nos vícios sociais o elemento em comum é o desejo de lesar o outro, uma vez que o consentimento declarado coincide com a vontade real e a anomalia consiste no ato de *querer* ao arpeio da lei (NADER, 2008, p. 372).

O duplo sancionamento da fraude subjetiva pelo uso dos recursos ilícitos apenas se dá apenas aparentemente, pois se há fraude, o ato deve ser considerado ineficaz; se, para configurar a fraude, identifica-se conluio com terceiro de má-fé, o ato deve ser inválido. Por sua vez, a invalidade pode ser absoluta ou relativa.

A nulidade pode ser expressa (determinação legal) ou virtual (omissão da sanção pela lei, quando será nulo se não houver outra sanção já cominada). Ora, no caso do artigo 166, inciso III, do Código Civil (motivo comum ilícito do negócio jurídico), a sanção é expressa. Se há o conluio (dolo específico) para fraudar determinado crédito entre os negociantes, incide a regra do artigo 166, III, do Código Civil, e o negócio é nulo. Se há fraude do devedor com o apoio do terceiro de boa-fé, não incide a regra do artigo 166, inciso III, pois não há motivo comum, cuida-se apenas de fraude. Nesse caso, trata-se de invalidade relativa.

Se a sanção da fraude pode ser a invalidade ou a ineficácia, como pode ser nulo e ineficaz ao mesmo tempo o negócio estabelecido sobre o conluio doloso com terceiro? Em Pontes de Miranda (2000, p. 284), vê-se que todo ato jurídico que viola a proibição de lei é nulo, salvo se a lei mesma estabelece outra sanção. A importância da lei é inegável, pois se não há lei que defina a ineficácia dos atos praticados em fraude contra credores, a sanção será de nulidade. Já foi visto aqui que a invalidade do negócio jurídico por fraude contra credores como regra geral não tem sido tratada corretamente, por isso é necessária uma sistematização do tema. Ou seja, deve-se reconhecer que há casos em que a fraude contra credores pode resultar em invalidade absoluta, invalidade relativa e ineficácia.

Um ato fraudulento praticado mediante erro, por exemplo, é anulável, conforme disposição expressa da própria lei civil. A definição de erro pode ser extraída da própria lei civil que, em seu artigo 138, considera anulável o negócio jurídico realizado, mediante declaração de vontade emitida equivocadamente, em relação à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma qualidade sua, à identidade ou à qualidade essencial da pessoa, ao direito sobre o qual se funda o negócio ou ao falso motivo que é seu fundamento.

Para Silvio Venosa (2012, p. 388), o erro atrai as mesmas consequências da ignorância, pois a manifestação de vontade se dá em desacordo com a realidade. Diante do erro substancial, costuma-se ter o ato por não existente (BEVILÁQUA, 1980, p. 217), subtraindo o ato do ingresso no mundo do direito, conforme perspectiva ponteana.

Embora a vontade tenha já sido reduzida em alguma medida para a caracterização do negócio jurídico, como já visto, ela é ainda seu elemento. Por sua importância no negócio, é bom ter em mente que a sua dimensão natural é mais ampla que a jurídica, pois aqui é preciso que a natureza do ato e o objeto correspondam à convicção de seus agentes (NADER, 2008, p. 374).

Incorre em erro aquele que contrata com alguém por alguma qualidade que pensa ter o outro, ou a coisa. A literatura jurídica é rica em exemplos, o que dispensa sua reprodução aqui.

Registre-se que a lei reconhece em erro o sujeito, portanto é o próprio agente que se equivoca. Se induzido em erro, configura-se o dolo.

Age com dolo aquele que intencionalmente provoca o erro do outro, sendo tal intenção a causa do negócio. A essa emissão de vontade conduzida intencionalmente ao prejuízo do equivocado, o Código Civil penaliza com a anulabilidade, na forma do seu artigo 145.

O elemento subjetivo específico é característica necessária para a definição do dolo, já que é tido como o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro (BEVILÁQUA, 1980, p. 219).

Tipifica a lei em conduta comissiva ou omissiva dolosas quando o agente leva o outro a agir equivocadamente ou quando deixa o mesmo se equivocar, sem lhe fornecer os necessários esclarecimentos para a correta emissão de sua vontade. Também aqui a literatura jurídica é igualmente rica em exemplos. Para não enfadar o leitor, serão apresentados os mais simples: anunciar a venda de joias falsas como se fossem verdadeiras; vender bem do qual não é proprietário passando-se por este; celebrar mútuo oneroso de moeda falsificada; locar bem que sabe ser imprestável ao objeto da locação, etc.

No dolo o elemento subjetivo tem carga intensa, pois está lastreado na intenção específica do agente em conduzir o outro negociante a manifestar vontade diferente da que manifestaria se conhecesse a realidade do negócio. Obviamente, se o aceitante conhecesse a realidade e mesmo assim quisesse realizar o negócio, a despeito de não poder identificar o dolo do sujeito, não se estaria diante de uma circunstância apta a fundamentar a invalidade. É necessário que ao dolo do agente se contraponha o erro do outro negociante, pois assim o interesse de se locupletar intencionalmente seria decisivo para contaminar o negócio, que se caracterizaria ilícito.

Outras vezes, a simulação pode ser o meio artificioso de se cometer a fraude. Ocorre a simulação quando o negócio aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas àquelas que realmente foram conferidas ou transmitidas; contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 167, da lei civil, e considera nulo de pleno direito o negócio jurídico simulado. É fácil confundir a simulação e a fraude, contudo as duas figuras são distintas, como bem chama atenção Rolf Madaleno, apoiando-se em Jorge Iturraspe (2009, p. 92):

A fraude e a simulação andam de mãos dadas, são muito próximas uma da outra, mas não se confundem conceitualmente, porque simulação é aparência, ocultação, ao passo que a fraude é comportamento real e, embora a simulação até possa ser lícita, a fraude sempre busca burlar a lei ou o negócio jurídico e com isto intenta enganar os credores.

Ressalva o negócio dissimulado, se válido na substância e na forma. A simulação e a dissimulação são situações opostas, pois enquanto na primeira dá-se aparência de algo que não existe, na segunda esconde-se aquilo que existe (NADER, 2008, p. 403). É fato que na simulação ocorre uma dissociação deliberada entre o que se quer verdadeiramente e o que se declara, em conluio de duas ou mais pessoas, para prejudicar terceiro. Trata-se de ato praticado para burlar o direito de outrem.

Não é incomum encontrar na literatura jurídica variados casos de fraudes contra credores cometidas em atos e negócios simulados. De todas as figuras vistas até aqui, sem sombra de dúvida é a simulação a que guarda mais proximidade com a fraude. Por isso, deve-se deixar claras as características de uma e de outra.

A simulação pode ser encontrada pela conjugação dos seguintes fatos: a) conluio entre os figurantes do negócio jurídico, configurando negócio bilateral; b) dissociação entre a vontade real e a declarada, não correspondendo à real intenção das partes; c) objetivo de burlar a lei ou de enganar terceiros, alcançando determinado proveito (BONIZZONI; ALVES; BITTENCOURT, 2009, p. 162). Percebe-se que, se confrontada com a figura da fraude contra credores, os itens ão e õc se assemelham, aproximando esses defeitos de forma tão íntima que quase não se consegue distingui-las. Porém, é no item õb que se encontra a diferença, pois na simulação há divergência entre a vontade real e a vontade declarada. Na fraude, a vontade real e a vontade declarada são sinônimas, pois, o agente declara e realiza exatamente o que pretende.

Se a intenção do agente é movimentar seu patrimônio mediante atos e negócios jurídicos, seja por doação, alienação ou gravames que possam implicar na redução de bens, ou até mesmo não gerar patrimônio próprio, é desafiador distinguir quando tais movimentações ou suas ausências, podem configurar fraude. Tais atos, em princípio, são legítimos.

É preciso também não olvidar que a fraude também pode ser resultado do abuso do direito. Na definição legal, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187, Código Civil). Aquele que excede os limites está na prática de ato autorizado, mas realiza conduta que vai além do permitido. Daí se configurar o abuso. O agente tem poderes investidos por lei ou por convenção para agir, ultrapassando os limites

determinados à sua própria causa, seja ela econômica ou social. Se fere a boa-fé ou os bons costumes, abusa do direito.

Lembra Rolf Madaleno (2009, p. 84) que Pontes de Miranda criticava a expressão abuso de direito, pois a este estado jurídico se contrapõe um estado de fato, se não há abuso de fato também não pode haver abuso *de* direito, daí preferir a expressão abuso *do* direito, por remeter à ideia do abuso do exercício de um direito. O próprio autor, na esteira de Pontes de Miranda, também prefere o termo abuso do direito, em que pese a lei civil referir à expressão abuso de direito mesmo.

Esta figura se distancia da fraude contra credores, pois nem sempre o devedor está autorizado à realização de determinada conduta. Não se trata de ir além de algo permitido, mas de agir ilicitamente desde sempre. Percebe-se, então, que no abuso do direito o ato praticado se inicia lícito e se conclui ilícito. Na fraude, ao contrário, todo o ato é ilícito.

Demais disto, para a configuração da fraude é necessário o dano, pois se a conduta do agente não lesa, nada resta aos credores pleitearem: ôisso importa dizer que a ilicitude configuradora do abuso do direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outremö (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 24). O abuso do direito, portanto, não prescinde do dano, como na fraude, basta que se ultrapassem os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social, para que tenha se realizado a ilegalidade.

A fraude contra credores e o abuso do direito são figuras muito próximas, pois aparentam legalidade, sendo que na fraude essa aparência é fruto da legalidade efetiva, enquanto no abuso não, pois é realmente ilegítima a conduta abusiva. O que torna a fraude sancionável é a finalidade última perseguida, que é o dano. No abuso, isso nem sempre é o que se persegue, pois, a lesão é mera consequência, não o objetivo. Na deslealdade da concorrência, por exemplo, muitas vezes o empresário não persegue o dano ao seu concorrente, o seu objetivo maior é se impor sobre aquele, para garantir o seu próprio sucesso. A consequência disso é a lesão ao concorrente. O fato de se sobressair às custas da supressão ilegítima do outro, com quem disputa o mesmo público, é a finalidade direta do concorrente desleal, e o resultado indireto é o dano causado por essa conduta.

Não há fraude se não há dano, pois aquela somente se consuma se verificada a lesão ao credor. Se há condutas ilícitas praticadas, outras ferramentas jurídicas estão disponíveis na legislação para atacá-los, mas não a figura da fraude.

O Código Civil brasileiro, de 1916, em seu artigo 106, estabelecia como elementos da fraude a intenção (*consilium fraudis*), o dano (*eventus damni*) e a anterioridade do crédito, exigindo para a anulação do ato a comprovação da má-fé nas hipóteses de atos onerosos e

presumindo a má-fé nos atos gratuitos ou nos onerosos, quando já constatada a insolvência. Adotou, portanto, a fraude subjetiva, exigindo do credor a prova inequívoca da intenção fraudulenta.

O Código Civil, de 2002, por sua vez, presumiu a intenção de fraudar, quando admitiu a possibilidade de fraude mesmo diante da ignorância do devedor de seu próprio estado de insolvência. Assim, a lei atual tratou da fraude subjetiva, nos mesmos moldes da lei revogada, mas mitigou o rigor da prova quanto ao elemento intencional, em determinadas situações.

Nesse sentido, a lei civil aproximou a fraude da finalidade, quando estabeleceu que é fraude a frustração do crédito pela disposição de bens, a título gratuito ou oneroso, mesmo quando o devedor desconheça o seu estado de insolvência. Ora, se o devedor desconhece a sua própria situação patrimonial, não se pode dizer que ele agiu motivadamente para frustrar a execução de seus bens por parte do credor prejudicado. Para o Código Civil, a fraude contra credores tem como elementos obrigatórios o dano e a anterioridade do crédito, e como elemento facultativo a intenção de fraudar.

Essa definição legal atual se afasta, portanto, do conceito clássico de fraude, que leva em consideração a presença inafastável da malícia (intenção), como já alertou Clóvis Beviláqua (1980, p. 227): «fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiro, *persona personam*». Efetivamente, aqui a fraude se dá pelo *consilium fraudis* (conluio fraudulento), já que apenas pode ser constatada pelo consórcio dos dois negociantes em relação à figura de um terceiro.

É possível, portanto, apontar os elementos objetivos e subjetivos da fraude, que nem sempre necessitam estar conjugados para caracterizá-la. Dá-se a fraude pela insolvência acidental (fraude objetiva) ou pela insolvência culposa (fraude subjetiva). Para aqueles que entendem a fraude apenas como revelação da malícia, a ideia de fraude objetiva é impossível e a motivação é corolário categorial indispensável.

Talvez não se possa falar ainda de uma fraude verdadeiramente objetiva no direito civil, mas se trata seguramente de uma transição para ela. Essa tendência colabora para uma efetiva coerência do sistema dado ao tratamento dos negócios, pela inserção expressa do princípio da boa-fé nas relações negociais, podendo-se invocar ainda a experiência nacional na esfera do direito laboral, nos termos do artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulo de pleno direito todos os atos praticados com o objetivo de fraudar a lei. A interpretação deste artigo tem sido denominada pela doutrina como fraude objetiva, pois decorre do contrato como expressão da realidade, mesmo ó e sobretudo ó quando estiver dissociada da literalidade de suas cláusulas (RODRIGUES, 2015, p. 20).

Nas relações trabalhistas, consolidou-se o princípio da primazia da realidade, pelo qual se pode dispensar a investigação de qualquer elemento subjetivo para configurar fraude às relações laborais, bastando a comprovação dos elementos fático-jurídicos, ou seja, a demonstração da existência da subordinação, jornada de trabalho e pessoalidade no serviço prestado. Isso se deu em razão do reconhecimento da assimetria da relação negocial entre empregado e empregador, estabelecida pela hipossuficiência jurídica e econômica daquele em face deste.

Como meio de alcançar as situações mais amplas possíveis, no intuito de tutelar o crédito e realizar a sua função social, a fraude será tomada aqui ora objetivamente, ora subjetivamente. Isso permite incluir situações de aparente licitude, que se revelam ilícitas apenas na sua finalidade. Juridicamente, são operações negociais que, em si, são lícitas, mas encontram na sua finalidade real a violação ao princípio da boa-fé.

## **CAPÍTULO 2 A CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE CONTRA CREDORES FUTUROS**

Para a caracterização da fraude contra credores futuros, é imprescindível uma breve explanação acerca da definição de obrigação, a fim de se permitir identificar na ógeografia da relação obrigacional onde, e em qual momento, pode-se encontrar os atos fraudulentos, tendo em conta que ainda se consolidou o crédito que se pretende tutelar.

A análise do sentido do termo obrigação inicia-se com a constatação, já consagrada na doutrina civilista, de que nem sempre, em direito, esta expressão teve o mesmo significado jurídico. Já foi entendida como regra moral, regra exclusivamente jurídica, como vínculo estático que amarra duas pessoas (denominadas credora e devedora), e também como um processo que se desenrola no tempo e no espaço, sob um ponto de vista dinâmico. Assim, é que se pode falar em obrigação como regra moral, obrigação como vínculo jurídico e obrigação como processo, a seguir apresentadas na visão de Georges Ripert, Hans Kelsen e Clóvis do Couto e Silva, respectivamente.

Muito já se escreveu sobre a proximidade e o afastamento entre Direito e Moral, e não é o objetivo neste trabalho resgatar tais discussões seculares. Contudo, é inafastável a ideia de que o Direito se projeta a partir de uma moral que serve de ponto fundamental à sua finalidade: a justiça. Assim, a proximidade entre Direito e Moral, que é muito forte no jusnaturalismo, aparece de modo decisivo nas teorias civilistas francesas do século passado, como se pode verificar na obra de Georges Ripert (2002), ao tratar da obrigação como regra moral de conduta.

Como muitos de sua época, Georges Ripert se perguntava: até que ponto o mundo jurídico poderia se organizar fora de uma preocupação moral, limitado apenas a dados práticos e racionais (RIPERT, 2002, p. 23).

Para Ripert, a moral não é um óvago ideal de justiça, trata-se de uma lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano (RIPERT, 2002, p. 23).

Hans Kelsen já distinguiu os campos de aplicação das duas normas: a norma moral propõe condutas sociais a serem seguidas segundo um juízo de reprovação, impõe direitos e deveres, é norma autoritária; a norma moral prescreve condutas a serem seguidas, é o dever-ser, a partir do qual se impõe uma sanção pelo não cumprimento desse dever-ser (KELSEN,

1984, pp. 93-107). Na Moral não há coação, a partir da conduta eleita como correta, tomada como paradigma de comportamento, apenas a reprovabilidade pode ser consequência. No Direito, a coação é consequência da conduta esperada que não foi realizada, como meio de se obter tal realização. Assim, é perfeitamente possível compreender que as escolhas do legislador a propósito das condutas eleitas como justas, corretas, adequadas, tenham cunho moral. A forma é jurídica, o conteúdo é moral, em muitos casos, especialmente nas relações obrigacionais, como se percebe em Georges Ripert (2002).

A própria ideia de boa-fé objetiva é construída de forma a desprezar o subjetivismo, sobrelevando a conduta e não a intenção, de modo a permitir, mais facilmente, a repressão do comportamento contrário à boa-fé. Observe-se, todavia, que a escolha dos comportamentos ditos contrários à boa-fé (portanto, eleitos contrários ao direito), é de conteúdo moralista. E não poderia ser diferente, pois embora tentem os juspositivistas alegarem um Direito absolutamente distinto da Moral, toda e qualquer tentativa de estrita separação ressoa superficial ou falsa, já que a própria ideia de justiça, que é o objetivo maior do Direito, entrelaça-se de modo muito particular com os conteúdos morais típicos.

A busca em fundamentar um direito na ética foi o escape à fluidez da ideia de moral, na medida em que aquela é mais visivelmente percebida na conduta humana, uma vez que a moral pode ser extraída da realidade social, com suas contingências e vicissitudes (por isso fala-se de moral cristã, moral burguesa, por exemplo), enquanto a ética é um dever-ser otimizado, ideal, que orienta a conduta humana (LOBO, 2012, pp. 94-95).

Não se pode afastar o pensamento de que a ciência jurídica deve alcançar uma finalidade concreta, assim, muitas vezes, a superação de uma teoria subjetivista de difícil aplicação prática será uma necessidade, resultando então em novos contornos de fundo prático mais adequado. Veja-se, por exemplo, o caso da boa-fé já referida: a transposição, em direito negocial, da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva, nada mais é do que adequar a teoria para uma aplicação prática mais eficaz. Diante das dificuldades óbvias de comprovação das más intenções do sujeito negociante, que não se externavam em condutas, mas apenas em pensamentos não revelados, havia uma clara supressão de aplicação das sanções. Assim, afastou-se a teoria da boa-fé subjetiva para dar lugar à da boa-fé objetiva, deslocando para a conduta esperada do negociante o peso da prova de lealdade com o outro pactuante. Com muito mais objetividade, é possível constatar se o contratante realizou ou não a conduta esperada: ou a realizou ou não a realizou; não se perquire mais da intenção de ter, ou não, realizado a conduta esperada; se sabia, ou não, que não poderia agir desta ou daquela maneira.

Porém, é inegável: o conteúdo moralista da escolha de tais condutas de boa-fé ou de má fé permeia a elaboração da norma, subjacente na mente do legislador como um dado inafastável.

Georges Ripert não estava errado ao reconhecer o conteúdo moral da obrigação, mas fragilizou a sua própria teoria, ao construir o seu pensamento em torno da moral religiosa cristã, afastando toda e qualquer autonomia da moral em face da religião (RIPERT, 2002, p. 43-49).

É preciso que se entenda. A estreita ligação entre Direito e Moral, muito profícua nos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, influenciou sobremaneira a teoria das obrigações civis, de modo que toda a ideia de contratação tinha que levar em conta a vontade do sujeito do contratante conforme uma moral prévia. Assim, todo e qualquer vício da vontade lastreadora do negócio sofria a influência de um controle moralista: agir com boa-fé, não lesar, não enganar, não enriquecer ilícitamente, etc. São comandos típicos de conteúdo moral. Revestem-se de juridicidade pela forma, mas têm conteúdo claramente moral. Mais do que a causa do negócio, importava o motivo do negócio. O motivo era reflexo da vontade; na teoria voluntarista, típica do Estado liberal, importava saber o motivo da vontade de contratação e em quês condições esta vontade manifestar-se-ia, daí a elaboração criteriosa de toda uma teoria dos vícios da vontade (erro, dolo, coação, abuso).

Para os doutrinadores da época, alegar a clara distinção entre Direito e Moral poderia parecer o não reconhecimento da correlação entre os domínios, mas não era o que ocorria, pois é possível enumerar enormemente as vezes em que os legisladores europeus se utilizaram das regras morais para construir as regras jurídicas ou para fundamentar decisões judiciais<sup>13</sup>.

Para Georges Ripert (2002, p. 72-73), não existe na realidade nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim entre a regra moral e a regra jurídica, e nem deve haver, porque o direito serve à realização da justiça e este é um conceito moral; a diferença que existe entre elas é apenas de caráter e a regra moral torna-se regra jurídica por injunção mais enérgica e sanção exterior, para atingir a sua finalidade.

Em que pese já se ter, recentemente, afastado o sentido exclusivo de moralidade e direito, como dois sistemas que, apesar de se comunicarem, não se confundem, pois tem sua linguagem e métodos próprios, não há que se olvidar que várias regras de direito são estabelecidas sobre conteúdos genuinamente morais.

Da ideia de obrigação como regra moral restou o saldo positivo de que õem todas as relações contratuais há um requisito *superlegal* qual seja o de um mínimo de dignidade moral,

---

<sup>13</sup>Conferir, a título de exemplo na mesma obra (RIPERT, 2002, p. 72-73).

como pressupostos para a eficácia de uma invocação de direitos (LIMA, 1965, p. 82), com destaque do autor. As condutas, os padrões de comportamento humano desejados, via de regra, devem ser pautadas pelas escolhas éticas e morais, que bem apontam o caminho da paz social, na medida em que os homens devem fazer o que é certo.

Para Hans Kelsen (1999, p. 44), o fenômeno jurídico deve ser isolado de outras esferas como a moral ou a religião, oferecendo um arcabouço de proposições e estruturas que decorrem única e exclusivamente do que se depreende das regras positivadas, oriundas do processo legislativo estatal. Assim, a regra jurídica é aquela que decorre de um comando legal pelo qual dada a hipótese deve ser a prestação, dada a não prestação deve ser a sanção. Isso significa dizer que a obrigação atende exclusivamente a um comando normativo previamente positivado e é tomado como obrigação apenas aquilo que a norma estabeleceu que é, sem ser influenciado significativamente pela moral, pela ética ou pela religião.

Para a concepção kelseniana, a obrigação é tomada estaticamente, pois ao positivar a obrigação, a lei fraciona a relação jurídica obrigacional, como forma de redução da complexidade, considerando apenas o vínculo que subordina o devedor ao credor e as consequências dessa subordinação. Desse modo, a relação obrigacional não é vista como um conjunto de atos relacionados. Isso só ocorrerá pela crítica ao positivismo estrito, que elege determinadas situações de interesse jurídico e despreza as demais circunstâncias, como método sistemático de criação do direito.

## **2.1 A relação negocial e a boa-fé objetiva**

O fato da relação negocial se dar em fases conduz à conclusão de que a concepção de uma responsabilidade pré-negocial não é de todo correta, uma vez que essa já é, em si, uma fase da relação. A expressão *õpréo* aqui assume um sentido daquilo que vem antes, que é prévio, quando na realidade se trata da própria relação já em fase de construção, daí preferir-se o termo de fase inicial da relação negocial, em substituição da palavra *õpréo*.

Em que pese essa observação, a doutrina majoritária vem tratando da fase pré-negocial como uma etapa preliminar à formação do negócio e tem depositado no princípio da boa-fé a emanção de deveres desde então.

A ideia de boa-fé remonta, etimologicamente, em princípio, da palavra *fides* romana, que nem sempre expressou o significado pelo qual é tomado hoje. António Menezes Cordeiro (2011, *passim*) cuidou de aprofundar o estudo em torno das origens, das mais variadas influências que moldaram o que se pode tomar hoje como boa-fé, não descurando de uma

vasta bibliografia que lhe serviu de fundamento para tal desiderato. Assim, sem dúvida é o texto base para as considerações que se seguem, motivo pelo qual se pede licença para as inúmeras referências à mesma obra, mesmo correndo o risco de parecer simplório ou cansativo, mas ainda assim necessário.

É possível identificar os elementos constituintes da boa-fé, sob prismas diversos, que o autor reduz a três: a boa-fé religiosa, a boa-fé social e a boa-fé ética: a *fides-sacra*, presente na Lei das XII Tábuas, referindo-se a sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a *fides* do cliente; culto da deusa Fides; análise dos poderes extensos atribuídos ao *pater* e nas fórmulas iniciais da sua limitação; a *fides-fato*, dita assim por não conter conotações morais ou religiosas; e a *fides-ética*, cuja concepção ligada a Heinze, que partiu de Fraenkel, vincula garantia e qualidade pessoal, com clara conotação moral; a *fides* toma sentido de dever, mesmo quando ainda não jurídica (MENEZES CORDEIRO, 2011, pp. 55-56).

Apesar desse esboço inicial de origem remota, o próprio autor refuta essas ideias, propondo um estudo da boa-fé sob o prisma funcional, reconhecendo como insuficiente a indicação apenas filológica da origem do termo. É fato que a boa-fé pode ser concebida a partir de perspectivas distintas, mas há uma origem religiosa convergente, a partir da qual é possível relacionar os sentidos em que foram tomados no futuro.

Assim, António Menezes Cordeiro passa a investigar, no direito romano clássico, sob o prisma funcional, como se dera a evolução da *fides*, que poderia ter resultado na boa-fé que se conhece hoje. Propõe-se também aqui seguir os passos do mesmo autor.

Inicialmente, Menezes Cordeiro (2011, p. 56-69) visualiza na *fides* relações internas (clientela) e relações externas (fator de submissão a Roma), constatando que não é possível, em face do vocábulo *fides*, isolado, concluir qualquer significado: apenas em contexto ganha um sentido expressivo (com aspas pelo autor). Era, então, uma expressão tomada em sentido circunstanciado de dominação romana, que poderia ser preenchido com qualquer outro sentido diverso, posto tratar-se de um vocábulo volátil, que não se prendia até então a coisa alguma de forma particularizada:

Quando, no último século antes de Cristo, se iniciou o reagrupamento e ordenação das soluções esparsas de litígios civis, num esforço em que seria fundada a Ciência do Direito, a *fides* estava especialmente vocacionada e disponível para dar cobertura a novidades jurídicas.

O fôlego significativo que lhe faltava podia ser facilmente insuflado pela adjunção do adjetivo *ōbonaō* (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 70) (aspas pelo autor).

Percebe-se que o significado dado à expressão boa-fé é oriunda, em grande parte, da contribuição religiosa, da ideia de retidão, correção, como corolários necessários de condutas

esperadas daqueles que tomaram como paradigma os dogmas cristãos da Igreja, já que ãa fides, mantendo sempre as suas conotações afetivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantém: fé (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 70).

O fato da boa-fé ter sido concebida a partir dessa perspectiva religiosa, resultou na constatação inequívoca de que do princípio da boa-fé emana uma sacralidade residual, que reflete esse teologismo medieval (SALDANHA, 2012, p. 224). Coube ao direito a tarefa de objetivar essa inspiração sagrada em termos próprios, permitindo sua normatização e aplicação.

### 2.1.1 A obrigação em sua concepção dinâmica: o conceito relacional como critério mais adequado de identificação do credor futuro

A ideia de relação jurídica obrigacional como sinônimo de obrigação é originária do direito romano, que tomava a obrigação em duplo sentido: como vínculo e como relação, tendo surgido daí várias interpretações acerca do termo, que ora era tomado como situação total (fórmula que leva em conta a posição subordinada do devedor ao credor), ora apenas como vínculo jurídico. Contudo, a expressão vínculo deve ser compreendida como a própria relação jurídica, na qual o objeto é a prestação e o conteúdo é o poder que tem o credor de exigir a prestação em oposição à necessidade jurídica do devedor de satisfazê-la (GOMES, 1967, p. 148-149).

Na década de sessenta do século XX, por ocasião de sua candidatura à cátedra de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Clóvis do Couto e Silva (2013) escreveu a tese da obrigação como processo, expondo as razões iniciadas por Karl Larenz (1958), na Alemanha, alguns anos antes. Segundo o autor, a obrigação jurídica, numa ótica originária do direito romano clássico, se estabelecia pela relação obrigacional como um vínculo que unia o devedor ao seu credor, constituindo então uma submissão ao poder de execução se não houvesse o voluntário adimplemento da prestação. Neste sentido, a obrigação se resumia ao vínculo, ao elo (*ob e ligatio*), denotando uma visão estática da obrigação.

Em Karl Larenz (1958), a obrigação é sinônima de um complexo de atos concatenados, a partir dos quais é possível extrair novos atos relacionados, num fluxo e refluxo de direitos e deveres, pretensões e ações, que se interpenetram num objetivo comum, que é o adimplemento, permitindo perceber que à medida em que a relação processual se

desenvolve no tempo a sua base permanece íntegra, compondo ali a ideia de unidade (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 590).

Para Clóvis do Couto e Silva, a obrigação é uma relação dinâmica, que se desenrola em atos e fases, que se entrelaçam num claro objetivo final, que é a satisfação da prestação. Sob esta perspectiva, parecem claros os direitos e os deveres de ambas as partes negociantes, credora e devedora, respectiva e simultaneamente. A partir daí toma relevo a ideia do dever de cooperação que se espera do credor e do devedor ao adimplemento da prestação, seja mediante condutas positivas, seja mediante condutas omissivas.

A relação obrigacional pode ter um sentido amplo, abrangendo então todos os direitos (formativos, pretensões e ações), deveres principais e secundários, dependentes e independentes, obrigações, exceções e posições jurídicas, e um sentido estrito, como fora tomada pelos romanos, como sinônimo de crédito e débito (COUTO E SILVA, 2013, p. 19).

Uma vez que a obrigação é resultado direto do dever jurídico de cumprimento da prestação, a complexidade de atos encadeados para o resultado desejado deve ser analisada em sistema de cooperação. Assim, apenas diante do não cumprimento dos atos indicados estar-se-ia diante da responsabilização consequente. Desloca-se a ideia de sujeição do devedor ao credor para a de cooperação necessária ao desenvolvimento dos atos necessários ao resultado esperado, que é o adimplemento, a partir da concepção da obrigação como uma totalidade (COUTO E SILVA, 2013, p. 29).

A decomposição de uma relação obrigacional permite localizar o direito de crédito, cujo fim é a prestação, e, remotamente, a sujeição do patrimônio do devedor como garantia dessa prestação (GOMES, 1999, p.13). Isso conduz à percepção de que a obrigação não pode se esgotar exclusivamente no vínculo entre o devedor e o credor, já que para alcançar a prestação muitas outras situações jurídicas podem se fazer necessárias.

A opção de Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 20) pela expressão processo como sinônimo de obrigação se deu em função dessa perspectiva dinâmica, pela qual se desenvolvem as variadas situações e demais atos relacionais em interdependência finalística.

É como se a obrigação fosse composta por uma complexidade de atos internos que apenas externamente se traduziria pelo simples vínculo, pois não se trata apenas de um dever simétrico de prestar equivalente ao direito de exigir, cuida-se de vários elementos jurídicos dotados de autonomia suficiente que a partir de um conteúdo unitário dá origem a uma realidade composta (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 586).

Ao se analisar um determinado negócio, é possível identificar algumas fases que o compõem: uma fase de elaboração, de pactuação e de execução, de forma bem simplista.

Contudo, cada uma dessas etapas enseja em si mesma outras várias situações que se comunicam, de forma antecedente, simultânea ou consequente, embora todas destinadas a um mesmo fim.

Segundo José de Oliveira Ascensão (2010, p. 32), ão ponto de vista pessoal a decisãõ é *prius*. Mas o Direito inverte essa ordem. Como ciência do comportamento social, deve partir da análise dos comportamentos ou exteriorizações pelas quais o espirito se manifesta. Tem razão o autor português, pois, de fato, enquanto a intenção do agente não se manifestar na realidade, no mundo, não há como apreender o que se quis ó se é que se quis algo.

Embora todo o conhecimento acerca da elaboração do ato que se vai desenvolver já estivesse lá, somente depois de externalizado é que se pode conhecê-lo, então é neste momento em que se assenta todo o início do desenrolar do interesse jurídico. Ressalte-se que algumas vezes a própria ciência jurídica pretende relevar o interesse neste momento obscuro, quando se refere à dissociação entre o que se quis e o que se manifestou, nas hipóteses de reserva de domínio e contradição entre intenção e declaração. O Código Civil brasileiro, de 2002, regula essas situações nos artigos 110 e 112<sup>14</sup>.

A partir dessa verificação, é possível localizar, mais facilmente, o início dos deveres jurídicos de todos aqueles que se propõem a assumir deveres jurídicos negociais e, com isso, atribuir consequências na hipótese de descumprimento, notadamente nessa fase inicial dos negócios. A ideia de tutela do credor futuro se assenta na perspectiva de que, nesse momento negocial, se esboça já o dever de garantia em caso de inadimplência obrigacional.

Certamente, a tomada da obrigação como vínculo estático entre credor e devedor não inviabiliza o reconhecimento desses deveres ditos pré-negociais, mas dificulta sobremaneira a sua identificação. A isso se deve os tantos anos de omissão do Direito sobre o tema, já que o aprofundamento do estudo nessas questões é bem recente, se comparado às demais teses de responsabilização civil. Sem dúvida, pode-se atribuir à boa-fé objetiva o mérito dessa atual configuração.

### 2.1.2 O princípio da boa-fé como emanção de deveres gerais de conduta

A vinculação da concepção atual de boa-fé com a ideia remota de *fides* tem repercussão no continente europeu, irradiando-se para os diversos sistemas jurídicos que

---

<sup>14</sup>Artigo 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Artigo 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

influenciaram decisivamente a construção da teoria da confiança, consolidando um compromisso de fidelidade e cooperação de modo expresso ou implícito (MARQUES, 2014, p. 19).

Foi em 1861 que Rudolf von Jhering (2008) cuidou, pela primeira vez, da chamada *culpa in contrahendo*, que corresponderia à premissa de que a não imputação de responsabilidade por danos e despesas derivados de contratos nulos, conduz a situações de injustiça, esboçando o reconhecimento de deveres fora da relação contratual, que só se justificariam em função da ideia de boa-fé. Diante de um contrato nulo, o dano pode ser imputado ao réu não pela nulidade ó pois esta decorre da lei ó mas por não ter evitado tal nulidade, vindo a lesar à outra parte (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 529-530).

Coube à Franz Leonhard o aprofundamento da teoria de Jhering, reconhecendo que o dever de cuidado típico da prestação contratual já se poderia exigir desde as negociações (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 534).

Esse foi um passo importante para a definição de um dever indutor de consequências jurídicas, em face de uma culpa em formação, o da separação entre vícios no sujeito, no objeto ou na vontade, neste sentido havendo nulidade em razão de atos que devessem ser do conhecimento daquele que lhe deu causa, este se obrigaria ao ressarcimento do dano causado em razão de um interesse contratual negativo.

A partir dos estudos que começaram a surgir em torno dessa útil novidade jurídica para a realidade dos negócios, traduzida pela responsabilidade em razão de danos causados por ocasião das tratativas do contrato, novas conclusões se consolidaram sobre os deveres de lealdade negocial. Por fim, passou-se a entender que tais deveres eram estranhos ao contrato firmado, o que levou Menezes Cordeiro (2011, p. 554) a afirmar que apenas de modo romantizado se pode conceber uma lealdade entre partícipes de um negócio e por isso qualquer lealdade que se pretenda descobrir, tem de ser atribuída a vectores estranhos à contratação e às partes: é, apenas, uma necessidade jurídica de respeitar normas ou princípios específicos.

A insuficiência da metodologia clássica, negocialista ou legalista, para enquadrar a expansão da culpa *in contrahendo*, provocou o aparecimento de concepções dogmáticas novas, particularmente motivadas pelas sucessivas e pungentes mudanças na realidade social após os períodos de guerras mundiais que marcaram a economia europeia e o cumprimento dos contratos. Diante de tudo isso, Menezes Cordeiro (2011, p.555) conclui:

Com torções ou rupturas, sempre possíveis, o entendimento definitivo do que possa ser a CULPA IN CONTRAHENDO implica o perguntar pelo sentido do comércio

privado e pela dimensão das esferas particulares tuteladas. A questão coloca-se na dimensão concretizadora posta pelo inter-relacionar de dois sujeitos, cujos comportamentos, quando não sejam indiferentes, devem apresentar um enlevo que o Direito sancione pela positiva. A remissão formal para a boa-fé reúne todas as condições para, sem compromissos, exprimir estas exigências. Pela tradição romanística, a boa-fé está vocacionada para normativar as relações entre pessoas específicas e, devidamente reforçada pela prática comercial do século XIX, para reger o tráfego negocial, à míngua de preceitos expressos. Pela sua dimensão sistemática, ela concatena lugares distantes, aproximados pelas exigências ordenadoras de um Direito que, porque positivo e logo efectivo, deve ter um qualquer sentido global. Pela elaboração científica, ela permite ver luz onde, de outro modo, reina o empirismo. Pela sua consagração legal, ela confere a todas as soluções que patrocine, uma viabilidade da qual, em termos realísticos, seria inoportuno desdenhar.

A apropriação do conceito da boa-fé objetiva se dá de modo definitivo, como corolário de um conjunto de condutas objetivamente apreciáveis na relação obrigacional, desde o momento das tratativas até a pós-contratação, com o intuito de facilmente poder aferir o cumprimento ou descumprimento de deveres relacionados de forma direta ou indireta com a prestação perseguida.

Assim, a boa-fé é um conceito ético e social, existente também fora do Direito, que lança mão sem alterá-lo em sua essência, não existindo um conceito puramente jurídico da boa-fé (SILVEIRA, 1972, p. 11).

Embora possa ser atribuída a origem da boa-fé às ideias religiosas, éticas ou morais, o certo é que o que se entende por boa-fé tem conteúdo múltiplo, que congrega o sentimento humano de agir com retidão, de fazer o que é certo, de não ludibriar o outro nem lhe causar o mal. Talvez, inclusive, num sentido muito mais excludente do que inclusivo de condutas, pois muitas vezes parece mais fácil apontar o que não deve ser feito por alguém em determinadas situações do que aquilo que deve ser feito. É o caso, por exemplo, da máxima *neminem laedere* que congrega um não fazer (não lesar o outro); ao se interpretar o não fazer, em determinados casos, consegue-se alcançar com mais segurança todas as condutas ou comportamentos que não se espera de uma pessoa ética.

A observação de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça brasileiro conduz à constatação de que o preenchimento do conteúdo da má-fé tem sido mais facilmente realizado, do que o próprio conceito de boa-fé. É o que se infere das expressões utilizadas pelos julgadores, ao associarem a má-fé à ausência de conduta leal e falta de cooperação (REsp 1.411.136/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, j. 24.02.2015); ao comportamento contraditório (AgRg no REsp 1.280.482/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 07/02/2012); à violação à ética contratual (REsp 1.203.153/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 03.06.2014); ao abuso de direito (REsp

1.356.725/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Vilas Boas Cueva, j. em 24.04.2014); à ausência de informação (AgRg no AREsp 218.712/RS, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10.10.2013); ou à ausência de informação correta, suficiente e adequada (AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Hermann Benjamin, j. em 14.02.2012).

A ideia de boa-fé como tradução do comportamento ético, sinônimo do princípio jurídico, muitas vezes pode confundi-la com a de bons costumes, esvaziando seu conteúdo e razão de ser, contudo estes têm sentido mais amplo do que aquela (LOBO, 2012, p. 94). A boa-fé se presta ao dever de conduta com mais precisão e eficiência.

A ciência jurídica, contudo, não se limita somente a definir um não fazer, mas também pretende, em muitos casos, já apontar o que deve ser feito, daí a sua característica normativa.

Antes restrito ao direito contratual, os deveres de lealdade, de informação e de proteção, que a princípio decorrem do princípio da boa-fé, projetam-se para além dele, alcançando situações que se localizam no entorno do contrato. A maneira de atingir essas circunstâncias, especialmente identificadas na fase pré-contratual, era forjar a culpa em formação como sua razão de responsabilidade (MENEZES CORDEIRO, 2011, pp. 554-555).

O princípio da boa-fé objetiva, junto com o da autonomia da vontade, vincula-se ao nascimento, às fontes e ao desenvolvimento da relação obrigacional (COUTO E SILVA, 2013, p. 24), mas não se confunde necessariamente com ela. Esse é também o pensamento de Paulo Luiz Netto Lobo (2011, p. 183), para quem os princípios jurídicos são fontes de deveres, por isso podem incidir em situações variadas, irradiando efeitos de modo externo e interno, inclusive nas relações pré-negociais e até mesmo quando o contrato nunca venha a existir. Os deveres jurídicos são autônomos e não decorrem do adimplemento ou da relação jurídica obrigacional, pois estão acima de ambos.

Cuida-se, portanto, de uma ética geral que não se vincula necessariamente ao negócio jurídico, mas é prévia a ele e independe dele, mas ao se vincular ao mesmo assume contornos específicos, de modo a colaborar com uma ética negocial que somente se estabelece posteriormente. O negócio jurídico é o divisor necessário entre essa ética geral e a ética negocial, de modo que o agente está sempre adstrito a uma conduta ética.

Em Kant (2007, p. 16), a ética se divide em antropologia prática e moral, sendo a primeira correspondente à parte empírica, que permite a filosofia moral, e a segunda destina-se exclusivamente à parte racional pura. É nesse sentido kantiano, que se vislumbra a boa-fé objetiva, cuja ética é passível de apreensão empírica e cujo conceito de bom é estabelecido pelo querer objetivo, cujos princípios são válidos para todo o ser.

Considerando que a obrigação é um conjunto de atos que se realizam de modo encadeado e relacionado, dando origem a outras relações jurídicas, pode-se conceber relações antecedentes, conexas, paralelas, transversais ou consequentes ao negócio principal, cada uma delas compondo seus próprios deveres. Nesse sentido, quando confrontadas com a relação obrigacional principal, essas outras relações podem conduzir falsamente à ideia de deveres conexos, secundários ou paralelos aos deveres que compõem a relação principal, daí decorrendo alguma confusão entre deveres principais e deveres acessórios, secundários, conexos ou paralelos.

Ao se analisar uma relação conexa, isolando-a das demais com as quais se encontra vinculada, será possível identificar um dever principal, antes tomado como paralelo àquela outra. É o caso da obrigação de pagar aluguéis num determinado contrato de locação: o dever de pagamento pelo locatário aqui é um dever principal (dever de cumprimento da prestação expressamente contraída), contudo esse dever somente se realiza mediante outros deveres que podem ser ditos laterais ou conexos com este, como o dever de manter disponível no acervo patrimonial do devedor numerário suficiente para a respectiva quitação. O primeiro dever é viável em função desse outro dever. Mas esse dever, por sua vez, é fruto de outra relação obrigacional com terceiro, já que a renda do locatário pode ser oriunda de uma relação empregatícia, por exemplo. O fato é que o dever de garantia patrimonial é prévio à relação locatícia e deve se manter nas mesmas condições lateralmente a ela, de modo que o cumprimento do dever de adimplemento da locação só se realiza pelo cumprimento do dever de garantia geral. É por isso que a relação obrigacional é um processo dinâmico composto por diversas outras relações prévias, transversais, laterais ou conexas.

### 2.1.3 A recepção da boa-fé objetiva no direito brasileiro

No Brasil, o estudo da boa-fé demorou a ser elaborado, tendo sido feito inicialmente sob critério exclusivamente subjetivo, chegando alguns autores inclusive a definir boa-fé objetiva como aquela que se funda num título real, embora viciado (GUIMARÃES, 1953, p. 68).

O Código Civil, de 1916, não tratou especificamente de um princípio da boa-fé, mas é possível encontrar neste diploma legal diversas passagens sobre a boa-fé subjetiva.

Foi somente com o Código de Defesa do Consumidor que o princípio jurídico da boa-fé chegou sistematicamente à seara contratual, como conduta exigida dos participantes da relação negocial. Ali se justificava especialmente pela necessidade de uma legislação que

procurasse minimizar os efeitos nefastos de uma relação muitas vezes massificada, assimétrica por natureza, em claro desfavor do consumidor. Na lei consumerista a boa-fé é cláusula geral que se realiza na compatibilização de outras cláusulas ou condições gerais do contrato (LOBO, 2011, p. 73).

A boa-fé objetiva é criadora de uma ampla gama de deveres que permeiam todas as etapas da relação negocial, atuando de forma refletida em relação ao parceiro contratual, de modo a respeitar seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações (MARQUES, 2014, p. 219).

Após exitosas aplicações da boa-fé objetiva na solução de conflitos advindos das relações consumeristas, o legislador civil também adotou, por ocasião do Código Civil, de 2002, o princípio da boa-fé.

Tratar de boa-fé objetiva é referir valores éticos como conteúdo jurídico. Na verdade, não se trata de condutas à margem da lei, uma vez que o Código Civil brasileiro, de 2002, adotou expressamente este princípio, no seu artigo 422, estabelecendo a exigibilidade de condutas éticas na relação obrigacional<sup>15</sup>. Assim, encontra-se autorização na lei para a exigência do comportamento ético dos partícipes do contrato. Não se trata, portanto, de via opcional em agir ou não agir eticamente, cuida-se de exigência legal. Sem o reforço em resgatar os valores éticos da conduta humana, há um esvaziamento considerável da segurança jurídica.

O artigo 422 não se limitou apenas ao estabelecimento de padrões de comportamento, pois foi além dele, exigindo a ação legitimada também pela moral, ao referir que as partes contratantes devem se conduzir conforme a boa-fé e probidade. De fato, parece haver concordância que os bons costumes se referem a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem afinidade com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica (COUTO E SILVA, 2013, p. 35) e que tudo isso engloba a exigência legal. Muito embora boa-fé objetiva não se confunda com probidade (e por isso mesmo o legislador usou

---

<sup>15</sup>É importante dizer que o legislador brasileiro cuidou de prescrever um padrão ético de comportamento na seara negocial, sem, contudo, descrever esse comportamento, seguindo a melhor orientação jusfilosófica sobre a questão, já que as decisões éticas, destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, não podem ser encontradas por procedimentos descritivos, como querem alguns, mas têm de ser prescritas. As descrições só cabem em assertivas lógicas e fáticas. As primeiras são tautologias, nada acrescentam sobre o mundo da experiência sensível e nada podem dizer sobre o que o ser humano deve fazer. As assertivas de fato só são verificáveis a posteriori e tampouco podem dar parâmetros para opções de conduta futura. Apenas após ocorrer, pode a conduta vir a ser descrita (ADEODATO, 2002, p. 186). O fato de não poder argumentar em termos de uma verdade, conduz à necessidade de opinar e tentar persuadir, ao que o autor apontado indica como o campo próprio da retórica.

os dois termos), não se pode olvidar que o paradigma da relação contratual atual exige a presença das duas: da ética e da moral.

Se a moral compõe o conteúdo da boa-fé ou não é outro problema. A depender da compreensão da boa-fé em sentido amplo (ética e moral) e boa-fé em sentido estrito (apenas ética), pode-se interpretar o artigo 422 como mera expressão da boa-fé objetiva ou como ambos os significados de boa-fé, a objetiva e a subjetiva:

A boa-fé como fato é um conceito ético-social, e o Direito, ao lançar mão dele para conceder-lhe efeitos jurídicos, não lhe alterou a essência, revestindo-o apenas de elementos acessórios (...) quando se diz que um indivíduo está de boa-fé, não se faz outra coisa senão valorar moralmente sua conduta social (SILVEIRA, 1972, p. 10).

Ficou demonstrado ao longo dos últimos anos, especialmente em razão da escola do positivismo estrito, que somente o conteúdo jurídico puro, formalista, dissociado da Moral e da Ética, não conseguiu conter ou minimizar os efeitos danosos das fraudes praticadas no ambiente econômico. Se não há patrimônio para garantir a execução forçada, não há como responder eficazmente ao credor lesado. O retorno à valorização das condutas éticas e morais traduz uma necessidade de preservação do próprio Direito.

Foi esta a escolha do legislador civil brasileiro, de 2002, com a introdução expressa da boa-fé objetiva - boa-fé lealdade, na linguagem de Alípio Silveira (1972, p. 8). Cabe à doutrina interpretar e aprofundar o significado e o alcance disso, para auxiliar o magistrado na aplicação da regra, já que a boa-fé tem se mostrado excelente ferramenta na determinação do *quid* e do *modo* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação (COUTO E SILVA, 2013, p. 34).

Quando a lei não proíbe determinada conduta considerada antiética ou imoral, costuma-se dizer que se o Direito não proíbe permitido está; todavia, se tais condutas são antiéticas ou imorais, estão sim reprovadas pelo Direito, conforme se depreende do artigo 422, do Código Civil, de 2002. Neste sentido, a redução voluntária de bens que venha a prejudicar a garantia patrimonial da satisfação do débito constituído por alguém poderá ser considerada antiética, preenchendo o conteúdo prescrito na norma e fazendo incidir consequências necessariamente jurídicas. Antes, porém, que essa conduta pudesse ser objetivamente considerada, o mesmo fato já seria imoral por se apresentar suficientemente reprovável socialmente.

Apesar disso, apenas o conteúdo ético da boa-fé será útil para as considerações deste trabalho, motivo pelo qual se deverá tomar a boa-fé objetiva como sinônimo de eticidade.

Assim, a blindagem patrimonial, o planejamento sucessório ou as alterações e concentrações empresariais, por exemplo, podem ser permitidas por lei, mas podem ser realizadas de modo antiético, vindo a lesar terceiros e por isso devem sofrer sanções jurídicas.

A prescindir de uma lei específica, funciona o princípio como função normativa. Mas o legislador brasileiro quis mais do que isso. Para afastar quaisquer dúvidas quanto à função normativa do princípio, optou por positivá-lo. A conduta de má-fé no ambiente negocial não é apenas de ordem principiológica, mas também de violação expressa da lei, pois é também um ilícito, já que õuma vez admitido em artigo de lei, passa a integrar o negócio jurídico, complementando a declaração de vontade das partes, não sendo alegável, conseqüentemente, erro a respeito de sua existência ou significação (COUTO E SILVA, 2013, p. 37).

#### 2.1.4 As funções da boa-fé objetiva na relação negocial

Ao tratar da boa-fé objetiva como princípio, a doutrina privatista identificou variadas funções para sua aplicação. Costuma-se elencar função tríplice: auxiliar o magistrado na tomada de decisões (função hermenêutica, privilegiada no artigo 113, do Código Civil), estabelecer condutas às partes negociantes (função integrativa, estabelecida no artigo 422, do Código Civil) e impor limites à autonomia de vontade (função limitadora, definida no artigo 187, do Código Civil). Percebe-se que a lei civil brasileira acatou *in totum* a multifuncionalidade do princípio.

Nem sempre é possível identificar uma separação de funções na aplicação do princípio, uma vez que a decisão judicial pode, no mesmo momento, em que se justifica no princípio, estabelecer a partir dele as condutas esperadas, que estão limitadas por seu conteúdo. Afigura-se, pois, bastante didática a secção do princípio, facilitando ao operador do direito o seu manuseio.

O Direito é ciência e arte. A criação e a aplicação de normas jurídicas se legitimam pelo procedimento científico, cuja matéria prima é a linguagem. A comunicação é uma arte e a linguagem como seu instrumento se dá através de vários artifícios. Como arte ou como ciência, o Direito deve ser interpretado.

Não se propõe aqui um estudo sobre as caudalosas teorias hermenêuticas que foram construídas proficuamente ao longo dos poucos séculos de ciência jurídica, muito ao revés, o que se pretende é um corte estratégico da função interpretativa do princípio nos negócios jurídicos.

Em todo negócio a vontade ocupa um momento importante para sua configuração. Assim, estabelecer o alcance e o sentido da vontade declarada é um desafio a ser necessariamente vencido pelo operador do direito. Em todo e qualquer sistema jurídico, não se ignora as dificuldades para a fixação do real interesse das partes contratantes, quando se estabelece um conflito oriundo dos termos negociados. Coube à legislação o papel de apontar os instrumentos mais seguros para esse desiderato.

Variadas foram as fórmulas propostas pela doutrina e a lei captou algumas delas, como se pode ver nos artigos da lei civil acerca do tema, com destaque para o artigo 112 (‘‘Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem’’), o artigo 113 (‘‘Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’’ e o artigo 114 (‘‘Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente’’), todos do Código Civil.

Ao propor que a interpretação dos negócios deve levar em consideração a boa-fé e os usos do lugar da celebração, conjugou o legislador uma fórmula recente com o milenar princípio dos usos e costumes. Os costumes são fontes de direito. A boa-fé objetiva deve ser entendida como comportamento leal e a sua interpretação deve levar em conta o sistema da lei civil e as conexões sistemáticas com outros diplomas legais e fatores metajurídicos (Enunciados 26 e 27 da Primeira Jornada de Direito Civil)

A boa-fé, contudo, como função hermenêutica não funciona isoladamente, pois a sua instrumentalização se complementa ainda pela atuação finalística do negócio, indo além da esperada função de circulação de riquezas para exercer o papel das relações negociais consistente em ‘‘instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana’’ (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 128).

A autorização legal por uma autonomia privada se dá na medida em que os interesses individuais se coadunem com os interesses sociais, como se verifica na funcionalização do contrato (GERSON, 2009, *passim*).

Se a função interpretativa do princípio da boa-fé tem se mostrado de relevante papel no direito contratual, a sua tarefa como método integrativo tem se revelado ainda mais importante. A construção ou a reconstrução do negócio a partir da ética comportamental conduz a resultados bem distintos daqueles que se poderiam ter, na ausência do princípio.

A função integrativa tem especial interesse aqui, em razão do seu papel criativo de condutas. O comando legal do artigo 422 supramencionado, não traz nenhuma dúvida quanto à exigência da conduta ética na contratação. Mesmo que assim não fosse, a boa-fé, na

condição de princípio, tem por si só uma força natural para reger o tráfego negocial na ausência de preceitos positivados, em cumprimento à sua vocação normativa, nos termos da tradição romanística (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 563).

É possível extrair do conceito originário de retidão e confiança um preceito normativo que impõe a adoção de comportamento correto, em situações negociais, que ultrapassa a fase de concreção contratual. O negócio jurídico que se desdobra em etapas se divide em variadas prestações:

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada.

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.

(...)

Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé (COUTO E SILVA, 2013, p. 38).

A boa-fé é instrumento de criação e reconhecimento de condutas paradigmáticas, na medida em que se torna possível idealizar e exigir performances éticas, desde os contatos iniciais dos pretensos contratantes até o *post factum finitum*. É possível identificar condutas padrão, verdadeiros *standards* jurídicos, que devem ser cobradas das partes negociantes.

Se a relação negocial se desenvolve em atos concatenados voltados a uma finalidade em comum, os partícipes dessa relação devem agir com lealdade, intuito cooperativo e transparência desde os primeiros contatos. A relação obrigacional seccionada em fases permite a verificação da realização ou não das condutas padrão, conforme o *standard* ético correspondente.

Em se tratando de boa-fé como indutora de comportamento, é bom deixar claro que não se trata de comportamento exclusivo da parte devedora. Um dos pontos centrais do princípio é o fato de poder ser exigido de qualquer dos negociantes, em qualquer de suas posições, seja credora, seja devedora. Neste sentido, não se pode perder de vista que também o credor tem o dever jurídico de colaborar com a tutela do crédito, evitando comportamento que conduza o devedor à inadimplência absoluta, ou colabore de modo decisivo para tal.

Em tese específica, Thiago Sombra (2011, p. 81) observa que a atual disposição legal é insuficiente para proteger os interesses do devedor diante da mora do credor:

Uma das explicações para o atual desdobramento dos limites impostos ao dever do credor de indenizar o devedor pelos danos suportados talvez decorra da tradicional

premissa de que a constituição em mora daquele independa de culpa e, por força do parágrafo único do art. 927, tudo aquilo que se situe fora do alcance do art. 400 do Código Civil não importa em responsabilidade civil exatamente por não estar especificado em lei. Para o devedor não se concebe, pois, algo minimamente semelhante ao constante do art. 402 do Código Civil, o que denota uma concepção restrita do núcleo de desenvolvimento e das consequências das relações negociais.

O desenvolvimento do princípio da boa-fé em três grandes perspectivas, a saber, a cooperação, a lealdade e a transparência, foram decisivas para a construção de recentes teses acerca do adimplemento. A cooperação dos negociantes permitiu a fundamentação lógica das teses de adimplemento substancial e violação positiva do contrato, dando novos contornos e diferentes soluções para velhos problemas.

Nos termos do artigo 187, do Código Civil, ocomete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se aqui de comando limitador de conduta e tipificador de ato ilícito. É contrário ao direito o agir manifestamente além dos limites fornecidos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Note-se que se a boa-fé é responsável pela eleição de padrões de comportamento, é possível tomar esses mesmos padrões como limitadores ou definidores de conduta. À medida que são construídos os *standards* de comportamento leal, cooperativo, transparente e solidário, tais *standards* funcionam como pontos de referência limitadores para condutas em situações semelhantes.

Se a boa-fé estivesse disposta numa moeda, seria possível afirmar que a função integrativa é o reverso da função limitadora, pois são duas faces da mesma figura: se a boa-fé é *standard* de conduta, é em si a sua limitação, pois a ninguém é dado o direito de se afastar do paradigma, sem infringir a regra. Todo agir contrário à boa-fé é ilícito, no exato sentido da lei.

Sendo assim, pode-se afirmar, mais uma vez, que toda conduta humana voltada para a prática de atos jurídicos, se pretende efeitos tutelados pelo direito, deve estar conforme a boa-fé. *A contrario sensu*, a conduta de má-fé deve ser considerada ilícita.

Se tal é assim, a deslealdade, a ausência de cooperação, as manobras maliciosas para ocultar as verdades ou as informações inverídicas resultam em condutas ilícitas. Contudo, para que essas condutas experimentem sanções jurídicas, devem se conjugar às circunstâncias. No caso do abuso do direito definido no artigo 187, do Código Civil, a sanção pode resultar da própria conduta, independentemente de ter ou não havido o dano. No caso da fraude contra credores, a sanção só resulta se houve dano.

De todo modo, a ninguém é dado o direito de alegar insolvência para frustrar a execução, quando foi o causador culposo daquela. O empobrecimento ou a não formação patrimonial positiva realizada com o intuito de frustrar a solvência de débitos, não pode ser escusa para a irresponsabilidade do devedor.

De outra parte, a dualidade de deveres na relação obrigacional, já considerada clássica entre os juscivilistas, divide os deveres em primários e secundários. Por primários tem-se entendido aqueles que se relacionam com as prestações nucleares da obrigação e por secundários aqueles que decorrem dos deveres primários (SOMBRA, 2011, pp. 30-31). A classificação das obrigações em dar, restituir, fazer e não fazer não se refere exclusivamente às obrigações primárias, pois também podem implicar em condutas laterais ou acessórias, típicas das obrigações secundárias.

Por secundárias não se devem tomar obrigações que seguem necessariamente de modo sucessivo ou *a posteriori* às obrigações primárias, pois elas podem se dar simultaneamente, em inúmeras interligações ao longo da relação obrigacional.

A doutrina de Menezes Cordeiro, que reconhece um dever de boa-fé como secundário ou anexo ao dever principal da obrigação, muito seguida por grande parte dos teóricos brasileiros, vem sendo cada vez mais popularizada entre os juristas e a partir desses estudos novos contornos para essa questão parecem ser delineados. Para alguns, os deveres que decorrem da boa-fé não podem ser tratados como anexos, pois são autônomos em relação ao dever primário e se sustentam independentemente:

Os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugadas aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros. (LOBO, 2005, p. 77-78).

É nesse sentido que se deve tomar o dever de conduta conforme a boa-fé, antes de tudo e acima de tudo. O dever de lealdade e de cooperação devem ser corolários da própria constituição da relação jurídica, assim, vem antes dela e podem ser visíveis mesmo depois dela.

Apesar dessa constatação, a responsabilização de atos prévios à contratação nem sempre foi uma realidade no cenário jurídico. Contemporaneamente, este desafio vem sendo

superado, em função da ideia de deveres jurídicos específicos que se dão desde antes do estabelecimento de determinada relação jurídica obrigacional. Desde os primeiros ensaios desenvolvidos em torno da culpa *in contrahendo* até a moderna concepção da responsabilidade pré-contratual, que distingue culpa extracontratual e culpa contratual, viu-se que o princípio da boa-fé foi o elemento articulador do reconhecimento de deveres independentes da prestação negocial.

O fato de se atribuir uma responsabilidade sobre o devedor, em razão da impossibilidade de satisfação da prestação assumida, despertou a discussão acerca de possível abuso do direito de dispor do próprio patrimônio, quando o devedor agisse com o comprometimento de bens aptos à solução da obrigação. Até que se consolidasse a tese de deveres prévios decorrentes da boa-fé objetiva, houve quem defendesse que a redução patrimonial em prejuízo dos credores, atuais ou futuros, era violação de uma norma-meio (norma de garantia), por não se tratar efetivamente de violação de norma-fim (adimplemento), já que tal violação não se vincularia diretamente ao momento final do vínculo obrigacional (ABRÃO, 1980, p. 18). Essa norma-meio corresponde à norma de conduta.

A formação do contrato passou a ocupar incansavelmente a preocupação dos juristas e isso se intensificou nas últimas décadas em razão das transformações pelas quais o homem resolveu satisfazer as suas necessidades:

Vivemos, portanto, um momento de mudança: da acumulação de bens materiais para a acumulação de bens imateriais; dos contratos de dar para os contratos de fazer; do modelo imediatista da compra e venda para um modelo de relação contratual continuada, reiterada; da substituição, privatização ou terceirização do Estado como prestador de serviços; de relações meramente privadas para relações particulares de eminente interesse social ou público. O momento é de uma crescente importância da fase pré-contratual, onde nascem as expectativas legítimas das partes, e de uma exigente fase contratual de realização da confiança despertada, com o aparecimento mesmo de alguma pós-eficácia dos contratos já cumpridos (MARQUES, 2014, p. 104).

Foi na construção de uma concepção objetiva de boa-fé como dever jurídico que se tornou possível estabelecer os contornos mais adequados de tal responsabilidade. Os contatos sociais, voltados à contratação, não eram vistos como uma forma de contato qualquer, era voltada a uma finalidade: a do contrato. Neste sentido, a compreensão da obrigação como processo sustenta a tese do surgimento desses deveres oriundos da conduta leal desde o momento dos primeiros contatos sociais.

O problema era que o contato social, ainda não configurado declaração vinculativa de vontade, se configurava como ato-fato. Nessa qualidade, não se produzia pela vontade: o Betti deu-se conta da dificuldade que a posição ensejaria, e se inclinou por considerar esses deveres

prévios à realização do negócio jurídico como antecipação à boa-fé contratual ou como seu efeito preliminar (COUTO E SILVA, 2013, p. 77).

Para identificar uma boa-fé pré-contratual, Emilio Betti (2006, p. 103) fundamenta todo o conjunto de atos necessários no dever de lealdade na forma de negociar, de expor a real situação das coisas e, sobretudo, abstenendo-se de todas as reticências fraudulentas e de dolo passivo, reconhecendo que as futuras partes contratantes se devem recíproco respeito. É efetivamente uma antecipação da boa-fé contratual, como se estivesse diante de um efeito prodrômico<sup>16</sup> do princípio da boa-fé.

Embora não seja tarefa das mais simples a compreensão do sentido de boa-fé em direito contratual, percebe-se um sentimento comum, quase como uma intuição, de que seu significado guarda relação com aquilo que é o certo a ser feito, o que é eticamente exigível das pessoas em determinadas situações. Assim, em circunstâncias negociais a ética de contratação se revela na conduta de não lesar o outro, de não se locupletar do outro, mesmo que não tenha havido intenção alguma nisso.

Para Betti, não se trata, pois, de um dever geral prévio ao surgimento dos deveres próprios de contratantes, mas de deveres específicos e próprios da fase preliminar do negócio, que se consubstanciam tanto num ato positivo como numa abstenção de comportamentos lesivos. Por isso mesmo é tido como efeito preliminar da própria boa-fé contratual, pois já se faz exigir antes mesmo do aperfeiçoamento do ato ou negócio.

Por se tratar de um momento específico da relação processual obrigacional, é de bom tom que se deixe delimitado o que se deve compreender como essa fase de pré-contratação.

É possível estabelecer uma definição de pré-contratação como o momento que antecede à contratação propriamente dita. Para isso, tem-se tomado como elemento decisivo a conclusão do negócio, que seria o acordo ou consenso, pela fusão das duas manifestações de vontade: a oferta e a aceitação (LOBO, 2011, p. 78).

Se forem levados em conta os diversos atos que se interligam nessa relação negocial, seria possível estabelecer como a primeira fase da relação obrigacional a conclusão do negócio, que se subdividiria em oferta e aceitação; a segunda fase, denominada execução, que se subdividiria em adimplemento parcial e adimplemento total; e uma terceira fase, chamada de pós-negocial, que incluiria os atos finais da relação.

---

<sup>16</sup>Como efeito prodrômico, entenda-se o efeito de um ato dependente de outro que ainda não se realizou, mas que é necessário à perfeição daquele. Assim, em atos complexos ou compostos, típicos do ambiente administrativo, o efeito prodrômico é atípico e se manifesta em face de situações complementares, nas quais a primeira manifestação cria a necessidade de uma segunda para a completa realização do ato.

Com isso, percebe-se que o negócio em si pode ser identificado na posição intermédia desse *iter*, mas a relação negocial se estende para antes e depois dele. Por isso é possível reconhecer uma responsabilidade pré-contratual e pós-contratual.

Se o contrato fosse já o extrato de toda a relação negocial não seria correto tecnicamente falar em pré e pós-contratual, pois seria forçar uma extensão indevida de direitos e deveres, já que antes e depois do contrato não haveria mais nenhuma relação. Todavia, o fato do negócio jurídico poder ser compreendido em dois sentidos (amplo, englobando a relação integral; e estrito, para significar apenas as prestações principais), pode levar ao equívoco entre aqueles que não distinguem esses aspectos. É justamente no sentido amplo do negócio que se define a relação processual obrigacional, com deveres secundários que se irradiam dos deveres principais, produzindo efeitos que já podem ser localizados antes deles e depois deles, mas sempre dentro da relação.

Não há como afastar a ideia de que o adimplemento é o dever principal. Isso não deve ser confundido, contudo, com um único ato a ser praticado, pois para se alcançar o adimplemento pretendido, na maior parte das vezes muitos atos devem ser realizados, e todos eles compõem o que se entende por adimplemento.

A relação obrigacional se inicia exatamente quando já possam ser identificados os primeiros atos destinados à sua formação, e desde então já podem ser exigidos os deveres próprios dessa fase, como já observava Orlando Gomes (2008, p. 68): ãum corte transversal no processo clássico e normal da formação de qualquer contrato de certa expressão econômica revela que sucessivos atos se praticam antes que os interessados o concluamö.

A ideia atrativa de centrar as questões muito mais nos negócios, em sua expressão ampla, do que apenas nos contratos, se justifica: ãa formação de qualquer contrato pode ser precedida de negócios jurídicos tendentes a levá-la a bom termo em virtude da determinação vinculante de seus dados objetivos e elementos subjetivosö (GOMES, 2008, p. 68). Pode-se perceber que os atos que precedem à conclusão de um negócio podem acobertar outros negócios, muitas vezes unilaterais, e atos jurídicos. Desses atos e negócios decorrem, evidentemente, deveres principais e secundários também. Por isso a dissecação da relação processual negocial pode ser tanto mais complexa quanto mais amplos forem os deveres primários e secundários que se somam ao longo da sua permanência no tempo.

A exigência de conduta ética na fase das tratativas negociais tem sido entendida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Hermann Benjamin, j. em 14.02.2012), como ãderivação próxima ou direta dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da

solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, devendo incidir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. No mesmo sentido, já decidiu, aplicando o mesmo princípio (REsp 595.631/SC, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.06.2004), que o dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual e a violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.

Embora se possa realmente reconhecer que algumas vezes a boa-fé objetiva pré-contratual emane efeitos prodrômicos, não se pode afirmar que em todos os casos isso ocorra desse modo. Nas hipóteses, por exemplo, de interrupção da negociação e não conclusão do negócio, não se poderia reconhecer já uma boa-fé negocial típica, pois o negócio que lhe daria o substrato da tipicidade estaria ausente. Dessa forma, tem razão Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p. 77), quando reconhece que os deveres impostos pela boa-fé são deveres gerais de conduta, não apenas efeitos prodrômicos de uma boa-fé negocial típica, pois não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento; são impostos ao devedor, ao credor e a terceiros, não derivam da relação jurídica obrigacional ou do dever de adimplemento, estão acima de ambos. Assim mesmo ocorre com o dever de garantia patrimonial, que independe da consolidação do negócio, incidindo em razão da frustração da negociação pelo dever de reparação do dano causado, devendo o pretense contratante oferecer garantias suficientes para eventual contraparte, desde então.

Para as situações tratadas aqui, quanto aos efeitos danosos da fraude contra credores futuros, cuida-se de uma boa-fé pré-contratual, conforme o pensamento de Emilio Betti, já que o negócio previamente consumado que reduz significativamente o patrimônio do devedor, será justamente a origem do dano ao credor de uma relação obrigacional posterior.

## **2.2 O dever antecedente de garantia patrimonial como emanção do princípio da boa-fé e o credor futuro**

A ideia de fraude está costumeiramente associada à figura do ato ilícito, pois se revela mediante ações de má-fé, normalmente disfarçadas por ardis ou malícia. É a fraude subjetiva. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que o ordenamento brasileiro comporta a fraude objetiva, embora atualmente restrita na lei escrita apenas ao direito falimentar, por força da Lei de Falência e Recuperações.

Justamente em razão da prescindibilidade do elemento intencional para caracterizar a fraude é que algumas legislações estrangeiras, como a argentina (2014), a portuguesa (2014) e

a italiana (2015), não tratam de fraude contra credores como tipo normativo. Para eles se trata de redução da garantia patrimonial. Esta redução pode se dar com ou sem a intenção de causar prejuízos aos credores, porém em todas elas os atos são ineficazes como meio de garantir execução futura contra o devedor insolvente.

Observe-se que apesar de também não distinguir materialmente as duas situações, a lei falimentar brasileira ofereceu distinção de ordem processual, ao determinar que a via de ataque à fraude subjetiva é a ação revocatória, de natureza ordinária, enquanto contra a fraude objetiva cabe mera declaração de ineficácia, que poderá ser arguida em contestação, reconvenção ou até de ofício, além de poder ser objeto de ação autônoma ordinária ou incidental.

Como visto alhures, o pressuposto da fraude contra credores futuros é a existência de deveres autônomos e independentes, que decorrem da boa-fé objetiva, muito antes da constituição da relação obrigacional. Assim, o que se denomina por credor futuro é todo aquele que ainda não pode exigir o seu crédito perante o devedor, seja porque ainda não foi formada a própria relação de crédito e débito, seja porque o crédito oriundo de uma relação já estabelecida está condicionado a evento futuro, não podendo ser exigido no momento em que o ato fraudulento foi realizado.

O direito subjetivo é um poder assegurado pela ordem jurídica que congrega três elementos: o sujeito, o objeto e a relação que os une (BEVILÁQUA, 1980, p. 56). A relação jurídica que submete o objeto ao poder do sujeito se inicia sempre que se possa identificar um dever jurídico a ser exigido. Assim, desde o momento em que se pretende a contratação de algo, em dar, fazer ou não fazer, já aí se pode pretender o início da relação jurídica.

Na definição precisa de Clóvis Beviláqua (1980, p. 59), objeto de direito é sinônimo de bem ou vantagem, compreendendo em seu bojo os modos de ser da pessoa na vida social, as ações humanas e as coisas, sejam corpóreas ou incorpóreas. Neste sentido, a ação humana identificada na relação obrigacional, inicia-se desde o momento em que se pretende a negociação, motivo pelo qual o artigo 422, do Código Civil, refere a obrigação de agir com probidade e boa-fé na conclusão e na execução do contrato.

Foi visto que a exigência da conduta de boa-fé não se restringe ao momento da formalização do contrato, uma vez que o sentido da palavra conclusão do negócio tem sido tomada extensivamente, como aquele que engloba todos os atos progressos e simultâneos à aptidão de produzir os efeitos do negócio, que se desenrolam pelo processo executório da obrigação contraída. Por esta mesma razão não se limita a lei em exigir dos contraentes exclusivamente na execução do contrato a conduta de boa-fé, mas também após a execução

dos atos principais do negócio. A esta obrigação tem-se denominado de responsabilidade pós-contratual.

Acertadamente, a expressão se justifica em razão da compreensão de contrato como aquele ato principal do negócio. Contudo, como já visto, a relação obrigacional se instala muito antes da formalização do contrato e se estende muitas vezes para além do contrato. Isso explica a possibilidade de responsabilidade pré e pós-contratual, sem ferir a ordem basilar da teoria do direito.

Se as ações humanas são objeto de direito e a relação obrigacional é construído por atos humanos, certamente é de direito que se trata em todo o processo. Assim, a fraude contra credores pode ser praticada antes da contratação, pois os atos de redução patrimonial praticados já na relação obrigacional vinculam indubitavelmente os agentes que devem agir com boa-fé. A partir do momento em que se percebe uma redução de bens, que serviriam de garantia à satisfação do crédito, praticada já na relação obrigacional ó mesmo que antes da conclusão formal do contrato ó é possível identificar eventual fraude. Afinal, o dever de conduta leal que se revela na boa-fé já estava lá.

A conduta leal esperada nesse momento é a de oferecer garantia suficiente para a satisfação da prestação que ainda será avençada, devendo ser mantida essa garantia geral durante toda a relação obrigacional.

Diante disso, sabe-se que não é fácil identificar condutas fraudulentas, no momento de sua realização, quando se trate de situações futuras. Tem sido uma inquietação constante a necessidade do estudo e do desenvolvimento de ferramentas jurídicas apropriadas para se enfrentar este problema, como bem já salientou Rolf Madaleno (2015, p. 5), ao analisar a fraude no direito de família:

O que não mais pode ser aceitado, é que os bens existentes para a justa divisão do patrimônio nupcial ou concubinário, somente sejam considerados dentre aqueles bens passíveis de arrolamento e ainda sob o domínio conjugal parêlo ao ingresso da ação separatória ou da eventual demanda cautelar precedente. Seria consagrar a santa ingenuidade, olvidando-se que significativa parcela dos bens é dissipada em período que antecede à separação, exatamente para que pouco reste a ser dividido com aquele parceiro que vem esboçando sua admoestação com o prosseguimento da relação, ou então, noutra corriqueira variante, para que pouco reste para aquele parceiro que não foi capaz de precisar a indispensabilidade vitalícia do companheiro que quer abandonar.

O reconhecimento da possibilidade da fraude contra credores futuros, para muitos, é fruto de um sentimento geral de que o comportamento adotado, em algumas circunstâncias, traz em si uma suspeita de irregularidade. Mesmo não recusado o efeito de forma expressa por alguma lei, tal comportamento desleal fere a exigência de boa-fé, como princípio de direito.

Neste caso, não se exige necessariamente a relação contratual, bastando apenas a constatação da relação obrigacional.

Se, pelo estrito positivismo jurídico, durante muito tempo foram ignoradas condutas verdadeiramente fraudulentas, por falta de dispositivo legal expresso, hoje é possível enquadrá-las como ilícitas. A conduta de boa-fé não está presente na redução patrimonial de bens do indivíduo que deve, ou pretende dever, motivo pelo qual deve ser penalizada.

Depois de constatar que podem ser õvariadas as formas de fraudar a credulidade do parceiro vitimado, sendo instrumento atual e corrente, a manipulação societária, com as rápidas transformações de sua tipificação socialö, Rolf Madaleno (2015, p. 8), propõe a utilização da revocatória falencial como medida de tutela de tais bens. É legítima tal proposta, quando se trate de cônjuge ou companheiro empresário, mas se não for, restam efetivamente prejudicados os demais membros da comunidade que não se utilizam de sociedades, especialmente tidas como empresárias, para fraudar.

Efetivamente, não se pode discordar da afirmação de que a fraude no direito de família se dá mais facilmente pelo recurso dos meios societários, mas isso não deve ser tomado como regra, pois os meios fraudulentos podem se dar sob as mais variadas operações, inclusive muitas delas sem que ninguém consiga desconfiar de sua verdadeira finalidade. Isso é ainda mais difícil de ser apurado quando a fraude foi cometida muito antes da relação obrigacional que se pretende prejudicar. Justamente por isso, as hipotéticas situações que se pretende analisar são verdadeiros exemplos de indícios fraudulentos, quando praticados em circunstâncias determinadas.

Como visto, a fraude pode ser realizada mediante operações lícitas, quando apenas a finalidade é que pode apontar a má-fé, mas também se realiza por meios ilícitos. Assim, é possível identificar mais facilmente uma fraude cometida para lesar futuros credores, quando são utilizados os meios ilícitos, como o erro, o dolo, a simulação e o abuso do direito.

### 2.2.1 Irrelevância da anterioridade do crédito diante da finalidade ilícita

A função do crédito na contemporaneidade, mais do que em qualquer outra época, tem ocupado grande parte da atenção de políticos, sociólogos, economistas e juristas. É que a constatação de que pelas relações creditícias (aqui se deve tomar como relações obrigacionais em geral, traduzidas pela estrutura débito-crédito, típicas das obrigações de dar, fazer, não fazer ou restituir), o ser humano obtém a realização de suas necessidades e interesses. As obrigações instantâneas (que se caracterizam pela execução imediata à conclusão do negócio)

deram lugar às obrigações duradouras no tempo, ou mesmo protraídas em função de um parcelamento dos valores atribuídos aos bens objeto dessas relações. Assim, as relações negociais deixaram de ter, como regra habitual, um lapso temporal curto de durabilidade, atravessando as vicissitudes do seu prolongamento. Em função disso, Karl Larenz (1956, p. 38) já entendia que o negócio jurídico se desenvolveria sobre uma base subjetiva e uma base objetiva, que devem ser analisadas separadamente, por pertencerem a situações distintas, inclusive e, sobretudo, dogmaticamente.

Essa teoria da base do negócio foi construída após as decisões dos tribunais alemães afastarem a aplicação da regra jurídica posta sobre a exigibilidade decorrente do *pactum sunt servanda*, privilegiando a boa-fé e a equidade, como critérios de solução de conflitos em cada caso concreto, em reconhecimento às modificações de condições antes e depois das guerras. Era uma forma de insistir no cumprimento do contrato, mas alterado de modo a preservar uma justa proporcionalidade entre a prestação e a satisfação, sem comprometer a existência econômica e a capacidade de realização (LARENZ, 1956, p. 3).

Dito de outro modo, a doutrina e a jurisprudência alemã da época tinham como objetivos a preservação do contrato (reconhecida a sua importante função econômica e social) e um modo equilibrado de satisfazê-lo, mesmo diante das alterações das bases iniciais. Sua proposta era permitir uma revisão das condições contratuais originais, levando-se em conta que algumas circunstâncias poderiam alterar ou mesmo fazer desaparecer as expectativas dos pactuantes, ou pelo menos de um deles. A resolução contratual não era a finalidade da teoria, mas apenas a autorização da intervenção do Estado-juiz na relação privada para reequilibrar a relação negocial, alterada pelas circunstâncias modificadoras. Não se tratava, portanto, de uma teoria da imprevisão, nem das situações típicas de força maior.

Isso demonstrava uma preocupação na preservação do crédito, mesmo que em condições diferentes das originalmente contratadas. Não poderia ser considerada injusta ou incorreta, posto que estava lastreada nos princípios da boa-fé e da equidade. Era a busca de uma relação equilibrada, que procurava atender à satisfação do débito contraído sem causar a total ruína do devedor, a essa altura já tutelado pelo macro princípio da dignidade.

A tutela externa do crédito é uma teoria mais recente, que tem sido aplicada, no mesmo sentido de garantia da função social do negócio.

Ora, ao reconhecimento da importância da função social que o crédito representa na sociedade corresponde a sua conseqüente tutela, elevando cada vez mais os níveis de eficiência na tecnologia jurídica de garantia dessa proteção. Nesse sentido, tal tutela deve ser

ampla o suficiente para não afastar as hipóteses de lesão de direitos ou de ameaça de lesão, como bem já está dito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>17</sup>.

Dito isso, vê-se que a disposição expressa do Código Civil, em seu artigo 158, que trata da fraude contra credores, exclui a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário as ameaças de lesão a direitos de créditos ainda não consolidados, seja por se tratar de crédito a contrair (crédito futuro), seja por se tratar de eficácia subordinada a termo, condição ou encargo.

Na primeira situação, em que o crédito não foi ainda gerado, por não se ter estabelecido a relação negocial, a fraude pode ser verificada desde o momento em que o futuro devedor, antecipadamente, age no sentido específico de reduzir ou esvaziar seu patrimônio, em manobras variadas, para em seguida contrair o débito. Nem sempre é visível essa atuação maliciosa, motivo pelo qual no mais das vezes isso possa passar despercebido dos credores futuros. Todavia, uma vez percebido o ardil, não pode o Poder Judiciário deixar de reconhecer a fraude e atribuir-lhe a sanção devida.

A malícia e o ardil, que caracterizam a motivação do devedor na elaboração dos atos de disposição, ou mesmo de não aquisição de direitos que poderiam garantir credores (mesmo os futuros), no claro intuito de titularizar patrimônio negativo, são elementos autorizativos de investigação desses atos e são suficientes para presumir a fraude. Obviamente, o nexo de causalidade entre esses atos e a lesão, ou a ameaça de lesão, são corolários dessa constatação.

Foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em voto-vista da Ministra Nancy Andrighi (REsp 1.092.134/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 05.8.2010)<sup>18</sup>, para quem a anterioridade do crédito não deve sempre prevalecer para fins de caracterização da fraude contra credores. Segundo a ministra, há de se realizar uma interpretação finalística do dispositivo legal, para alcançar os reais objetivos do legislador. Nesse sentido, essa finalidade é indiscutivelmente a coibição de atos fraudulentos, não se podendo negar que a dinâmica social se apresenta sempre de modo criativo e inovador nas práticas ilegais, como também nas manobras utilizadas para fundamentar eventuais escusas de pagamento aos credores.

---

<sup>17</sup> A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>18</sup> O Superior Tribunal de Justiça vem relativizando o entendimento acerca da anterioridade do crédito quando constatada a finalidade ilícita do ato redutor do patrimônio, em prejuízo de credores futuros, mas já relativizou também a causa do crédito como elemento suficiente para incidência da norma, bastando para isso o princípio da formação do crédito e não a sua conclusão ou documentação (STJ, REsp 10.096/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Cláudio Santos, j. em 27.08.1992).

A diminuição maliciosa do patrimônio, efetivada antecipadamente à realização de operações econômicas que implicam no comprometimento patrimonial, tem a finalidade de afastar a demonstração do requisito da anterioridade do direito de crédito para a medida pauliana. Certamente, tal conduta se consagraria exitosa, se não fosse pelos desdobramentos inafastáveis do princípio da boa-fé.

No julgado supramencionado, ficou pacificado o entendimento de que a anterioridade do crédito como pressuposto da ação pauliana poderia ser relativizada diante da comprovação de má-fé, demonstrada no comportamento dos devedores em dilapidarem seu acervo patrimonial antes de contraírem novos débitos. Foi reconhecida a fraude predeterminada para lesar credores futuros.

Nota-se que no caso analisado, não restou dúvida alguma quanto à conduta lesiva dos devedores, que foram movidos pela intenção patente de fraudar futuros credores, conforme os passos suspeitos de formação de empresas, com posterior alienação de todos os bens (móveis e imóveis) e quotas sociais a empresas *off-shores*, para em seguida contraírem novas obrigações.

A constituição de sociedades seguida de sucessivas alterações, notadamente com movimentação patrimonial de bens e quotas (ou ações), podem indicar movimentos suspeitos, especialmente quando tais alterações resultam no esvaziamento do acervo patrimonial. É certo que muitas vezes os futuros credores não têm como identificar esses movimentos suspeitos, enquanto não inadimplidas suas próprias obrigações, de modo que a lesão, em princípio, é inevitável. A mobilidade patrimonial em si somente pode ser indício de fraude quando é total numa mesma operação, aparentemente desnecessária em face da situação financeira da empresa, não implicando em medidas desesperadas de manutenção da atividade.

Sabe-se que o esvaziamento patrimonial de uma sociedade pode se dar sob variadas formas e em períodos mais longos e discretos, dificultando a identificação dessas manobras. Algumas vezes pode não implicar na total insolvabilidade de seus negócios, mas de alguns deles, frustrando credores até que se demonstre efetivamente o esvaziamento total de bens para satisfação de todos os créditos.

Não sendo possível caracterizar a fraude objetiva (que dispensa a prova da intenção de fraudar), em função da limitação dos prazos previstos na lei falimentar, deve-se fundamentar na fraude subjetiva, que independe de prazo. Nessas hipóteses, é suficiente a demonstração da intenção predeterminada à fraude dos credores futuros, muitas vezes decorrente da própria conduta do esvaziamento total dos bens.

A ofensa ao princípio da boa-fé é flagrante, pois não pode se beneficiar da própria torpeza aquele que deu causa à própria insolvência. Para fins de ineficácia, não importa se a insolvência se deu intencionalmente ou não.

No caso do crédito já contraído, mas sujeito a condições futuras, termo ou encargo, o ato jurídico está com sua eficácia em suspenso, não podendo o devedor ser exigido antes de implementado o fator eficaz. Por essa razão, em tudo se equipara à situação anterior, de futuridade do crédito, pois também nessa condição, poderia o devedor se locupletar de situações que poderiam colocar em risco a segurança de satisfação do crédito.

Como exemplo de medida legal, pode-se ilustrar a questão com a lei portuguesa (PORTUGAL, 2015), que dispõe de instrumento processual hábil a garantir eventuais lesões ao crédito condicionado, qual seja, a sub-rogação do credor na posição do devedor frente ao terceiro, que poderia prejudicar seu crédito<sup>19</sup>. Esse remédio processual se junta ao recurso da nulidade dos atos que colocam em risco a satisfação do crédito, conforme os critérios legais ali indicados, para compor um sistema de conservação da garantia geral.

O fato de poder ser obtida uma tutela garantidora sobre eventos futuros é medida de cautela, pois já existe a pretensão à garantia:

*Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Não tenho direito nem pretensão no tocante ao devedor de A; mas A a tem, salvo se a sua posição subjetiva de credor está mutilada, de modo a se tratar de direito sem pretensão. O correlato da pretensão é um dever õpremielõ do destinatário dela, talvez obrigação (no sentido estrito), sempre obrigação (no sentido largo). Ao õpossoõ do titular da pretensão, corresponde o õser obrigadoõ do destinatário.*

*Não há pretensão sem destinatário; nem obrigação, sem que haja a pretensão. A pretensão pessoalmente obrigacional é subclasse de pretensão; porém, se conceituássemos obrigação como a posição passiva de quem õdeveõ, haveria obrigação a que não corresponderia pretensão. Obrigação tem, pois, dois sentidos, o direito: do dever, que é larguíssimo (posição subjetiva passiva correlata de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão (PONTES DE MIRANDA, 1965, p. 23).*

A eficácia condicionada de um negócio protela para momento futuro o que seria inevitável, se não estivesse permitida a intervenção judicial, de modo a contornar o efeito nocivo da lesão ao direito, em caso de fraude contra credores. Violado o dever de atender à garantia geral do crédito, pode o ato do devedor sofrer a cassação ou a suspensão dos efeitos do ato ou do negócio encetados para fraudar. Aí reside a pretensão daquele que, em razão desse ato ou negócio, venha a sofrer um dano; pretensão que se dirige a impedir o dano ou minimizá-lo, de modo a corroborar com a atuação preventiva.

<sup>19</sup>õArt. 606º: õ1. Sempre que o devedor o não faça, tem o credor a faculdade de exercer, contra terceiro, os direitos de conteúdo patrimonial que competem àquele, excepto se, por sua própria natureza ou disposição da lei, só puderem ser exercidos pelo respectivo titularõ.

Nada impede a pretensão do direito de ação, por isso legitimado está o credor já constituído no momento do ato ou do negócio lesivo, bem como o credor que ainda não tivera seu crédito ativado, a demandar em juízo a tutela de seu direito, seja pela nulidade, seja pela revocatória.

Em relação a esse ponto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que somente depois de registrada a promessa de compra e venda de imóvel é que se considera consolidado o crédito, para fins de manejo da ação pauliana. O fundamento dessa interpretação restritiva se deve ao entendimento de que somente depois de registrado o negócio, no Cartório de Registro Imobiliário, ocorre a eficácia *erga omnes*, não podendo o promitente comprador opor seu direito a terceiros (RESp 1.217.593/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 12.03.2013).

No caso do artigo 129, da Lei de Falência e Recuperações, é possível reconhecer a ineficácia dos atos praticados antes da decretação da falência, desde que impliquem, ou contribuam, para o estado de insolvência. O legislador não exige em todos os casos a intenção do devedor de lesar o credor. De fato, a lei dispensa ali a prova de conluio fraudulento, bastando a demonstração do prejuízo do ato praticado em relação à garantia patrimonial dos credores concursais.

Ora, se neste caso a lei falimentar permite a investigação retrógrada dos negócios realizados, pode-se concluir que se está diante de credores atuais e credores futuros, uma vez que o concurso atual pode ser formado por credores que ainda não o eram ao tempo do ato praticado. Ao dispensar a prova de relação direta entre os credores atuais e os negócios anteriores do devedor insolvente, preocupou-se o legislador exclusivamente com um dado objetivo: a garantia da satisfação dos credores, pela tutela do crédito. Assim, não importa que se tratem de créditos constituídos antes ou depois do estado de insolvência e até mesmo um credor atual do devedor ó que não o era ao tempo do negócio atacado ó estará legitimado a ajuizar a revocatória (REQUIÃO, 1995, p. 203). Por se tratar de concurso de credores, todos aqueles que se habilitarem no processo falimentar poderão ser contemplados com a ineficácia dos atos redutores da garantia patrimonial do empresário.

O fato de ambas as legislações (a civil e a falimentar) disporem da constituição da massa de bens como efeito da decisão judicial que decreta a insolvência do devedor, não deixa dúvidas quanto ao espírito de convergência dos legisladores brasileiros, para a tutela do crédito. Isso se verifica justamente em razão da supressão da disponibilidade dos bens pelo devedor, que não tem mais poderes de administração e disposição, perdidos para a massa, a

fim de evitar a dilapidação patrimonial que venha a prejudicar o rateio dos valores obtidos na execução concursal.

A diferença entre as duas leis reside no ponto fulcral que é objeto desta tese: ao considerar ineficaz todo ato de decréscimo patrimonial praticado pelo devedor, com ou sem intenção, de fraudar os credores dentro do termo legal da falência, a lei falimentar permitiu a existência da fraude ao credor futuro. É possível que ao retroagir no tempo, a investigação sobre os atos suspeitos que reduzem o patrimônio positivo do devedor, encontrem situações de créditos ainda não constituídos na época da realização dos atos impugnados. Se tais credores já se encontram habilitados no rol, não poderão ser desconsiderados como legitimados ativos nas ações destinadas à declaração de ineficácia daqueles atos.

Seria contraditório interpretar os efeitos da antecipação de cobrança da dívida, pela mora do devedor, como meio de permissão ao credor do manejo das ações que buscam garantir o recebimento de seu crédito, e ao mesmo tempo vedar-lhe a legitimidade ativa na ação revocatória, em razão da relação obrigacional inadimplida ter sido constituída após o ato apontado como fraudulento. É dar com uma mão e retirar com a outra. Não é razoável, nem encontra harmonia no contexto legislativo das consequências da mora, como preconiza o artigo 333, inciso I, do Código Civil.

Nesse sentido, impõe a lei que a massa patrimonial deve se dissociar do seu titular, o devedor insolvente, compondo ela própria um sujeito de direitos, com devida representação legal e capacidade processual, tendo por escopo unicamente a preservação da integridade do acervo patrimonial remanescente do devedor, em prol do concurso de credores. Nesse mesmo sentido, avançou a lei falimentar com a disposição da fraude objetiva, fundada numa presunção absoluta de dano ao credor, pela constituição ou agravamento da insolvência, em momento antecedente à decretação da falência.

Se o objetivo da massa é conter a disponibilidade lesiva do devedor, podendo inclusive ela própria demandar contra este mesmo devedor, através de seu administrador, não restam dúvidas quanto à função dessa constituição.

Como visto alhures, a lei falimentar brasileira é mais recente que a lei civil, o que demonstra a superação dos modelos desta lei em detrimento daquela. Contudo, não é necessária uma nova lei para atender às demandas atuais, pois é possível harmonizar o sistema através de uma hermenêutica legislativa de complementaridade, permitindo decisões judiciais mais eficientes, tanto em relação à tutela dos créditos aptos à execução ao tempo da fraude praticada, como dos créditos futuros, compreendidos estes também por aquelas situações de

inexigibilidade dos créditos já constituídos, além dos que ainda não se formaram, como se verá mais adiante.

### 2.2.2 Os créditos inexigíveis e a fraude

Algumas vezes se pode contrair obrigações cuja exigibilidade da prestação principal fica condicionada a situações futuras, como ocorre com a condição, o termo e o encargo, ao que se pode denominar de inexigibilidade transitória, pois uma vez ocorrendo o evento, chegado o termo ou realizado o encargo, a prestação até então inexigível poderá ser eficazmente exigida; em outras, a prestação principal se torna inexigível de modo definitivo, como acontece com a obrigação nula, que, em princípio, não pode ser convalidada<sup>20</sup>. Assim, a prestação pode ser naturalmente inexigível em determinadas circunstâncias, de modo que se poderia perquirir se nesses casos é possível o cometimento da fraude.

O questionamento se justifica em função do fato de que a fraude, como já mencionado, somente merece sanção se efetivamente causar o resultado danoso ao credor, pois o dano é elemento categorial de caracterização da fraude. Sem o dano, as condutas maliciosas que lhe servem de meio existiriam de modo independente, não se podendo falar em fraude, como se dá nas situações subjetivas, já analisadas. De outra parte, na fraude objetiva, retirado o elemento do dano, o que resta é exclusivamente uma situação de mobilidade patrimonial comum, sem maior relevância para o credor.

Nesse sentido, comete fraude aquele que após estabelecida a relação jurídica obrigacional condicionada a evento futuro, termo ou encargo, ou mesmo nula, reduz o acervo patrimonial, vindo a frustrar o direito do credor quanto à eventual responsabilidade civil por danos causados. O objetivo da garantia patrimonial é permitir a execução forçada, quando o devedor voluntariamente não satisfaça a obrigação contraída ou pague pelos danos causados em razão dessa insatisfação obrigacional. Assim, o esvaziamento patrimonial, mesmo se dando em sede de relação obrigacional, em princípio inexigível, pode configurar fraude, diante da possibilidade da responsabilidade civil correspondente.

Foi visto que a garantia patrimonial geral se efetiva pelo dever de composição do acervo de bens atuais e bens futuros, de modo proporcional aos feitos que cada pessoa

---

<sup>20</sup>Na teoria dos fatos jurídicos, os atos nulos não devem produzir efeitos, pois a invalidade absoluta representa um defeito do negócio insanável, cujo suporte fático é deficiente para a realização da sua vocação natural que é a produção dos efeitos jurídicos. Contudo, não se pode ignorar que mesmo o ato nulo produz alguns efeitos, especialmente em relação aos sujeitos de boa-fé, como ocorre no casamento putativo, que embora absolutamente nulo, produz efeitos normais para o cônjuge de boa-fé.

pretende realizar em sua vida, seja pelo planejamento a curto, médio e longo prazo. Assim, é dever de cada indivíduo garantir a satisfação das obrigações que contrai e as que ainda pretende contrair, mantendo em seu acervo patrimonial renda ou bens de naturezas diversas (móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, presentes ou futuros), bens suficientes para suportar as eventuais indenizações na hipótese do cometimento de danos.

Concluído o negócio, mas antes de se atingir a sua eficácia natural, em se tratando de negócios sujeitos a fatores de eficácia, como a condição, por exemplo, surge desde já os deveres de abstenção de todo e qualquer ato que venha a prejudicar os direitos futuros da outra parte, ao que Emilio Betti (2006, p. 119) identifica como um efeito prodrômico da boa-fé contratual. Por isso, para este autor não se trata de um dever geral de conduta, mas de um dever específico e próprio do momento preliminar da negociação.

Contra eventuais condutas lesivas que venham a prejudicar o exercício do direito de crédito por parte do futuro credor, cabem medidas conservativas de garantia, como o sequestro de bens, ou medidas de controle, como a revocatória do direito falimentar.

### **2.3 As relações conexas e as condutas suspeitas**

A relação obrigacional, vista como um processo vinculado a outras relações, que podem ser antecedentes, transversas, paralelas ou conexas, compõe uma complexidade de atos que algumas vezes se tocam em razão dos elementos que guardam em comum, como pode ocorrer com a figura do sujeito, da prestação ou do terceiro. Foi visto que a depender do ângulo de observação, os deveres que compõem esse complexo relacional de atos podem ser tratados como independentes, anexos ou laterais. Assim, quando a prestação de uma obrigação determinada é o elemento esperado para a satisfação de outra obrigação, a relação conexa obriga o operador jurídico a incluir na operação analítica ambas as relações, de modo a considerar sua normal eficácia ou a ineficácia por violação do dever de garantia geral, que decorre da boa-fé negocial.

Nesse sentido, a autorização legal dos meios indiretos ou especiais de adimplemento somente podem ser considerados eficazes em condições normais, quais sejam, aquelas que não afrontam a lei, a função social ou a boa-fé objetiva. É claro que se o A deve a quantia de trinta mil reais a B e, por não dispor da quantia, o A resolve quitar a dívida com B entregando-lhe um automóvel de sua propriedade, que tinha sido apresentado em garantia a C para que este contratasse o que quer que fosse com o A, essa dação em pagamento será ineficaz em face de C, por frustrar sua garantia de execução futura. Note-se que não importa

se a relação creditícia de ãAö e õCö tenha se dado posteriormente à contratação entre ãAö e õBö, pois a redução de bens que serviria de garantia a õCö foi realizada voluntariamente por ãAö, em flagrante prejuízo de seu crédito.

Obviamente, no caso em tela, havendo a cobrança de ambas as dívidas que ãAö tinha contraído com õBö e õCö seria instalada a execução concursal, após constatada a insuficiência de patrimônio de ãAö para solver os dois débitos. Justamente aí, deve-se respeitar os princípios do *prior tempore, potior iure*, da lei processual civil e o da condição geral de isonomia dos credores (*par condicio creditorum*), da lei falimentar, que decorrem do processo concursal. O fato de ãAö ter adiantado um bem para pagamento de õBö, em detrimento de õCö, configura a fraude contra credores, que resulta na ineficácia de tal meio especial de solvência. No caso em tela, o automóvel deve retornar à massa de bens do devedor, para que seja objeto de alienação forçada em benefício dos seus credores, respeitada a ordem de penhora.

Da mesma maneira, os direitos reais de garantia correspondem a um grupo taxativo de permissivo legal que autorizam a utilização de um bem (móvel, imóvel ou rendimentos) como garantia efetiva de uma dívida previamente contraída. São desse grupo a hipoteca, que se dá sobre bens imóveis; o penhor, que se dá sobre bens móveis; e a anticrese, que se dá sobre frutos e rendimentos de um bem.

O conflito que se dá entre essa afetação preferencial e a garantia geral se instala exatamente no momento em que se dá a insolvência do devedor, tendo a garantia especial sido concedida após a constatação de insuficiência patrimonial para a quitação geral dos débitos existentes. Nesse caso, o fato de ser privilegiado um credor em detrimento dos demais já existentes, configura objetivamente a redução nociva do patrimônio face aos credores. É que, como explica Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 532), há claro desrespeito ao direito dos credores sem garantias:

O principal efeito das garantias reais consiste no fato de o bem, que era segurança comum a todos os credores e que foi separado do patrimônio do devedor, ficar afetado ao pagamento prioritário de determinada obrigação. Visam elas proteger o credor da insolvência do devedor. Com a sua outorga, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Em razão disso, são concedidos ao credor garantido direito de preferência sobre o bem, com conseqüente direito de seqüela, excussão e indivisibilidade. Se isso vem a ocorrer após a insolvabilidade do devedor, resta evidente o seu intuito de frustrar a execução concursal que se iniciará após declarada a sua insolvência. Daí a possibilidade da declaração

de ineficácia, devendo o bem retornar à massa para execução nos moldes previstos na lei processual civil para a espécie.

Resta claro que o dever de se conduzir conforme o princípio da boa-fé decorre da relação obrigacional, desde as suas origens:

A melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas também aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva, são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato. (LOBO, 2011, p. 74).

Para fins de caracterização da fraude contra credores futuros, a função criadora tem especial relevo aqui, por tratar de comportamentos assumidos em fase anterior à conclusão do contrato. Aqui ãa referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destesö, como já fez Paulo Luiz Netto Lobo (2011, p. 74), sem esquecer que o contrato como espécie de negócio jurídico tem ocupado historicamente um espaço maior do que a própria figura do negócio. Isso foi visto em capítulo anterior, quando ficou esclarecido que um contrato pode ser resultado de uma série de atos e negócios prévios à sua conclusão, que se interligam, necessariamente, para compor toda a relação negocial, em sua completude. Assim, a relação processual obrigacional se estende mais amplamente do que os atos que compõem o conteúdo do contrato propriamente dito.

Essa constatação tem deslocado o interesse de grande parte da doutrina contratualista para o estudo da fase preliminar do contrato, de modo especial. O fato de ser possível a identificação, em todos os negócios jurídicos, de uma fase inicial que antecede à sua conclusão, tem levado a estudos mais apurados da relação negocial e sua composição, especialmente seccionada para permitir uma visualização mais exata dos seus elementos. Por isso existe a probabilidade, nesses estudos, de serem identificadas condutas ilícitas, que antes eram relegadas ou mais facilmente escamoteadas, por ausência de investigação específica. Condutas que, na realidade, podiam representar uma total ilicitude do negócio, por contaminação do todo a partir de uma deflagração viciada na origem. Entenda-se aqui a expressão vício como a atitude que contraria o direito.

Em razão dessas coisas todas, é necessário verificar se, em determinados comportamentos aparentemente lícitos, existe a possibilidade de se configurar atitudes ilícitas, que possam configurar uma fraude contra credores futuros, como nos casos de planejamento sucessório, em especial, e nas negociações preliminares em geral.

### 2.3.1 O planejamento sucessório e a blindagem patrimonial

O planejamento sucessório é uma ferramenta jurídica bem recente no direito brasileiro. Na definição dada por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2012c, p. 5), trata-se de um planejamento estratégico que pode englobar diversas operações em torno de uma ou mais sociedades, no interesse das empresas familiares, especialmente pela constituição de *holdings*, de natureza pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, adequadas a organizar e administrar o patrimônio de determinada família, otimizar as obrigações fiscais e cuidar da sucessão hereditária.

A ideia central é constituir uma *holding* que seja titular dos bens de seus sócios, que são membros da mesma família, passando a *holding* a ser administradora do patrimônio, que já está dividido conforme as disposições contratuais em caso de falecimento de qualquer de seus membros, evitando-se, assim, a abertura de inventário. Embora o planejamento envolva a administração dos bens, das dívidas e dos negócios sociais, é a sucessão hereditária que mais tem chamado a atenção nessa ferramenta.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2012c, p. 78), reconhecem que o testamento foi o caminho habitualmente utilizado para evitar conflitos entre herdeiros (...) contudo, o testamento permite apenas a divisão antecipada dos bens, incluindo participações societárias, respeitando o direito de cada herdeiro à sua parte legítima sobre o patrimônio, não se prestando a solucionar os problemas internos da empresa em razão da sucessão.

A formação e a movimentação de bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, seja física ou jurídica, é livre e está garantida constitucionalmente quando realizada dentro dos limites impostos pelo direito. Se essa movimentação se dá através de operações que objetivam a negativação patrimonial para prejudicar credores, atuais ou futuros, há a prática de fraude. O problema é identificar quando essa liberdade acoberta a fraude, especialmente nas situações prévias à formação de uma relação obrigacional.

A constituição de sociedades como recurso fraudulento que serve aos mais variados propósitos não tem passado despercebido da doutrina brasileira, apesar de se reconhecer a atuação positiva das pessoas jurídicas na base econômica do setor privado, como se vê em Rolf Madaleno (2009, p. 306), em estudo específico sobre o uso perverso da personalidade jurídica para lesar créditos familiares:

A verdade é que o uso desvirtuado de contratos civis e, especialmente, a dinâmica variação da fraude societária têm servido com sucesso para burlar a lei e para

inutilizar os frágeis mecanismos de proteção da meação do casamento ou da união estável. Geralmente, pela via da simulação ou da fraude, um cônjuge ou convivente procura prejudicar o outro, e encontra nas figuras societárias com seus variados câmbios e tipos societários, sofisticados recursos orquestrados para prejudicar o seu meeiro. As sociedades têm se convertido no veículo mais idôneo e mais apropriado, agindo como um terceiro alheio aos cônjuges.

Alguns sinais podem ser visíveis, porém quando isso se dá muitas vezes já não há como evitar danos gravosos. Isso porque toda a teoria do direito obrigacional, elaborada pelos doutrinadores, ao longo dos muitos séculos que se seguiram às fontes romanas, tinham, e mesmo atualmente, têm, como objetivo, a construção de ferramentas jurídicas aptas a garantir, com eficácia, a tutela dos credores, somente depois de identificado o dano. Se forem incluídas as teorias e ferramentas processuais, o campo se alarga ainda mais na proteção desses credores. Contudo, as formas de responsabilização e execução forçada se dão, na maior parte dos casos, em momentos posteriores ao dano sofrido, assim, tudo se constrói sobre uma lesão já sofrida.

São pouco exploradas as figuras de prevenção de danos, como a cláusula de exceção do contrato parcialmente não cumprido (que permite a suspensão do cumprimento da prestação contratual diante de possível inadimplência da parte contrária) e a tutela inibitória (que se volta a impedir a continuidade de determinados atos ou omissões). Vê-se que, aqui, a relação obrigacional está acontecendo ainda, não se trata das hipóteses de responsabilização *a posteriori*. Em que pese o desenvolvimento constante da doutrina da responsabilidade civil, cada vez mais alargada para a garantia da compensação dos danos sofridos, ainda é tímida a busca pelas ferramentas preventivas desses danos.

Sem querer entrar nesse mérito, que não é objeto da presente pesquisa, mas apenas para completar o pensamento, a indenização punitiva, oriunda da doutrina dos *punitive damages*, vem sendo utilizada como medida preventiva de danos futuros, após a prática reiterada de condutas lesivas, no campo do direito do consumidor. Não é consenso entre os operadores do direito o uso da indenização punitiva em razão das disposições legais específicas do tema, que dispõe acerca do cálculo indenizatório na exata medida do dano. Assim, delimitou o Código Civil, em seu artigo 944, a indenização meramente compensatória. A forma de prevenção está em estabelecer um valor indenizatório elevado a fim de desestimular a reiteração da prática do ato que ensejou a responsabilidade. Nas relações consumeristas, são extremamente recorrentes tais condutas lesivas, praticadas pelo mesmo fornecedor.

Naturalmente o direito brasileiro tem vários instrumentos jurídicos para a tutela integral do crédito, porém, se comparadas as medidas preventivas em relação às medidas

corretivas, será possível verificar que estas superam aquelas, tanto do ponto de vista do direito material quanto do direito processual. E isso se deve, simplesmente, ao fato da grande preocupação que tomou conta dos estudiosos da ciência jurídica, como sinônimo de medidas repressivas e de medidas preventivas decorrentes dessas mesmas medidas.

No direito penal, por exemplo, a ideia de que a repressão é, em si, pedagógica, levou à construção de sistemas punitivos mais elaborados, justamente em função de duplo critério funcional da pena. Esse estado de coisas foi eficaz por muito tempo. Com a saturação das medidas repressivas, que terminavam por se esgotar em si mesmas, sem que se buscassem novas formas de recuperação do apenado, descambou-se para a insuficiência do modelo repressivo com expressão pedagógica:

A punição, através da aplicação da sanção negativa, representando castigo e represália, mostra-se, no mundo contemporâneo, em flagrante decadência, seja pela falência das instituições punitivas, seja pela ineficácia da tão pretendida ressocialização, pelas vias da prisão ou das penas restritivas de direito. As tendências mais modernas de descriminalização buscam a aplicação do Direito Penal Mínimo e a alternatividade das penas aplicadas. Isso se deve à elevação de princípios e normas ao patamar constitucional em diversos pontos do mundo, dentro das novas Constituições do pós-guerra, no sentido de ampliar as garantias de liberdade e dignidade da pessoa humana, a ponto de fazer com que o Estado intervenha menos nas condutas dos cidadãos em conflito, prevalecendo políticas de prevenção, e eclodindo atividades que levam à conclusão de que quanto mais se previne, tanto menos se reprime (TRENNEPOHL, 2010, p. 612).

Começou-se a investir em medidas preventivas autônomas, como o desenvolvimento de programas sociais específicos em comunidades de baixa renda, inclusão de programas educativos ao invés de somente trabalhos corporais nos sistemas prisionais e outros. Essa é uma visão bem simplista, que teve apenas o escopo de apresentar um panorama superficial da função repressiva do direito no seu *locus* privilegiado, que é o direito penal.

O objetivo do direito em prevenir e compensar danos, sejam esses de ordem material ou moral, e punir o ofensor deve ser o catalisador de todas as teorias jurídicas que se debruçam sobre o fenômeno da convivência social e seus naturais conflitos. Mais do que compensar, o ideal seria prevenir. A atitude preventiva também não é sinônimo de ausência de danos, pois da mesma forma que na saúde as condutas preventivas de uma pessoa podem afastar algumas doenças, outras inevitavelmente poderão ocorrer. Isso demonstra que a atitude preventiva é colaborativa de uma vida mais saudável, mas não é correto afirmar que ela seja responsável por afastar todos os males.

Assim mesmo no trato jurídico, algumas medidas preventivas podem afastar alguns danos, minimizá-los, mas nem sempre os impedir de forma absoluta. Mesmo assim, ainda é mais salutar a prevenção do que a repressão, já que nem sempre ao se cuidar da repressão será

possível voltar ao estado anterior para compensar o que foi perdido. Há muitos modos de se chegar a esse estado ideal de coisas, como refere Terence Trennepohl (2010, p. 617): õbastam, às normas, previsões de prêmios e recompensas, para atuarem no sentido educativo e preventivo emprestado ao novo modelo de harmonização social, preconizado pelo Estado modernoõ.

As medidas preventivas podem ser lícitas, mas podem trazer, de maneira implícita, um dano inesperado. Assim, é o que acontece com aquele que realiza o planejamento sucessório. Trata-se de medida antecipatória, muitas vezes para prevenir a redução do patrimônio positivo em razão de fatos futuros.

Se a intenção de quem realiza o planejamento é o de reduzir seu patrimônio pessoal a um estado de negativação, sem que isso impeça a aquisição de obrigações futuras, na confiança de que o adimplemento adquire caráter facultativo por não possuir bens em nome próprio que possam garantir o credor, isso é fraude. Se a pessoa tinha bens, transmite para um fundo em nome de terceiros, ou para uma sociedade personificada, contrai obrigações em período futuro relativamente curto e não quita voluntariamente os seus deveres, resta claro que o fato de se deixar levar ao Poder Judiciário para execução forçada, nessa hipótese, é consolidar a fraude cometida.

Não se deve confundir o planejamento sucessório com a denominada blindagem patrimonial. Como visto, o planejamento sucessório tem sido encarado como medida lícita, mas a blindagem patrimonial não:

A expressão blindagem patrimonial é infeliz e perigosa. Mais do que isso, são extremamente perigosas e questionáveis as õoperaçõesõ que são realizadas a esse título, muitas das quais vencendo o limite do imoral para adentrar nos terrenos do ilegal e, por vezes, do crime (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 3).

Tem-se entendido como blindagem patrimonial o complexo de atos que objetivam frustrar o princípio da garantia geral, escamoteando bens de uma pessoa física ou jurídica, sob as mais variadas operações, como constituição de empresas fantasmas, uso de õlaranjasõ, remessa irregular de dinheiro para fora do país através de *offshore companies*, doações simuladas, manipulação de contabilidade, dissolução de união estável ou de casamento para a transmissão simulada de bens, e até o uso da chamada empresa-espelho, que õé constituída, em nome de terceiros, com a finalidade de receber bens do ativo e, mesmo, a atividade negocial de outra sociedadeõ (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 46).

Nota-se que em todas as possíveis operações indicadas, o elemento da simulação está presente em todos eles, pois na realidade o intuito de quem pretende a blindagem é usufruir do patrimônio sem ter a sua titularidade, o que permitiria o bõnus sem o õnus.

Diferentemente da fraude contra credores, a simulação é realizada mediante ato que pretende esconder outra situação, é realizar coisa diversa da pretendida. Por isso não se deve confundir meios de blindagem patrimonial com a fraude, pois naquela há sempre simulação: simulação de constituição de empresa, simulação de divórcio ou dissolução de união estável, simulação de doação com dissimulação de outros negócios, como a compra e venda sem recolhimento do preço, e outros. Na fraude, como já visto, o agente declara e realiza exatamente o que quer: a redução intencional de seu patrimônio positivo para frustrar a execução de seus credores. Não há simulação. O ato praticado é resultado fiel da vontade declarada.

Não se deve confundir também as situações de redução voluntária do patrimônio positivo de uma pessoa sem a intenção de fraude com a blindagem patrimonial. Por ocasião da análise da fraude contra credores no direito empresarial, foi visto que a lei falimentar brasileira reconhece a ineficácia de atos praticados em prejuízo dos credores da massa falida, sem que o devedor tivesse conhecimento de sua insolvência ou tivesse a intenção de lesar os credores. Nesse caso, a ineficácia do ato é imputada de forma objetiva, no intuito de proteger os credores, independentemente de qualquer elemento subjetivo.

Na blindagem patrimonial, o elemento subjetivo está presente na intenção do agente, no resultado almejado, que é a frustração dos eventuais créditos que esteja obrigado a solver. Assim, o que se convencionou chamar de blindagem patrimonial, não deve ser tomado em sentido divergente da própria ideia de fraude contra credores, sejam atuais ou futuros, pois descabe a sua aproximação com a redução involuntária de bens, que, embora traga repercussões jurídicas, não tem maior valor para este estudo.

O que deve ser considerado suspeito é o planejamento realizado às vésperas de uma operação jurídica que implique em comprometimento de bens em valores equivalentes. Assim, por meio da constituição de uma sociedade que tem por objetivo a titularidade de bens, que, saídos do patrimônio positivo de uma outra pessoa, correspondam à garantia geral de dívidas a serem contraídas em seguida, é possível perceber o intuito fraudulento.

Como já bem observava Gladston Mamede e Eduarda Mamede (2012c, p. 4), as sociedades *holdings* podem ser constituídas com os mais variados objetivos:

Embora o artigo 2º, §3º, da Lei 6.404/76 nada fale a respeito, é possível também que se constitua uma sociedade com o objetivo de ser a proprietária (a titular) de um determinado patrimônio, entre bens imóveis, bens móveis, propriedade imaterial (patentes, marcas etc.), aplicações financeiras, direitos e créditos diversos. Desse patrimônio podem constar, inclusive, quotas e ações de outras sociedades. Para esses casos, é comum ouvir a expressão holding patrimonial, da mesma forma que é usual a referência à holding imobiliária, isto é, a sociedade constituída para ser proprietária de imóveis, tenham ou não a finalidade locativa.

Nesses casos, o difícil é estabelecer o momento exato da intenção fraudulenta, quando se está tratando de credores futuros. Se a hipótese é de credores atuais, dúvida não há, pois, o escoamento aparentemente lícito de bens não está conforme a lei, na medida em que um devedor transfira voluntária e deliberadamente seus bens ó de forma total ou parcial, mas de maneira comprometedora ó a uma sociedade, que é pessoa distinta de si próprio, que tem por finalidade unicamente ser a titular desses bens. De lícito aqui, apenas a aparência. Se confrontado o ato de transferência (ou os atos, porque podem se dar em momentos distintos e serem vários) com o esvaziamento do patrimônio positivo, que serve de garantia a outros negócios ou atos, resta nítida a intenção da fraude contra os credores dessas outras relações.

O fato de um indivíduo operar seu patrimônio positivo no sentido de negativá-lo, apesar de não se abster das futuras relações creditícias que venha a formar, já configura a fraude desde então. Afinal de contas, não se pode conceber que uma pessoa se destitua voluntariamente de seus bens para nunca mais vir a contrair novas dívidas. Isso somente seria razoável em se tratando de doações testamentárias, que pressupõem como condição de eficácia o término da vida e com isso o encerramento de novas necessidades, como também nas doações condicionais suspensivas de uma entidade a outra, ou até mesmo a pessoas físicas, em função da sua dissolução voluntária.

Como se sabe, uma pessoa jurídica pode ser constituída a termo ou com uma finalidade, como acontece com a sociedade de propósito específico. Nessa situação, seria admissível a possibilidade de transmissão de todo o acervo patrimonial positivo excedente da sociedade em vias de extinção, sem que isso pudesse caracterizar indícios de fraude. Observe-se que a expressão excedente importa em esclarecer a liquidez da indicada entidade, já que de outra forma não poderia haver disponibilidade de bens antes de garantidos e satisfeitos os seus credores. Se o patrimônio positivo é excedente pressupõe que o patrimônio negativo esteja em rigoroso equilíbrio.

A possibilidade de mobilidade patrimonial entre sociedades e entre pessoas físicas e sociedades é que dificulta, muitas vezes, a caracterização de uma fraude contra credores futuros:

Pessoas físicas podem ser sócias de pessoas jurídicas. Aliás, entre os sócios pode haver, mesmo, outra ou outras sociedades de participação, o que não é raro. Não há limitação sobre o tipo de pessoa, nem mesmo sua natureza jurídica. As pessoas jurídicas podem ser até fundações ou associações. Portanto, uma única sociedade operacional pode ser constituída por várias sociedades de participação (*holdings*); em meio a tais sócias, podem haver pessoas naturais, assim como pode haver outras pessoas jurídicas, como sociedades operacionais (MAMEDE; MAMEDE, 2012c, p. 5).

Com tantas operações e sobre operações, muitas vezes pode ser impossível rastrear todos os caminhos que os bens ó em alguns casos, fragmentados em porções e não na sua totalidade ó podem percorrer entre essas sociedades coligadas, partindo de uma pessoa determinada que tenha interesse em fraudar credores futuros. Para completar o cenário, essa mobilidade intensa em redes intrincadas pode dificultar inclusive a real titularidade de tais bens.

Não é incomum a realização de variadas operações que se interligam em um emaranhado de atos, compondo um verdadeiro quebra-cabeças de informações, dificultando ó e muitas vezes impossibilitando mesmo ó a identificação da titularidade dos bens. Doações, compra e venda, empréstimo. São muitas as espécies de negócios jurídicos que podem ser realizados para embutir o acervo patrimonial de um indivíduo e isso pode ser especialmente problemático ao envolver um número elevado de pessoas físicas e jurídicas, nas diversas operações praticadas.

O interesse lícito no planejamento societário não pode ser manchado pela má-fé daquele que pretende lesar seus credores atuais ou futuros, em que pese a liberdade que o sistema jurídico garante, se o objetivo é a manutenção dos efeitos do que foi desejado. Como já declararam Gladston Mamede e Eduarda Mamede (2012c, p. 2), õpara certos perfis de pessoas e de patrimônios, pode ser interessante a constituição de uma sociedade, ou até de uma estrutura societária (duas ou mais sociedades), com a finalidade de assumirem a titularidade de bens, direitos e créditosõ.

Repita-se que a fraude não está na conduta de constituir um conglomerado societário para que uma, ou algumas sociedades, sejam titulares dos bens de outra, física ou jurídica, mas no fato dessa constituição ser movida pelo interesse de reduzir o patrimônio positivo a posição negativa, com o objetivo de não garantir credores atuais ou credores futuros.

Como visto, a intenção de fraudar pode emergir de condutas suspeitas, como no caso de uma família inteira organizada patrimonialmente em torno de uma *holding*, com ou sem natureza empresária, controladora de outras sociedades do grupo familiar, cujo tipo tenha sido estrategicamente escolhido para fugir às responsabilidades de suas dívidas, como na sociedade limitada. A desconsideração da pessoa jurídica ao inverso pode ser meio hábil para atacar essa manobra<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>Nos termos dos artigos 133, parágrafo segundo, e 137, do Código de Processo Civil, de 2015, o pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá implicar na ineficácia relativa dos atos de disposição ou de oneração de bens, em prejuízo dos credores, constatada em fraude de execução.

A *holding* familiar, nesse caso de natureza patrimonial, passa a ser única titular dos bens de todos os membros da família, como explica Mamede e Mamede (2012c, p. 98):

Habitualmente, faz-se a integralização do capital social de uma *holding* familiar pela transferência do patrimônio familiar para a sociedade; daí falar-se em sociedade patrimonial. Não é preciso fazer a transferência de todo o patrimônio familiar; pode-se eleger parcelas deste patrimônio, como apenas as participações societárias, criando uma sociedade de participações, ou apenas bens imóveis, criando uma sociedade imobiliária etc. Há uma liberdade para se eleger qual ou quais os bens do patrimônio do casal serão usados para a integralização do capital social da *holding*, sendo mesmo possível a transferência de *todos os bens*. Em qualquer caso, a partir da transferência, para a integralização, os bens passam a ser de propriedade da sociedade constituída, ao passo que seus sócios passam a ser titulares das quotas ou ações da sociedade.

As dificuldades de enquadramento de condutas suspeitas em atos lícitos ou ilícitos devem ser superadas em razão da tutela que se deve dar ao crédito, de modo objetivo. Assim, já se afirmou que deve prevalecer o princípio da conservação da garantia geral em detrimento da autonomia privada, como medida de realização da paz social:

A sujeição dos bens do devedor para satisfação da prestação devida ao credor estabelece, conseqüentemente, uma garantia geral do credor sobre o patrimônio do devedor. Sem essa garantia, que é fundamental, a obrigação se tornaria um nome em vão, sem conteúdo prático.

Estabelece-se, desta forma, um limite ao direito que a lei outorga ao devedor quanto à disponibilidade arbitrária de seus bens; se a garantia geral sobre o patrimônio constitui um direito do credor, muito embora não possa paralisar a atividade do devedor, a este direito deve corresponder, necessariamente, a obrigação do devedor de manter incólume, dentro dos limites indispensáveis, aquela garantia; ele está vinculado, portanto, a um comportamento determinado (LIMA, 1965, p. 89-90).

A livre disponibilidade de bens tem limites objetivos, que não podem ser ignorados pelo operador jurídico. Mesmo não tendo sido oferecidos claramente os parâmetros de limitação pela lei, por isso dando azo às famosas lacunas de escape, é possível suprir essas imperfeições com os princípios gerais e específicos de direito. O princípio da garantia geral combinado ao princípio da boa-fé, por exemplo, não deixa margem a dúvidas quanto às limitações impostas à autonomia privada na mobilidade patrimonial.

Fora do ambiente empresarial, em que se situam as questões supra levantadas acerca do planejamento sucessório, é possível ainda analisar outras condutas suspeitas, que podem ser aplicadas às situações negociais em geral, como aquelas que decorrem da violação dos deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé, agrupados em lealdade, cooperação e informação (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 551-552). Para este autor, o dever de lealdade entre as futuras partes no contrato é decorrência da culpa *in contrahendo*, pois seria deslealdade pré-contratual quando, de modo especialmente injustificado, são abandonadas as

negociações em curso ou quando, de modo condenável, resulta o processo negocial em contrato nulo.

Não é demais lembrar que a lealdade não é via de mão única, também se espera do credor a lealdade.

Por dever de cooperação deve-se entender o agir e o não agir circunstanciado, que se destine a uma finalidade. Assim, espera-se o agir cooperativo e a omissão necessária, para que o resultado almejado seja alcançado, é dever imposto ao credor e ao devedor.

O dever de cooperação, que por sua vez decorre do dever de proteção (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 604), impõe igualmente condutas ao credor e ao devedor de uma relação obrigacional. O trato patrimonial, portanto, não pode estar dissociado de uma ética própria que valoriza todas as dimensões do ser humano, para quem se volta todas as garantias gerais e tutelas específicas. A cooperação assume, assim, um contorno todo especial também nas relações de natureza econômica.

Não se trata de um conceito vago e destituído de particularidades, pois a ideia de cooperação nas relações negociais é específica e se dirige concretamente a condutas que são objetivamente conhecidas. Isso significa dizer que a via cooperativa é de mão dupla, podendo ser cobrados os deveres de cooperação do credor e do devedor.

Neste sentido, é dever do credor saber quem é o seu devedor, de modo que sua manifestação de vontade possa ser seguramente atrelada às consequências desta escolha. Sabe-se que algumas vezes a própria lei permite a contratação sem o conhecimento prévio do outro contratante, como ocorre com a figura do contrato com terceiro a declarar, previsto no artigo 467 do Código Civil. Mesmo neste caso, a lei ressalva os direitos de quem se sentir prejudicado por não ter podido exercer sua ampla autonomia, diante de quem não poderia conhecer senão depois de concluído o negócio.

Nas demais situações, porém, nem sempre o credor terá condições de conhecer integralmente o seu devedor, motivo pelo qual, em que pese o dever de cooperação ser confundido com condutas ideais, é preciso ter em conta que a realidade com que se depara a aplicação do direito é adversa.

De fato, não se pode exigir de todo credor o necessário conhecimento acerca do seu devedor para fins de isenção ou minimização de responsabilidade. Se fosse assim, não seria possível em sede de direito de o consumidor, responsabilizar qualquer devedor. Trata-se de um limite subjetivo.

É certo que o credor tem o dever de conhecer o seu devedor antes de se ligar a ele, mas esse conhecimento passa por uma série de vicissitudes, como a simulação, o erro, o dolo e o

abuso de direito. Não é incomum o contrato restar firmado após negociações que se estabeleceram sobre bases simuladas. Nem por isso se pode exigir do credor que seu dever de conhecimento fosse tal, que não pudesse supor a simulação do qual fora vítima. Repita-se. Se fosse assim, não haveria responsabilização, pois, de algum modo, o devedor se voltaria contra o credor sempre com a mesma tese: sua vitimização se dera por absoluta falta de dever de conhecimento.

Demais disto, a lei se aplica a todos. Mesmo em sede de contratação civil, em que a igualdade formal é mera presunção legal, as circunstâncias subjetivas devem relevar. Em exemplo simplista: imagine um cidadão que pretenda abrir uma empresa na forma de eireli. Segundo a atual lei civil, para tal é preciso que o dito senhor apresente bens afetados à atividade que totalizem pelo menos cem salários mínimos. Ora, para alcançar tal finalidade o cidadão em questão toma por aquisição simulada de seu vizinho um imóvel com valor superior, dissimulando um empréstimo, com o objetivo único e exclusivo de suprir a exigência legal. Nem o oficial do registro mercantil, nem futuros credores desse empresário, poderiam conhecer essa informação, senão após eventuais danos terem ocorrido.

A fragilidade do ser humano em face da confiança necessária à vida em sociedade não pode ser desprezada pela ciência social, que é o Direito. Deve-se esperar de ambos os contratantes deveres de lealdade e informação, que permitam o real conhecimento das circunstâncias subjetivas e objetivas, de modo que a declaração de vontade seja o reflexo desse conhecimento verdadeiro. Porém, tal afirmação é só o desejo ideal de realização da justiça.

Em situações nas quais não se poderia deixar de conhecer a realidade do outro contratante, sim, poderia ser cobrado o dever de conhecimento do credor. Mas nem sempre isso será possível e ignorar isso não é cumprir a integralidade do princípio da boa-fé.

O dever de cooperação pode ser observado numa perspectiva ampla, da qual se poderia extrair diversas condutas correlatas, como o dever de informar (fazer e não fazer, simultaneamente, ou seja, dar as informações completas e corretas, não omitir, não mentir), de dar (como entregar documentos), fazer (abrir conta corrente, construir algo, dar quitação, receber bens ou documentos) e não fazer (não construir, não divulgar informações, não sonegar bens). São as mais variadas formas de conduta que podem revelar o dever de cooperação. Algumas mais ricas em desdobramentos para o direito do que outras. Por isso, abrem-se alguns subtópicos que permitem uma análise mais acurada dos atos ou omissões, que se relacionam mais proximamente da fraude contra credores.

O ato de informar tem conteúdo extenso atualmente. É palavra que resume uma gama de condutas ativas ou omissivas, como dizer algo, dizer algo claramente, dizer algo de forma completa, não omitir, não mentir, não dissimular.

Ora, mais do que cobrar do credor o dever de conhecimento quanto à realidade do seu devedor, é cobrar deste o dever de informar a sua verdadeira situação. Não se pode querer do credor o dever de conhecer e o direito de conhecer a mesma coisa, na mesma medida, quando tais situações podem ser fruto de realidades bem díspares. Deve-se ter em conta aqui as bases subjetivas dos negócios.

Por outro lado, em diversas circunstâncias o dever de sigilo é imposição legal, como ocorre com a Lei de Propriedade Industrial, ao tipificar o crime de concorrência desleal como meio de proteção da informação privilegiada. Todo aquele que divulga informação privilegiada pode ser sancionado. O legislador selecionou algumas condutas antiéticas que também passaram a ser ilícitas, configurando uma deslealdade específica.

Ainda uma série de outras condutas podem igualmente ser consideradas violadoras da boa-fé, especialmente quando dependem única e exclusivamente da vontade do seu titular, como acontece com os atos unilaterais em geral.

### 2.3.2 A renúncia de direitos e os atos unilaterais

Sem dúvida alguma, os atos benéficos que se caracterizam pela obrigação unilateral costumam ser tomados como vias estratégicas de esvaziamento patrimonial, muitas vezes sem levar em consideração que esse esvaziamento pode ferir o princípio da garantia geral, especialmente quando praticados antes da constituição de novas relações obrigacionais. Aí costuma agregar grandes problemas para a configuração da fraude contra credores futuros.

Entretanto, se os atos gratuitos são praticados após a constituição de obrigações, que futuramente se percebem inadimplidas, em razão ou mediante a contribuição da diminuição do patrimônio do devedor, pela prática desses atos gratuitos, nada há a questionar acerca da sua ineficácia ou possível invalidade. Semelhante previsão já se encontra legislada no Código Civil e na Lei de Falência e Recuperações, por isso não traz maiores novidades.

A possibilidade, contudo, de se reconhecerem fraudulentas as doações realizadas mesmo antes da obrigação futura que se pretende inadimplir, sob o escopo de impossibilidade econômica, é que é a novidade. Isso porque, de fato, a obrigação unilateral tem o poder de empobrecimento patrimonial, já que não há contraprestação a ser recebida, e se ocorrem doações anteriores ao início de uma relação negocial, a intenção de fraudar decorre *in re ipsa*.

No ambiente empresarial, por exemplo, se um empresário, em vias de insolvência, resolve conceder bônus de produtividade aos seus funcionários em valores que têm por escopo simplesmente o esvaziamento patrimonial, para frustrar o concurso de credores, essa bonificação é ineficaz objetivamente. Não é necessário fazer prova da intenção de frustrar os credores em geral, pois a lesão decorre da própria conduta.

No ambiente da família, também são encontradas várias situações semelhantes. Antes de iniciar o processo de divórcio, determinado cônjuge resolve doar bens a alguns parentes, como filhos, pais ou irmãos, com ou sem o direito de usufruto, apenas para frustrar a divisão que decorre da comunhão, como bem observou Rolf Madaleno (2009, p. 307):

No âmbito do casamento e da união estável, a fraude resultará eficaz sempre que causar por seu intermédio uma redução no acervo comum, e por consequência, uma diminuição na meação do cônjuge ou companheiro logrado. Ocorre através de atos de disposição de bens, como consignam os artigos 158 e seguintes do Código Civil, colocando em grau máximo de suspeição, atos como os de transmissão gratuita ou onerosa de bens ou mesmo a remissão de dívidas de pessoas insolventes e, neste quadro genérico, não há como afastar o cônjuge ou convivente que, em vésperas de divórcio, se movimenta para esvaziar a massa de bens do casamento ou da união estável, ganhando maior evidência se esta movimentação toma corpo depois de ajuizada a ação de divórcio do casal ou de dissolução da união estável dos conviventes.

Embora seja mais evidente a fraude depois de verificada a pretensão de ruptura da união, seja no casamento ou na união estável, não está afastada a hipótese de fraude desde antes desse marco objetivo, configurando a fraude contra credores futuros.

No caso de transações imobiliárias, a transferência de propriedade se dá mediante dois momentos distintos no direito brasileiro: os atos entre vivos ou por causa da morte e a anotação dessa transferência no cartório imobiliário. Assim, o contrato, o formal de partilha ou o testamento devem ser registrados no cartório imobiliário para que produzam os normais efeitos para a efetiva transmissão de direitos.

Não é incomum as situações do cotidiano em que as pessoas adquirem os bens mediante os negócios aptos à transmissão de propriedade, mas não elaboram a segunda etapa do processo de aquisição, com os registros respectivos. Pactuam o contrato de compra e venda no Cartório de Notas, lavram escritura pública, mas não levam ao registro no Cartório Imobiliário, a fim de que sejam realizadas as devidas anotações para a produção dos efeitos de transferência, na cadeia dominial.

Algumas vezes, o lapso temporal entre os dois momentos pode ser tão longo, que pode até impedir o correto cumprimento dos atos necessários ao complemento do direito, vindo até mesmo fazer-se uso das vias da usucapião para adquirir a propriedade, por não se prestar mais a via contratual.

Justamente nesse lapso entre o contrato e o registro, pode-se encontrar uma profícua situação de fraudes contra credores, como por exemplo, quando um cônjuge, tendo adquirido o imóvel por compra e venda antes do casamento, não averba o imóvel a fim de deixá-lo fora do seu patrimônio, no único intuito de prejudicar eventual partilha, em sede de divórcio, por ter casado sob o regime da comunhão parcial.

A herança e o legado são institutos de direito sucessório, que garantem ao beneficiário o direito de suceder em bens e direitos, por ocasião da morte do sucedido. O fato de alguém renunciar à herança ou a um legado pertence ao terreno das faculdades subjetivas, pois ninguém é obrigado a se beneficiar de um direito assegurado, se não quiser. Inúmeras razões podem ser levantadas por alguém que se indis põe contra o direito de herdar ou de legar, de variadas naturezas: pessoais, econômicas, jurídicas, etc. A renúncia, enquanto ato unilateral, é um direito subjetivo, que deverá ser realizado de forma expressa e de maneira consciente, pois é irrevogável.

O fato é que se alguém deve a outrem, não tendo outros bens a oferecer em garantia da satisfação do crédito, e tem direito a receber uma herança ou um legado, a renúncia assume ares de lesão à tutela do crédito. Sabe-se que em razão da aceitação da herança ou do legado, assim que os bens sejam formalizados no patrimônio do devedor, seus credores poderão executá-los. Isso pode levar o devedor a preferir a renúncia (não ter) do que a perda iminente.

O Código Civil, em seu artigo 1.813, prevê a possibilidade de aceitação da herança em substituição ao herdeiro renunciante. Ora, esse artigo reconhece a ineficácia da renúncia em relação exclusivamente ao valor que garante a dívida, pois o excesso da herança deverá ser devolvido aos demais herdeiros. Trata-se, como se vê, de ineficácia relativa. A renúncia é válida, tanto é que não beneficia o herdeiro renunciante quanto ao excesso devolvido, mas não produz efeitos em relação aos seus credores.

A renúncia da herança ou do legado, objetivamente considerada em face de obrigações já constituídas, deverá ser tida como ineficaz e poderá ser declarada inclusive de ofício, se realizada no prazo de até dois anos da declaração de insolvência. Se a renúncia se deu antes de constituída a relação obrigacional, futuramente inadimplida, poderá ser objeto de ação revocatória, devendo se provar o intento de fraude. Nesse caso, não haverá restrição ao prazo de dois anos, podendo se estender o período suspeito para além dele, mas estará adstrito à comprovação do intento fraudulento.

Se já tiver ocorrido a partilha dos bens objeto do inventário, ou já executado o testamento, o credor prejudicado pela renúncia do seu devedor poderá buscar a ineficácia da renúncia ou ter por ineficaz a própria decisão judicial, descabendo qualquer outro

procedimento, como *querella nullitatis* ou ação rescisória, pois o que se passa é que a sentença, válida, e, talvez, irrevocável, não tem eficácia contra a massa, contra os devedores concursais (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 349).

A questão mais delicada nesse campo é delimitar quando se está diante de uma renúncia específica, voltada para o prejuízo do credor, já que nem sempre se pode dizer que o credor pode ser prejudicado por um acréscimo patrimonial do devedor; igualmente não se pode ignorar o direito de renúncia que este devedor possa ter (CID, 2012, p. 394).

Aceita a tese de que há nexo de causalidade entre a renúncia da herança ou do legado e a frustração do crédito, ainda se coloca a pergunta quanto ao meio processual de impugnação da vontade do renunciante: se se trata de uma aceitação fictícia, de uma sub-rogação de direitos ou de uma ineficácia do ato (CID, 2012, p. 404):

A nuestro juicio, se trata de la atribución ex lege, por vía subrogatoria -lo que no quiere decir que estemos ante una subrogación-, de un derecho que, en su ejercicio, es personalísimo del deudor y, además, ya extinguido a resultas de la declaración de repudio. Pero, además, el otorgamiento de esta prerrogativa a los acreedores es algo verdaderamente singular, anómalo y excepcional porque crea una situación que es la antítesis a la repudiación porque los efectos de su ejercicio se asemejan a los de la aceptación de la herencia, en el sentido de que pueden proceder contra los bienes como si efectivamente hubiesen entrado en el patrimonio del deudor a resultas de la aceptación.

Conclui o autor acima citado que a aceitação da herança repudiada pelo devedor insolvente é singular, excepcional, *sui generis*, que se concede por lei *ad hoc*, e que não se identifica nem com a subrogatoria, nem com a revocatória e muito menos com a pauliana (CID, 2012, p. 418), pois não comporta os requisitos necessários dessas. Trata-se de uma intervenção judicial solicitada pelos credores prejudicados, que devem demonstrar efetivamente que o prejuízo sofrido decorre diretamente da renúncia da herança. Além disso, deve-se provar que a herança renunciada comporta a satisfação do crédito que se busca tutelar, sob pena de não ter revertido o repúdio.

Por outro lado, a jurisprudência espanhola não tem exigido o elemento intencional específico, apenas a constatação do dano em razão da renúncia (CID, 2012, p. 443).

Igualmente problemática é a questão do perdão da dívida, pois se trata também de um direito subjetivo, uma faculdade assegurada ao credor, que, podendo submeter o devedor ao seu direito potestativo de execução, resolve, unilateralmente, extinguir a obrigação. Esse ato do credor pode ter múltiplas motivações, que não interessam verificar aqui, pois apenas um deles se apresenta relevante para a condução de sua ineficácia objetiva: o perdão da dívida de determinado devedor, em prejuízo dos demais credores daquele que perdoou.

Ou seja, se o A tem um crédito a receber de o B, e está por sua vez devendo a o C, o D e o E, o perdão da dívida em relação a o B pode ser a causa ou, pelo menos, a contribuição, pela impossibilidade de o A quitar suas dívidas com os demais. Nesse aspecto, o perdão é ineficaz. Se, por outro lado, o A tem um crédito com o B e pretende contrair novas obrigações com o C e o D, não pode perdoar a dívida com aquele se esse perdão pode contribuir para sua insolvência, pois mesmo não tendo ainda as obrigações com o C e o D, foi sua intenção frustrar a garantia patrimonial a estes devida.

A depender, portanto, do perdão antes ou depois de constituída a dívida prejudicada pela extinção da obrigação, a frustração do crédito conduz à ineficácia objetiva ou subjetiva.

## 2.4 Os elementos da fraude contra credores futuros

A fraude contra credores pode ser de duas espécies: a fraude objetiva e a fraude subjetiva, conforme se possa dispensar ou não o elemento intencional do agente negocial na realização da finalidade danosa. Assim, a fraude contra credores futuros não chega a ser considerada uma espécie diferente de fraude, pois se trata da mesma fraude subjetiva ou objetiva, apenas se diferenciando pela dispensa da anterioridade do crédito.

Como foi visto, a fraude civil exige a presença de dois elementos necessários para a configuração da fraude: o dano e a anterioridade do crédito. Na fraude falimentar, já se constatou a possibilidade de dispensa dessa anterioridade em função do princípio *par condicio creditorum*, que permite a habilitação de todos os credores existentes à época da abertura da falência, combinado com o termo legal. Com isso, está autorizado o juiz a considerar ineficaz, em relação à massa falida, qualquer ato que venha a reduzir a capacidade econômica do devedor, como medida de conservação do patrimônio que será executado em cumprimento à hierarquia de créditos, conforme artigos 83 e 84 da Lei de Falência e Recuperações. Tal se dá em respeito à sua função social, por isso a lei cuida de um escalonamento pelo qual alguns créditos preferem a outros, no momento do pagamento.

O fato do devedor agir de modo a reduzir seu acervo patrimonial antes de decretada a falência, sendo considerado objetivamente pela lei como um ato ineficaz, justamente por isso configurando a fraude objetiva, pode atingir relação creditícia que nesse período ainda não se estabelecera. Contudo, o credor ó aqui considerado futuro em relação ao ato ineficaz, que se dera antes da existência de sua relação jurídica com o devedor ó irá igualmente se beneficiar da ineficácia dos atos, exatamente por compor o rol de credores, ao lado de outros credores que já existiam à época da prática dos atos fraudulentos.

A lei falimentar tratou de equiparar todos os credores, atuais e futuros (tomando estes como credores de obrigações vincendas) no mesmo rol, para fins de habilitação, em cumprimento ao princípio *par condicio creditorum*, permitindo que todo e qualquer credor regularmente inscrito no quadro de credores esteja submetido aos efeitos da lei falimentar.

O critério de proteção ampla a todos os credores, que se encontra apenas na Lei de Falência e Recuperações, é o resultado da combinação do princípio de tutela geral dos credores e o termo legal, ficando os credores das relações civis, que estão submetidos ao Código Civil, impossibilitados de se beneficiarem desta tutela.

A possibilidade de aplicação da lei falimentar às relações civis pode conduzir mais facilmente à caracterização da fraude contra credores futuros, estabelecida apenas na constatação da insolvência e no dano, que naturalmente decorrem dessa insolvência. O elemento intencional específico que qualifica a fraude subjetiva não é estranho à fraude contra credores futuros, mas poderá ser apenas elemento facultativo, diante do reconhecimento da fraude objetiva.

O julgador já está autorizado a reconhecer e sancionar a fraude contra credores futuros quando estiverem presentes o *consilium fraudis* e o *eventus damni*, com base no princípio da boa-fé, como visto alhures. Evidentemente, um outro elemento deverá ser imprescindível para que o ato praticado seja ineficaz: a insolvência. Se o devedor reduz consideravelmente seu patrimônio através de atos unilaterais (doações, por exemplo), movido intimamente ao dano de determinado credor, isso não será problema jurídico algum, para este credor específico, se o devedor tiver meios suficientes para quitação da obrigação, em execução forçada. Isso significa dizer que, não importa se o devedor esteja conluiado para prejudicar o credor, pois esse prejuízo somente pode ser verificado pela insolvência total do próprio devedor.

Pode-se dizer, em síntese, que a caracterização da fraude contra credores futuros, como gênero, dá-se pela presença apenas da insolvência e do dano que daquela decorre, pois, a intenção de fraudar apenas será imprescindível na espécie da fraude subjetiva. Ou seja, a insolvência e o dano devem estar presentes na fraude objetiva e na fraude subjetiva, sem os quais não se pode impugnar o ato suspeito; mas a intenção fraudulenta, essa só se faz necessária em determinada espécie de fraude. Certamente, não se está tratando de um elemento accidental, já que na fraude subjetiva a ausência da intenção dolosa não induz à determinação de fraude. Contudo, o objetivo do presente item é identificar os elementos da fraude contra credores futuros, aqui tomada na qualidade de espécie e respectivas subespécies.

Demais disso, a questão da intenção fraudulenta foi devidamente analisada ao longo da presente tese, pelo que se entende dispensável repetir os argumentos já apontados.

#### 2.4.1 A insolvência do devedor

Em termos de insolvência, entende-se que, na seara do direito civil, a definição de insolvência é mais simplista, pois é o resultado matemático entre o patrimônio ativo e o patrimônio passivo. Assim, se este supera aquele, configura-se o patrimônio negativo que caracteriza o estado de insolvência. Em se tratando de direito empresarial, a Lei de Falência e Recuperações dispõe de outras situações que presumem o estado de insolvência do empresário, oferecendo um panorama específico da matéria:

Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto [insolvência] em sua acepção econômica, ou seja, como o estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para a integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. Para que a devedora sociedade empresária se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido, para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se livra da execução concursal a sociedade empresária que lograr demonstrar eventual superioridade do ativo em relação ao passivo (COELHO, 2013b, p. 263).

Nesse sentido, a definição de patrimônio garantidor envolve apenas o conjunto dos bens que detêm expressão econômica, sejam de natureza corpórea ou incorpórea, como os direitos autorais. Não se trata, portanto, de ideia tão ampla de patrimônio como no direito empresarial, nem também deve ser tomada no sentido de Perlingieri (2011, p. 760), que engloba todos os bens materiais e imateriais (como os direitos de personalidade), mas exclusivamente como expressão matemática de resultados econômicos.

Todos os bens que se destinam a compor o acervo de bens com expressão econômica aptos ao tráfico, compõem o patrimônio de uma pessoa, e lhe serve de garantia para a satisfação de dívidas. A redução desse acervo é relevante para a caracterização da ruptura do dever cooperativo do devedor.

Assim, nos termos do artigo 789, do Código de Processo Civil, de 2015, o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, ressalvadas as restrições estabelecidas em lei, como a impenhorabilidade do bem de família (artigo 1.711, do Código Civil, e Lei nº 8.009/1990). Sobre isso, já admitiu o Superior Tribunal de Justiça, que em caso de fraude, mesmo o bem de família poderá ser penhorado, mitigando esse efeito da blindagem legal sobre os bens que servem à moradia familiar<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup>Neste sentido, ver a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.200.112/RJ, 2ª Turma, Min. Rel. Castro Meira, j. em 07.08.2012.

Embora a fraude possa ser cometida antes de constituído o crédito que o devedor deveria, desde logo, deixar garantido, todos os seus bens atuais e os que ainda vierem a ser adquiridos estão aptos à execução. De outra parte, deve-se entender em fraude aquele que, já devendo e em vias de inadimplemento, não adquire bens ou recusa renda ou doação, a fim de não formar acervo apto à execução. Se ãAö pretende pagar um serviço a õBö, não pode aquele, nas vésperas do pagamento, deixar de receber quantia devida por õCö sob o pretexto de que não era ainda inadimplente de õBö, após constatado que a dívida não fora quitada por ausência de bens ou renda de ãAö. Ou, mais claramente: se õCö deve a ãAö, que deve a õBö, não pode ãAö recusar o pagamento de õCö, se este é relevante e necessário para a quitação da dívida de ãAö com õBö, sob pena de ineficácia. O crédito futuro de ãAö em relação a õCö compõe a garantia de õBö, sob a ótica da tutela ampla do crédito.

Os denominados atos objetivos são assim considerados por dispensarem maiores investigações quanto ao elemento intencional do sujeito devedor, bastando para a declaração de ineficácia a identificação das situações elencadas no rol exaustivo, realizadas dentro do prazo de dois anos que precede à declaração de insolvência. Assim, seus requisitos são: (a) a declaração de insolvência; (b) a realização de qualquer dos atos elencados nos dois anos anteriores à sentença; (c) a correlação entre o ato e a insolvência, o que é apontado objetivamente, pois a insolvência é causada ou contribuída pelo ato.

O prazo de dois anos tem sido apontado como razoável para o alcance da retroação de efeitos da decisão judicial, a fim de delimitar o período suspeito, de modo semelhante ao que já ocorre no direito brasileiro, com a lei falimentar.

As mais variadas operações podem ser realizadas para fraudar credores que ainda não estão compondo relação determinada com o devedor, por isso, mesmo quando ainda não exista o crédito ou quando o mesmo não esteja apto à exigibilidade, tais operações podem conduzir à sua ineficácia, por implicarem na perda de tutela do crédito, ao serem confrontadas com o estado de insolvência do devedor. De outra parte, quando estas mesmas situações não estiverem relacionadas à insolvência do devedor, devem produzir os seus normais efeitos.

Se o caso é de conluio fraudulento, pode haver uma extensão ainda maior, pois o elemento nuclear aqui é a intenção de lesar e a lesão efetiva. Neste sentido, a fraude pode se dar através de muitos outros atos, frutos da atividade criativa do ser humano e por isso não devem se sujeitar exclusivamente às previsões legais, nem ao limite temporal dos atos objetivos:

Essa é a relação dos atos objetivamente ineficazes. Qualquer um deles praticado pela sociedade falida não produz efeitos perante a massa, mesmo que inexistente a

fraude. Basta a ocorrência do ato no tempo ou nas condições referidas pelo legislador. Já os subjetivamente ineficazes, não listados pela lei, caracterizam-se diferentemente. Aqui é irrelevante a época em que foi praticado, próxima ou distante da decretação da falência, bastando para a ineficácia perante a massa a demonstração de que o representante legal da sociedade falida e o terceiro contratante agiram com fraude, com o intuito de prejudicar credores ou frustrar os objetivos da falência. Assim, independentemente da época em que o ato foi realizado, se objetivou fraudar credores ou a finalidade da execução concursal, não produzirá seus efeitos perante a massa falida. Como exemplo, pode-se dizer que qualquer ato referido pelo art. 129, I a IV e VII, da LF, mas não alcançado por esses dispositivos, porque praticado fora do prazo correspondente, será ineficaz se provado que as partes agiram com fraude (COELHO, 2013b, p. 313).

Efetivamente, como se tem tentado demonstrar nesta tese, é possível dar tratamento semelhante para os atos ineficazes de *per se* e os atos ineficazes em razão de fraude contra credores. A redução de bens que pode prejudicar a tutela do crédito tem causas diversas, podendo ser originária de situações que decorrem da usual mobilidade patrimonial, sem que decorram de condutas intencionais do devedor, mas também podem ser fruto do desejo específico do devedor em fraudar seus credores. Na primeira situação, a ineficácia decorre simplesmente da tutela ao credor, enquanto na segunda situação, há desdobramentos para o sancionamento do devedor e do terceiro cúmplice. Contudo, em todas as situações, o objetivo maior é a busca da conservação da garantia patrimonial como corolário de uma efetiva tutela do crédito, em reconhecimento à função social das relações obrigacionais, como meio de satisfação das necessidades da pessoa.

Como visto, qualquer dos atos relacionados no artigo 129 da Lei de Falência e Recuperações pode ser praticado antes de constituídas outras relações obrigacionais, com o intuito de frustrá-las efetivamente, como no caso da concessão de garantia real antes de contraídas novas obrigações.

No caso de um contrato de compra e venda sobre determinado bem entre ãAö e ãBö, com valor a ser pago no prazo de um ano e entrega imediata do bem, por exemplo, é possível conter a fraude. Note-se que em princípio, nada há de extraordinário. Mas se ãAö deve a ãCö e o bem alienado a ãBö era a garantia do contrato com ãCö, certamente ãBö restaria frustrado em caso de desaparecimento dessa garantia. Em troca do bem com existência (mundo dos fatos) e no direito (mundo do direito), recebe-se um crédito futuro (mundo do direito) que ainda não se realizou no mundo dos fatos. Substitui-se o certo pelo duvidoso. Considere-se que ãBö não pague o seu compromisso e ãAö, já tendo entregue o bem, não tenha nada mais a oferecer a ãCö. Este, por sua vez, tendo executado a dívida, não tem como vê-la satisfeita. Ao negociar com ãBö, ãAö já sabia que a eventual inadimplência de ãBö afetaria o direito de ãCö, contudo realizou o negócio mesmo assim.

A questão da insolvência para fins de apuração dos haveres do devedor não se dá do mesmo modo no direito civil e no direito empresarial, como foi visto. No direito civil, essa impossibilidade de satisfação da obrigação contraída se dá pela insuficiência de bens disponíveis no acervo patrimonial do devedor para a quitação do débito, de modo que não existem bens sobre os quais possa recair a penhora, no processo executório, seja em razão da ausência total deles por ocasião do início da execução, seja pela constatação posterior à alguma penhora já realizada. O fato é que a insuficiência de bens aptos à penhora caracteriza o estado de insolvência civil.

Não se pode deixar de referir, na oportunidade, alguns dados relevantes à discussão: os bens impenhoráveis e a reserva de bens suficientes à preservação da subsistência do devedor.

A legislação civil dispõe sobre os bens impenhoráveis em duas espécies: o bem de família, que pode ser assim considerado por força de lei, independentemente de qualquer manifestação do seu titular, bastando para isso que o imóvel no qual reside o titular seja o único dessa categoria<sup>23</sup>, e aquele que decorre da indicação voluntária do proprietário, dentre demais bens de mesma ordem, não ultrapassando um terço do patrimônio total<sup>24</sup>; os bens voluntariamente indicados pelo titular gravados com cláusula de impenhorabilidade, devidamente registrados em cartório, bem como os demais bens legalmente assim considerados<sup>25</sup>.

Obviamente, a penhora sobre esses bens poderá, excepcionalmente, ocorrer, na hipótese de inexistência de outros bens e a depender da natureza da dívida, inclusive não vedando a legislação a penhora sobre o único bem de família, quando a dívida cobrada tiver origem em créditos alimentares não pagos, direitos trabalhistas dos empregados domésticos, impostos atrasados sobre o imóvel (IPTU), ausência de quitação do empréstimo bancário para a aquisição do próprio imóvel, recursos ilícitos para sua aquisição e até mesmo em função de fiança locatícia, quando o fiador não pague a dívida do afiançado perante o seu locador.

O fato da lei processual civil dispor acerca da totalidade dos bens do executado como aptos à penhora, para cumprimento de sua responsabilidade, deve levar em conta as exceções, que, contudo, não são absolutas. Como visto, a natureza do crédito a ser tutelado pode ultrapassar as limitações legais quanto à impenhorabilidade, como medida necessária à tutela do crédito.

---

<sup>23</sup>Lei nº 8.009/90.

<sup>24</sup>Artigo 1.711, do Código Civil, de 2002.

<sup>25</sup>Artigo 833, do Código de Processo Civil, de 2015.

O salário da pessoa empregada, nos termos da legislação trabalhista, já foi considerado absolutamente impenhorável, mas não tem sido incomum a relativização desse entendimento, especialmente quando a penhora parcial da remuneração mensal não coloca em risco a subsistência do devedor<sup>26</sup>. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem se firmado no sentido de não permitir a penhora de dívidas sobre salários<sup>27</sup>.

Registre-se, por fim, que diante da constatação de fraude, a impenhorabilidade de bens pode ser superada, inclusive do bem de família, sob dois argumentos: primeiro, punir o infrator, oferecendo a medida como meio de sanção e pedagogia; segundo, efetivamente coibir a fraude, não permitindo que a dilapidação fraudulenta de bens possa beneficiar o seu agente, pela manutenção em seu patrimônio de qualquer bem que possa satisfazer ó ou pelo menos, minimizar ó o dano causado pela inadimplência primária. Assim foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que considerou penhorável um bem de família, pelo reconhecimento da prática fraudulenta de esvaziamento patrimonial quase total de devedor de má-fé, que maliciosamente manteve em seu acervo apenas a sua moradia<sup>28</sup>.

O artifício do esvaziamento patrimonial voluntário, de forma prévia à constituição de novas dívidas ó o que normalmente se verifica, quando não se trata de via testamentária ó é indício de fraude, uma vez que enquanto o sujeito estiver em vida, estará sujeito às obrigações ordinárias para sua própria manutenção e subsistência. Essa ação premeditada configura presunção de má-fé, pois a livre disposição de bens não pode ultrapassar os limites razoáveis da responsabilidade patrimonial.

Sabe-se que a manutenção do patrimônio mínimo à subsistência é óbice à execução total dos bens do devedor insolvente, contudo as ações de má-fé servirão de baliza para a adequada aplicação dos limites legais à penhora desses bens. Por outro lado, não se pode ignorar a circunstância real de que alguns terceiros de boa-fé podem ser prejudicados gravemente com a medida, como se dá no caso da penhora do bem de família, quando, além do executado, perdem também os seus familiares, a moradia.

Contudo, deve-se ter em mente que a pretensão é evitar o dano, pois é neste que reside a preocupação maior para a construção de um sistema eficaz de tutela do crédito.

---

<sup>26</sup>Pela possibilidade de penhora de salário: STJ, REsp 1.326.394/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.03.2013. Em sentido contrário: TST, RO 37800-94.2011.5.13.0000, j. em 30.04.2013.

<sup>27</sup>TST, Orientação jurisprudencial 153 da SDI-2. Em sentido contrário: artigo 529, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, de 2015.

<sup>28</sup>TJSP, AI 2019253-18.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Abrão, j. em 15.04.2015.

#### 2.4.2 O dano

Como foi apontado, não se pode esperar sempre do devedor a intenção de fraudar, o dolo específico, direcionado a causar prejuízo ao credor, para se obter a ineficácia do ato ou do negócio responsável pela causa ou agravamento da insolvência. A mera conduta, objetivamente realizada, no sentido de reduzir voluntariamente o patrimônio positivo, será suficiente para a ineficácia do resultado pretendido. Basta o dano.

Naturalmente, estão excluídos os casos de involuntariedade que qualificam algumas das excludentes de responsabilidade civil, como a força maior e o caso fortuito. Em se tratando de fato de terceiro, há de se questionar dos elementos subjetivos: se o devedor era ou não conhecedor da conduta do terceiro ou de suas intenções na finalidade danosa, que vem a resultar no prejuízo do seu credor.

Na formação da obrigação, devedor e credor (considerados reciprocamente, nos casos de negócios sinalagmáticos), estabelecem entre si o modo, o tempo e o lugar da quitação, não importa se a relação se refira a um ou mais atos encadeados, para tal finalidade, posto que o adimplemento só se perfaz após a quitação de todos os deveres estabelecidos.

Assim, a exigibilidade da dívida somente surge após o vencimento do prazo dado (ou em circunstâncias anormais, como a antecipação do vencimento por força de lei em decorrência da insolvência ou da falência, por exemplo). Se o devedor de uma obrigação, também devedor de outras obrigações simultâneas ou sucessivas, deixa de pagar a um, cuja dívida já se venceu, em detrimento de outro, cuja dívida não está vencida, este pagamento será ineficaz em função daquele outro, a ser garantido em primeiro lugar. Obviamente, se o caso é de insolvência e já instalado o concurso de credores, o pagamento ineficaz obriga à devolução da quantia paga à massa, para que seja executado em benefício do processo de execução coletivo.

Se o pagamento antecipado de dívidas não vencidas pode ser considerado ineficaz, em razão de um tratamento desigual entre credores já constituídos, por ocasião da insolvência (e neste caso, incluem-se já os credores que eram futuros à época da realização do ato ou negócio fraudulento), igualmente ineficaz será o pagamento de dívida vencida por meio diverso do contrato. Embora a lei civil admita a dação em pagamento como meio extintivo da dívida, essa forma de solvência da obrigação não está permitida quando configurado o estado de insolvência do devedor, não importando se o meio diverso de pagamento é mero contributo da insolvência, ou se ela é a sua causa.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 143046/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 16.12.1999), que o mesmo que tenha por objeto dívida vencida, a dação em pagamento pode, em face das peculiaridades do caso, caracterizar fraude contra credores. O reconhecimento da fraude não prejudica o crédito em razão da restituição do *status quo ante*, como efeito da invalidade relativa.

Já foi visto que a dificuldade na compreensão de um ato praticado em fraude contra credores, especialmente os que ainda estão por vir, é justamente pelo fato de que sua aparência é de licitude, e efetivamente, em grande parte das vezes, o ato é lícito. A questão está centrada na finalidade do ato, na causa final, que é de ilicitude, uma vez que o ato se volta para a frustração do crédito. O dano somente será conhecido, algumas vezes, muito tempo depois da realização do ato fraudulento. Isso dificulta o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o ato de redução do acervo patrimonial e o dano visado.

Entretanto, não se pode perder de vista que o objetivo de quem, podendo, opta pela manutenção de um patrimônio negativo, é, muitas vezes, prejudicar algum credor, mesmo quando esse credor não é ainda conhecido, bem como nas situações de esvaziamento do patrimônio positivo de modo direcionado a não compor acervo suficiente para satisfação de dívidas. Essa finalidade está implícita diante de obrigações já constituídas, mas nem sempre precisa ser provada para a obtenção da ineficácia do ato. Mais uma vez, deve-se lembrar que o fato de não se tratar de invalidade, permite uma ampliação de recursos processuais para a obtenção da ineficácia, como medida de conservação da garantia.

O dano pode já ter sido constatado e também pode ser iminente, conduzindo neste último caso a medidas protetivas de urgência, cuja suspensão de efeitos do ato revela-se medida inibitória de danos ou do agravamento deles.

No caso de fraude objetiva, não se perquire do dano, pois este está implícito na própria insolvência já caracterizada.

### **CAPÍTULO 3 A FRAUDE OBJETIVA NO DIREITO CIVIL E O POSSÍVEL DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIDADE DAS FONTES LEGAIS**

A vocação do Direito tem sido a de solucionar conflitos interpessoais. Para isso, um conjunto de poderes é exercido pelo Estado, ora elaborando normas positivadas através do Poder Legislativo, ora interpretando as normas através do Poder Judiciário. Obviamente, os poderes são mais amplos e complexos do que esses, mas de forma simplista, é possível reduzir estrategicamente a atuação desses Poderes, apenas para delimitar o campo clássico de atuação dos órgãos que exercem precipuamente esses poderes.

O legislador elabora leis que têm diferentes finalidades, impondo comportamentos ou, simplesmente, deixando vácuos que serão preenchidos conforme a autonomia privada, por ele mesmo reconhecida. Assim, em algumas situações, a lacuna de uma lei faz parte da reserva legislativa que o próprio legislador deixou. O reconhecimento de uma lacuna legislativa não é naturalmente uma situação tão óbvia quanto poderia parecer, especialmente quando considerada dentro de um ordenamento, que é sistematicamente elaborado, de modo a não deixar esses vácuos como defeitos do sistema, mas apenas como opção de política legislativa.

A escolha do legislador por cláusulas gerais ou conceitos mais genéricos, deve-se ao fato de não precisar alterar a lei todas as vezes que houver mudanças nas relações sociais, que coloquem em dúvida a sua aplicação. Assim, as mudanças sociais que foram percebidas nos últimos anos, em relação ao contrato, por exemplo, impulsionaram a elaboração de leis que expressamente privilegiaram essas cláusulas gerais, nos contratos, e alguns princípios foram positivados, como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a equivalência material. Com isso, houve um alargamento no campo de atuação dos julgadores, que não precisavam dispor todas as vezes de uma lei exaustiva, que contemplasse todas as situações da vida.

A queda do positivismo estrito se deu exatamente pela constatação da insuficiência desse modelo de legislação exaustivo, em que o legislador está sempre atrás da dinâmica relação social, muitas vezes não conseguindo se antecipar à realidade social e, por isso mesmo, não oferecendo meios de solução de conflitos adequados.

Seguindo tendência contemporânea de adequação sistemática do ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, já não trata da função do Ministério Público como fiscal da lei, mas sim como fiscal da ordem jurídica (CORTEZ; FREITAS, 2015). Isso porque o juiz não aplica simplesmente a lei, ele extrai do ordenamento jurídico o que for aplicável ao caso concreto. Não se trata de mera alteração terminológica, mas de

expressão mais adequada às funções do Ministério Público, estabelecidas ainda na Constituição Federal de 1988.

Em várias passagens do referido diploma legal, há alusão ao ordenamento jurídico. Esse conceito, mais adequado ao pensamento moderno, confirma a dissociação da ideia restritiva de direito como sinônimo exclusivo de lei ó no sentido de norma positivada, escrita, emanada dos poderes estatais.

A noção clássica de ordem jurídica sempre esteve associada às questões políticas de coordenação e subordinação, contudo a ideia de ordenamento remete não só ao conjunto normativo estatal, mas também guarda o sentido de completude da ãorganização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa, que não se limita a dar forma às relações de poder (embora o faça) mas que as remete a um especial plexo de valores e a um peculiar sentido de sistemaö (SALDANHA, 1992, p. 168).

Na percepção de Nelson Saldanha (1992, p. 178), conceituar o Direito como ordem tem a vantagem de superar a noção de Direito como sinônimo exclusivo de ãdever-serö, frequentemente, tomado em plano isolado do ãserö<sup>29</sup>. Mais ainda: tem a vantagem de envolver um plano institucional com implicações axiológicas, com o reconhecimento de que a dimensão normativa é projetada ó e se projeta ó sobre as realidades, onde se encontram as condutas e os fatos em geral<sup>30</sup>.

Nesse sentido, a referência à expressão ordenamento, na lei processual, não é apenas um recurso de linguagem, mas a tradução da construção de uma imagem do Direito, como diria Nelson Saldanha (1992, p. 180), sem redução ao formal.

Com relação à noção de sistema jurídico como um conjunto de normas, deve-se ter em mente que estas são um gênero, do qual se extraem as leis e os princípios. Como norma jurídica, o princípio também é comando de comportamento. Sua violação igualmente conduz à sanção, inclusive podendo ser objeto de ação rescisória, nos termos da ordem processual<sup>31</sup>. Mas o princípio é norma aberta, que permite diferentes preenchimentos, sem perder o seu conteúdo mínimo.

Entretanto, o operador jurídico não dispõe apenas do recurso à principiologia, para compor ou recompor lacunas aparentes, pois este pode ser apenas o vetor de

---

<sup>29</sup>Ser e dever-ser são expressões que assumem caráter próprio na linguagem kelseniana (1984, *passim*).

<sup>30</sup>õO ordenamento jurídico, sendo ordem e tendo convívio com contextos sociais, envolve valores e reflete padrões históricos: sendo estrutura, constitui organização de princípios e normas, técnicas e finalidades. Tudo isso é bastante óbvio (embora haja posições teóricas que o omitem ou que o negam); o importante, aqui, será acentuar que o enrijecimento da visão formalística do ordenamento corresponde a determinadas condições históricas e a determinadas motivações doutrináriasö (SALDANHA, 1992, p. 180).

<sup>31</sup>O fato da lei processual nova prever o cabimento da ação rescisória por violação de norma jurídica, tem-se interpretado esta como gênero, daí alcançando as regras e os princípios (CORTEZ; FREITAS, 2015).

complementaridade entre normas distintas. A isso se reporta a teoria do diálogo das fontes, um método originado dos estudos de Erik Jayme (1996), na penúltima década do século passado, pelo qual se procura evitar as revogações ou derrogações legais, solucionando antinomias entre leis, e, até mesmo, buscando a composição de novas aplicações de determinada lei pela complementaridade sistemática de outra lei, seja especial ou geral, anterior ou posterior à norma que se pretende complementar.

Após a análise das leis civil e falimentar acerca da fraude contra credores, foi mencionado que as duas normas tratam do mesmo instituto, mas conceituam a fraude de modo distinto e atribuem igualmente sanções diferentes. Na ocasião, foi apontado que não há, de fato, motivos que mantenham a distinção das medidas, como expressão de sistemas jurídicos distintos ó o de direito civil e o de direito empresarial ó quando considerada a atividade econômica como fonte de constituição de crédito.

Como visto, a invalidade dos atos praticados em fraude se justificam somente quando constatadas as práticas de atos fraudulentos amparados em recursos invalidantes, como o erro, o dolo, a coação, a simulação ou o abuso do direito. Os atos praticados sem tais recursos, devem ser considerados simplesmente ineficazes ó e, assim mesmo, relativamente ao devedor fraudador.

De outra parte, a existência de uma gama bem mais ampla de hipóteses que configuram a fraude objetiva, no direito falimentar, resultou num sistema mais benéfico para os agentes negociais, que praticam fraudes fora do ambiente da Lei de Falência e Recuperações, uma vez que o Código Civil não dispõe do termo legal de insolvência e do período suspeito. A ausência dessa disposição conduz necessariamente à restrição de situações que podem ser sancionadas pela constatação da fraude objetiva, uma vez que são poucos os casos em que a lei civil dispensa o *consilium fraudis*. O legislador civil estabeleceu as espécies de fraude objetiva, deixando residualmente para todas as demais situações a fraude subjetiva, na qual a comprovação do elemento intencional é requisito categorial da fraude. Assim, a regra geral no direito civil é a fraude subjetiva.

A anterioridade do crédito para a caracterização da fraude é também um componente necessário da fraude civil, pois não é possível conceber a partir do conceito legal de fraude a prática de atos anteriores à constituição do crédito.

No entanto, a dispensa dessa anterioridade tem sido tendência em outras legislações estrangeiras, exatamente por permitir a manutenção da garantia patrimonial, não distinguindo créditos atuais ou futuros. Muito ao contrário, mais do que sancionar o fraudador, o objetivo é garantir a satisfação do crédito tutelado, pelo reconhecimento de que o patrimônio do devedor

é a garantia do cumprimento de suas obrigações, de modo que a sua redução voluntária pode ser limitada por ações do titular do crédito (CIMINO, 2006, p. 243).

Antes de serem apresentadas as condições de reconhecimento da fraude contra credores futuros, é bom que sejam apontadas as medidas previstas no sistema jurídico atual, que dispensam maiores esforços hermenêuticos, em função da expressa previsão legal, quanto à tutela dos credores diante de atos fraudulentos.

### **3.1 As medidas judiciais de conservação da garantia geral**

O direito positivo brasileiro dispõe de medidas previstas na lei civil e na lei falimentar, que sancionam o ato praticado em fraude contra credores com a consequência da invalidade e da ineficácia, respectivamente. Para tal, o credor prejudicado pode manejar a ação pauliana, de natureza civil, e as ações de declaração de ineficácia e revocatória, de natureza falimentar. A ação pauliana tem como consequência a invalidação do ato praticado em fraude, enquanto as outras duas ações se destinam a suprimir a eficácia do ato.

Não é medida incomum a desconsideração da pessoa jurídica, como meio indireto de, também, conservar a garantia patrimonial, especialmente pela constatação de que grande parte das situações de diminuição do patrimônio garantidor se dá pela via da constituição de pessoas jurídicas, que se beneficiam com o esvaziamento patrimonial do devedor, como ocorre com as *holdings* patrimoniais.

Em todos os casos, o objetivo é possibilitar que o credor possa satisfazer o seu crédito, que fora inadimplido, e teve frustrada a execução sob o argumento da insuficiência de patrimônio do devedor, motivada por atos aqui apontados como fraudulentos.

Por não se tratar de um estudo analítico das implicações processuais, serão apresentadas, de modo generalíssimo, as principais características dos meios processuais dispostos nas leis já referidas, que se referem à fraude contra credores, direta ou indiretamente, de modo a facilitar o esboço de uma uniformização processual em torno do tema, pelo recurso ao princípio da fungibilidade das ações.

#### **3.1.1 A ação pauliana**

A ação pauliana é a medida indicada na lei civil brasileira, para suprimir a validade dos atos praticados em fraude contra credores, tomada esta como um defeito do negócio jurídico, desfazendo o ato praticado e restituindo a mobilidade de bens à situação anterior.

Dispõe o Código Civil, de 2002, que os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, praticados pelo devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, mesmo quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. A lei excluiu os credores com garantia real da legitimação ativa para tal invalidação porque estes encontram, nos bens dados em garantia, a satisfação de seus créditos inadimplidos voluntariamente (RODRIGUES, 2007, p. 237). Obviamente, se tais bens forem insuficientes para manter a garantia dada, tais credores se equiparam a quirografários ó posto que efetivamente o são, em relação à dívida descoberta ó nada obsta ao ajuizamento da demanda, como bem prevê o parágrafo primeiro, do artigo 158, da mesma lei.

Igualmente, encontram-se excluídos da legitimação ativa os credores que ainda não o eram ao tempo do ato atacado, mas essa limitação legal vem sendo superada pela interpretação judicial, como já apontado anteriormente.

Dispõe, ainda, a lei que a ação poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé. Esse elenco dos sujeitos passivos da demanda não deve ser tomado individualmente, como adverte Silvio Rodrigues (2007, p. 237), afirmando que óvários julgados têm decidido ser imprescindível que a lide se dirija necessariamente contra o adquirente detentor da coisa ou ainda contra os subadquirentes que hajam procedido de má-fé, além do devedor insolvente.

Quanto aos bens objeto da invalidação, estes apenas retornam ao patrimônio do devedor quando excederem a execução, já que a lei determina que sirvam ao acervo concursal (massa falida da lei falimentar). O patrimônio do devedor é restaurado apenas para servir de garantia aos credores (RODRIGUES, 2007, p. 238), uma vez que o objetivo é permitir a penhora dos bens alienados como se nunca tivessem saído do patrimônio do devedor (CAHALI, 2013, p. 308).

Por fim, o Código Civil considerou válida a redução patrimonial em prejuízo dos credores, quando realizada para manter estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou para subsistência do devedor e de sua família. Neste caso, o legislador presumiu a boa-fé, cuja intenção do devedor não foi a de causar o dano ó apesar da constatação deste<sup>32</sup>. É possível associar a boa-fé, nesta hipótese, à ausência da intenção específica de lesar, pois não há como negar que o ato voluntário traz, em si, o conhecimento próprio do dano causado ao credor, pelo inadimplemento da obrigação contraída.

---

<sup>32</sup>Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

### 3.1.2 A declaração de ineficácia

A ação declaratória tem a finalidade precípua de declarar determinada situação já efetivada, embora não exclusiva, não inovando o julgador na constituição de fatos novos. Mesmo podendo, indiretamente, uma ação declaratória ser satisfativa, a ponto de poder ser executada como se fosse uma ação condenatória, há de se reconhecer que a decisão não pode inovar acerca dos efeitos estreitos que decorrem do próprio fato declarado.

Leonardo da Cunha (2013, pp. 147-150) reconhece a dificuldade que a doutrina tem encontrado para unificar a natureza jurídica da ação declaratória e aponta as várias teorias já elaboradas, dando destaque para as duas principais: a declaratória como preventiva de litígios e a declaratória como direito potestativo.

Segundo preconiza o artigo 19, do Código de Processo Civil, de 2015, a ação declaratória se presta a declarar a existência ou a inexistência de relação jurídica e a doutrina vem entendendo que o conceito de relação jurídica engloba também o de situação jurídica (CUNHA, 2013, p. 152).

Na definição de Freddie Didier Jr. (2010, p. 216), o conteúdo de uma sentença constitutiva consiste no reconhecimento e na efetivação de um direito potestativo, sendo certo que este posiciona seu titular para criar, alterar ou extinguir situações jurídicas, das quais não tem o sujeito passivo condições de se opor, por se encontrar num estado de sujeição. Por isso, diz-se que o sujeito passivo de um direito potestativo não pode ser condenado a coisa alguma, pois está adstrito rigorosamente ao direito a que se submete.

Segundo Pontes de Miranda, a ação declaratória somente poderá ter como objeto a *existência* ou *inexistência* das relações jurídicas, ou seja, somente poderá perquirir acerca de sua entrada ou não no plano da existência. Caso se queira discutir a validade ou não da relação jurídica, a ação declaratória já não seria mais cabível, de vez que não se estaria a situar a controvérsia no âmbito do plano da *existência*, mas sim, no plano da *validade*. Nesse caso, a ação cabível não seria a declaratória, mas a desconstitutiva ou constitutiva negativa. É que a ação declaratória, repete-se, limita-se ao *plano de existência*, não podendo avançar para o *plano da validade*, exatamente porque, para se adentrar no plano da validade, haverá de se ter como existente a relação. Assim, a declaratória, nas hipóteses de nulidade, sempre iria concluir por declarar a *existência* da relação jurídica, não despontando como legítima para declarar sua validade ou nulidade (CUNHA, 2013, pp. 152-153).

A declaratória deve ser a via adequada para a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou do seu modo de ser (CUNHA, 2013, p. 166), podendo ser, também, utilizada no plano da validade, para declarar a nulidade de um ato (não a anulabilidade) e, por fim, ser aplicada aos casos operados no plano da eficácia, como referido pelo mesmo autor. Tem, portanto, múltipla aplicação, mas, via de regra, uma finalidade.

Sobre isso, assim se pronunciou Pontes de Miranda (2002, p. 165), em análise da antiga regra falimentar de 1945, que antecedeu a atual Lei de Falência e Recuperações:

É sempre digno de frisar-se que o Decreto-lei n. 7.661 tomou o caminho certo em considerar espécies de *ineficácia relativa*, e não de *nulidade* ou de *anulação*, as do art. 52. Pena é que, nos arts. 55 r 56, tivesse escapado ao legislador classificar a ação, no que se refere às espécies do art. 52, para as distinguir das espécies do art. 53. O termo ação revocatória, que serve a essas não serve àquelas. No art. 53, a ação é constitutiva negativa, alude à retirada da *vox*. embora por ato de outrem; no art. 52, não. Ineficácia total ou parcial, absoluta ou relativa declara-se, não se constitui. A constitutividade, que houve, foi antes, ao se fixar o flato *legal* da falência, ou na própria sentença, ou em decisão posterior, que a complete. A ação dos arts. 109-113 do Código Civil é ação constitutiva negativa. Também o é a ação do art. 53 do Decreto lei n. 7.661, *revocatória*. A ação do art. 52 do Decreto-lei n. 7.661 é declaratória de ineficácia, com a particularidade da preclusão da pretensão (Decreto-lei n. 7.661, art. 56, § 1.0).

Além da declaratória, encontra-se a ação revocatória, em ambiente falimentar, com a finalidade de desfazer os efeitos dos atos praticados em fraude, mas, segundo a lei especial, apenas quando se refira a atos e situações relacionadas ao devedor insolvente em estado de falência ou em recuperação, seja judicial ou extrajudicial.

### 3.1.3 A ação revocatória

A ação revocatória é, majoritariamente, apontada como originária da ação pauliana romana e somente na Idade Média, com a especialização do direito comercial, passou a ser o instrumento de recomposição do patrimônio do devedor mercantil, em sede de procedimento falimentar. Até a sistematização do direito comercial, era a ação pauliana que se utilizava para a defesa dos interesses dos credores, prejudicados pelo esvaziamento patrimonial do devedor comerciante e, à medida que a ação revocatória foi exclusivamente aplicada no direito comercial, foi se afastando de sua origem, compondo contornos próprios (ABRÃO, 1980, p. 28).

A primeira diferenciação se dá pela consequência jurídica, que é a ineficácia, tendo sido considerada a forma mais adequada de tutela do crédito, já que algumas vezes o ato praticado em prejuízo da massa falimentar pode não ser necessariamente inválido. Assim, pela ineficácia, é possível fazer retornar o bem à massa, para garantia do pagamento dos credores coletivos, independentemente de se aferir sua invalidade. Por outro lado, a ineficácia aqui é meramente relativa à massa, podendo produzir outros efeitos, quando o ato for válido.

A segunda diferenciação é que se pode lançar mão do período suspeito para investigar atos que tenham sido praticados em prejuízo da massa, o que não ocorre no procedimento da insolvência civil, para efeito da ação pauliana.

A ação revocatória tem natureza constitutiva negativa, por cassar os efeitos de um ato ou de um negócio, que prejudicam a garantia de efetividade da solvência de um crédito, devendo-se concluir que é direito potestativo do credor submeter o devedor a tal satisfação, não podendo este agir de outro modo, que não a de solver o passivo. Se há condutas que ameaçam essa condição, então efetivamente pode o titular do direito exigir judicialmente a desconstituição dos efeitos pontualmente nocivos. É a deseficacização do ato ou do negócio:

A ação revocatória falencial oferece a extraordinária particularidade de ser subtrativa de parte de elemento, da *vox*, que não deixa desfazer-se o negócio jurídico. Não se assemelha à ação de nulidade, nem à de anulação, nem à de rescisão. Devido à lateralidade da *fraus*, satisfaz-se o Estado em tutelar os credores do falido com essa medida de *eficácia relativa*, obtida em ação constitutiva negativa. Daí a importância enorme da diferença entre a ação de declaração de ineficácia dos atos praticados pelo devedor insolvente e falido e a ação revocatória falencial, em caso de fraude contra os credores, mesmo pouco antes de se encerrar a falência. Mas ainda entre as ações revocatórias falenciais e as ações de anulação, inclusive por fraude contra credores. Naquelas, não se desconstitui existência; só se desconstitui *eficácia* (PONTES DE MIRANDA, 1965, p. 132).

Trata-se, no mais das vezes, de credores simultâneos, que buscam ao mesmo tempo, a satisfação de seus créditos. O primeiro, já constituído, e o segundo, que se constitui para fraudar aquele, quando o caso é de fraude efetiva. A inadimplência do primeiro, em razão da satisfação do segundo, é que vai gerar o direito do primeiro de exigir a cassação dos efeitos do segundo negócio, posto que a manutenção deles implicaria na violação da garantia geral. Em ambos os casos, o devedor está submetido ao direito potestativo que decorre da obrigação contraída.

A pretensão de ineficácia de atos ou negócios fraudulentários pode ser levada a cabo pela vítima da fraude, mesmo correndo o risco de seu crédito não chegar a ser satisfeito, em razão da instalação do concurso de credores, ante a insolvência do devedor, em procedimento meramente declaratório ou necessariamente revocatório, pois o objetivo é conservar a garantia patrimonial, não importando nesse momento a quem essa garantia irá beneficiar.

Embora possa haver decisões declaratórias que tenham força condenatória, como decorrência da execução natural que se extrai da prestação a que a declaração se refere (DIDDIER JR., 2010, p. 215), dispensando qualquer outro procedimento judicial condenatório, há que se questionar da pertinência de duas ações com a mesma finalidade, para atacar os efeitos nocivos de atos e negócios, que esvaziam o patrimônio do devedor em prejuízo dos credores, especialmente porque, como visto anteriormente à ação constitutiva que visa a modificar um estado jurídico, estabelecendo uma situação jurídica nova, a ação declaratória objetiva apenas declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, confirmando-a ou não (CUNHA, 2013, p. 159).

Na Lei de Falência e Recuperações, as ações previstas têm aplicações diferentes: a declaratória para os atos objetivos, que independem da intenção de lesar o credor; e a revocatória para os atos subjetivos, que necessitam da prova de conluio fraudulento ou da intenção de prejudicar. No caso da mera declaração, autoriza a lei, inclusive, a atuação *ex officio* do julgador, baseada na prática de qualquer dos atos relacionados no rol apertado do artigo 129. Em se tratando dos mesmos atos, ou outros ali não relacionados, que tenham sido especificamente praticados no objetivo final de fraudar os credores, apenas mediante provocação pode o juiz cassar os seus normais efeitos jurídicos. Neste caso, tem legitimidade ativa qualquer credor, o administrador judicial ou membro do Ministério Público.

Se a revocatória é, como toda sentença, também declaratória, pois decorre de atividade interpretativa do julgador, que, ao integrar o direito, também o declara, não haveria sentido para dois procedimentos distintos, já que a segunda se contém na primeira. Claro que, em se tratando de sistema especializado, como o falimentar, leva-se em conta os atos praticados pelo empresário insolvente após decretada a insolvência, que é o seu marco regulatório. Qualquer dos atos elencados no artigo 129, se praticados após a decretação da falência, da autorização da recuperação judicial ou do recebimento do acordo em recuperação extrajudicial, independentemente de circunstâncias subjetivas do devedor ou do terceiro, ensejará a declaração de ineficácia, tenha ou não sido solicitada por alguém, em face da permissão legal da ação de ofício do magistrado.

A lei, atenta à importância de preservação da garantia geral como manutenção da segurança no tráfico jurídico negocial, construiu um sistema de tutela do crédito, sem levar em consideração sua natureza, anterioridade ou quantificação. O que importa é fazer voltar à massa falida os bens que podem servir, eventualmente, de satisfação a credores objetivamente protegidos pela lei, elencados hierarquicamente conforme clara apreciação econômica de importância à função social da empresa. Se há divergências quanto a esse sistema de elaboração do rol de credores do artigo 83 da lei falimentar, não cabe aqui discutir.

A opção do legislador em simplificar os procedimentos de ineficácia decorrentes de atos objetivamente considerados, dando mais dinâmica e celeridade à tutela do crédito, é interessante, pois deixa as questões mais complexas para a ação revocatória, de procedimento ordinário, com possibilidades mais amplas de defesa e contraditório, e as variadas insurgências recursais.

Em síntese, a ineficácia de atos decorrente do reconhecimento prévio do conluio entre o devedor e o terceiro, destinado objetivamente para fraudar credores, deve ser objeto de ação constitutiva e não meramente declaratória, pelas restrições que a ação mesma oferece, como

supramencionado. Como já entendia Pontes de Miranda, se a ação se refere ao plano da validade de um ato jurídico, não se presta à ação declaratória, embora esse entendimento tenha sido temperado pela aceitabilidade de declaratória em atos nulos, nunca nos anuláveis, como bem explica Leonardo da Cunha (2013, pp. 160-161), mas se o ato está sendo questionado em sua eficácia, pode-se admitir as duas ações, já que se trata de declarar tão-somente a eficácia ou a ineficácia, sem que necessite para isso constituir ou desconstituir a relação jurídica, que é seu objeto.

Nesse sentido, os atos dependentes de comprovação, por não se encontrarem expressamente previstos no rol taxativo da lei, e aqueles ali enumerados, que se realizam mediante conluio fraudulento, bem como os que não foram praticados após a decretação da insolvência, ou do seu período de suspeição, devem ser objeto de ação revocatória<sup>33</sup>.

Em resumo, pode-se dizer que a declaração de ineficácia dos atos objetivamente considerados deve se dar pelas vias comuns de mera petição em processo de insolvência, pela reconvenção ou *ex officio* pelo magistrado, podendo, ainda, ser objeto de ação declaratória incidental ou principal. Ou seja, são vias amplas de reconhecimento da ineficácia originária dos atos ou negócios, que reduzem o patrimônio positivo do devedor e impedem a satisfação do crédito, ou a frustração da correta sequência de execução concursal, instalada pela insolvência.

Quanto à ação revocatória, esta seria guardada para todas as situações de fraude contra credores, atuais ou futuros, considerando o *consilium fraudis*, o prazo anterior ao limite temporal objetivo, bem como outras hipóteses não abrangidas no rol específico da lei.

O objetivo da revocatória é tão somente suprimir a eficácia de um ato (cassando ou suspendendo a eficácia, ou, dito de outra forma, deseficacizando o ato), enquanto a ação de nulidade opera no plano da validade do ato, com efeitos *ex tunc*, e, apenas de maneira secundária, induz à ineficácia do ato atacado. Nesse sentido, nada obsta, portanto, a cumulação das duas ações. Se o indivíduo prejudicado vai demandar a revocatória antes e a nulidade depois, é opção pessoal. Contudo, não há sentido em buscar a revocatória após o ajuizamento da ação de nulidade, posto que esta tem alcance deseficacial maior, pois tem o condão de retroagir no tempo, para cassar todos os efeitos do ato nulo, alcançando terceiros em geral. A revocatória, por se aplicar relativamente, não pode ter efeitos *erga omnes*.

---

<sup>33</sup> Em alguns países, distingue-se revocatória ordinária e revocatória falimentar, como no direito italiano (ITÁLIA, 2015).

A cumulação das duas ações não configura litispendência, pois são objetivos distintos a serem perseguidos, no plano do direito, apesar de tocarem ambas no mesmo ponto, no plano fático: a conservação da garantia patrimonial pela deseficacização. Assim, o que se pretende com a revocatória é a conservação dos bens no patrimônio do devedor, pela supressão da eficácia dos atos de redução do patrimônio positivo, para que possam ser executados pelos credores, enquanto a nulidade se volta a desfazer o próprio ato, que já fora concebido invalidamente.

Finalmente, há de se verificar que a cumulação não poderá ser levada a cabo em todas as circunstâncias. Com efeito, a ação revocatória pode assegurar a garantia patrimonial, diante das situações de créditos futuros e, até mesmo, de créditos condicionados, de modo que, nesse caso, a nulidade não poderia ser ainda alegada. Nas hipóteses de relações creditícias já consolidadas, a cumulação não enfrenta óbice.

A nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, pelo membro do Ministério Público ou alegada *ex officio* pelo magistrado, não se sujeitando a nenhum prazo prescricional.

Sobre a lei processual civil de 2015, não se pode deixar de considerar o impacto que as inovações trazem para as questões processuais aqui tratadas, nos processos que versam sobre a declaração *ex officio* da ineficácia de atos objetivamente considerados para a redução da garantia geral de satisfação do crédito, como a obrigação de ouvir as partes litigantes previamente ou a sujeição dos acordos bilaterais acerca do procedimento que pretendem utilizar.

Assim, se os litigantes concordarem na via declaratória autônoma, com eficácia condenatória, como meio de atacar ineficácia de atos praticados em fraude contra credores, sejam de ordem civil ou empresarial, não poderá o julgador entender pela extinção do processo.

Os litigantes podem, ainda, negociar a aplicação da lei civil ou da lei falimentar, invalidando ou tornando ineficaz os atos praticados em fraude, conforme permissão legal, mas sempre respeitando os limites impostos pela vedação da litigância de má-fé e violação da ordem pública.

#### 3.1.4 A desconsideração da pessoa jurídica e a desconsideração inversa

É fato que a movimentação de recursos e valores de um patrimônio a outro é lícita, como já visto, e é assim que se distribui e circula a riqueza na perspectiva econômica. A

mobildade patrimonial entre pessoa física e pessoa jurídica é lícita, mas pode encobrir operações suspeitas e até mesmo configurar um ilícito, especialmente para fraudar credores, não importando a natureza destes, pois se pode referir aos créditos decorrentes de atividade econômica simples ou empresária, de relações familiares ou de ordem sucessória, de natureza tributária, etc. Um dos recursos muito utilizados (a jurisprudência tem confirmado essa afirmação) para alcançar a prática da fraude contra credores, é a constituição de pessoas jurídicas, justamente pela característica da separação patrimonial decorrente da autonomia que decorre de uma distinta personalidade jurídica. Em razão disso, tem sido largamente utilizada a teoria da desconsideração clássica e também ao inverso, como meios de concretização da responsabilidade sobre o verdadeiro agente.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica surgiu em função da necessidade de atribuição de responsabilidade direta sobre agentes causadores de danos, que se encontravam protegidos sob o manto de uma personalidade distinta, tornando aparentemente distante o agente e a pessoa, em situações nas quais esta segunda não poderia responder pelos atos do primeiro. Assim, se uma sociedade limitada, no uso de sua autonomia administrativa e financeira, assumisse uma obrigação perante um terceiro, o seu descumprimento não poderia ser jamais atribuído a algum sócio isoladamente, não obstante tivesse sido este o articulador da obrigação. A personalidade jurídica do ente, tornando sujeito de direitos distinto das pessoas que o compõem, não permite a confusão patrimonial direta, nem mesmo nos modelos de sociedades de responsabilidade integral, pois nestas ainda resta a responsabilidade subsidiária. Apenas na insuficiência patrimonial da sociedade de responsabilidade integral instala-se a solidariedade entre os seus componentes, de modo que uma dívida da sociedade não é dívida dos seus integrantes, salvo cláusula expressa em sentido contrário. Assim, somente de maneira indireta, pode-se falar em responsabilidade dos sócios, quando a sociedade dispõe de patrimônio suficiente para solvência de suas obrigações.

Obviamente, sentindo-se protegidos por este verdadeiro escudo invisível, os sócios, notadamente daquelas sociedades que adotam o modelo de responsabilidade limitada, após a integralização do capital, restaram por abusar dessa separação patrimonial, aparentemente absoluta, impulsionando a doutrina jurídica na construção de uma ferramenta hábil a contornar esse problema.

A *disregard doctrine (disregard of legal entity)*, surgida em meados do século XX, nos estudos sistematizados de Rolf Serick em torno da jurisprudência norte-americana da época (COELHO, 2013a, p. 58), tem como fundamento a supressão de eficácia da personalidade jurídica quanto à autonomia patrimonial, permitindo que a responsabilidade

possa recair diretamente sobre qualquer de seus membros, após identificadas as condutas ilícitas e respectivas autorias. Note-se que a conduta do sujeito aparentemente escondido nas entranhas da sociedade, reveladas por investigação de atos suspeitos, é trazida para fora dos recônditos da pessoa jurídica, a fim de que sofra diretamente os efeitos da responsabilização, sem que a personalidade tenha sido atingida. Não se trata, portanto, de uma dissolução da sociedade, nem de uma despersonalização temporária, mas apenas da ineficácia pontual e específica, que autoriza desnudar o manto que acoberta as manobras maliciosas do agente de má-fé.

A ideia é simplesmente distinguir as autonomias patrimoniais que haviam sido reunidas estrategicamente com a criação de uma nova pessoa, limitando a separação entre constituinte e constituído, ou, como sintetizou Rolf Madaleno (2009, p. 80), ãa aplicação habitual da desconsideração do véu societário, o julgador proclama a ineficácia episódica do ato jurídico e responsabiliza a pessoa física considerada beneficiada pela existência da pessoa jurídica. Com isso, aquele que se utiliza da sociedade para fraudar credores, pode ser atingido, em via judicial, por dupla ineficácia: a da proteção da personalidade jurídica da sociedade que lhe acomodou o ato fraudatório e a do próprio ato.

Parece que, efetivamente, esse manejo da desconsideração vem sendo positivo na tutela dos direitos prejudicados, pelas manobras dos integrantes de pessoas jurídicas, que, muitas vezes, esvaziando o patrimônio destas e se locupletando desse esvaziamento, ficavam a salvo da responsabilidade, em função das limitações da autonomia patrimonial. Tanto é verdade que, para fugir ao alcance da desconsideração da pessoa jurídica, voltada para fazer incidir a responsabilidade sobre a pessoa física (ou sobre outra pessoa jurídica, sua constituinte), têm sido identificadas novas manobras, agora no sentido oposto. Ao invés de se esvaziar o patrimônio da sociedade, tem-se esvaziado o patrimônio da pessoa física, através de operações com pessoas jurídicas, em alguns casos, apenas para fraudar credores.

Para enfrentar essas situações, surgiu a desconsideração inversa, que nada mais é do que a responsabilidade da sociedade por atos dos seus sócios, em flagrante abuso de sua personalidade, inclusive física, como ãquando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio (MADALENO, 2009, p. 81), no intuito claro de reduzir total ou parcialmente o acervo patrimonial comum do casal, para frustrar obrigações futuras, de ordem civil ou familiar.

Sabe-se que nessa hipótese, a tarefa investigativa deverá ocupar amplo espaço, a fim de identificar os atos intencionais, que poderão render a frustração do intento malicioso, a despeito do lapso temporal entre a constituição da pessoa jurídica, o esvaziamento patrimonial

pessoal e a constituição de sociedade conjugal ou união estável. De toda sorte, não se vislumbra impossibilidade de se verem alcançados tais atos, como defendido mais adiante.

Admite Rolf Madaleno (2009, p. 81) que é òperfeitamente viável conceber a existência de um abuso da personalidade física através do mau uso da pessoa jurídica, do mesmo modo que se admitiu o abuso no sentido inverso, pioneiramente. Ora, o que se está em jogo é o abuso da personalidade utilizada para contrariar os fins sociais e jurídicos, portanto, não se pode excluir a personalidade do ser humano como arma de malícia. Se uma pessoa jurídica transmite bens de sua titularidade para outra pessoa jurídica ou para uma pessoa física, ou se uma pessoa física o faz para uma pessoa jurídica, o elemento em comum entre elas, no caso da constatação de mobilidade patrimonial fraudulenta, é o intento lesivo que se esconde atrás da personalidade. Perceba-se que tanto a pessoa física, como a pessoa jurídica, pode se prestar a esta finalidade lesiva, conseqüentemente, não se pode descartar a responsabilidade de nenhuma delas.

### **3.2 A fraude objetiva na Lei de Falência e Recuperações**

Foi apontado que a lei civil não dispõe de mecanismos próprios aptos à sanção dos atos praticados em fraude contra credores futuros, em razão de dois pressupostos: a intenção fraudulenta e a anterioridade do crédito.

A Lei de Falência e Recuperações dispõe da fraude objetiva no artigo 129 e da fraude subjetiva no artigo 130, mas não se trata apenas do critério intencional de distinção entre as duas espécies que é relevante referir agora. O termo legal e o período suspeito são os destaques deste cenário, ao permitirem a configuração de fraude tão somente pela prática de determinados atos dentro de período específico e em razão de circunstâncias predeterminadas pela lei. Nesses lapsos temporais, configura-se fraude objetiva a redução de bens que resulte em prejuízo aos credores, mas legalmente apenas aplicável na esfera falimentar.

Em países, como a Itália, que adotam o sistema de revocatória falimentar (para a tutela dos credores empresariais) e revocatória ordinária (para a tutela dos credores civis), não é incomum a possibilidade de se adotar um ou outro procedimento, independentemente de se tratar de falência ou insolvência civil, já que ambas comungam da mesma finalidade, mas no Brasil não se vislumbra a utilização da pauliana no âmbito falimentar (ABRÃO, 1980, p. 36; 41).

No procedimento falimentar, não se trata do direito de um credor apenas, pois está em jogo o direito de uma coletividade de pessoas que são os credores concursais, contudo tal

também pode se dar em face de pessoas jurídicas não empresárias, cujos credores podem ser igualmente coletivos. Embora absolutamente incomum, não se pode olvidar da possibilidade de uma falência movida por único credor que totalize o crédito mínimo para o ajuizamento da demanda, atualmente fixado em quarenta salários mínimos, como dispõe a lei falimentar nacional.

Não se pode olvidar que não se aplica a lei falimentar a todo e qualquer empresário, como bem explicita o seu artigo segundo, de modo que a questão da fraude contra credores cometida por empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, seguradoras, de capitalização e demais sociedades a essas equiparadas encontram-se, em princípio, submetidas à lei civil, com todas as vicissitudes da legislação civil.

A possibilidade de aplicação da lei falimentar às variadas situações de natureza civil, especialmente no campo da fraude objetiva para a tutela de créditos futuros, representa uma importante ferramenta de redução e controle de danos para os credores.

O fato de se poder conjugar o termo legal e o período suspeito da falência às situações que podem ultrapassar tais limites objetivos, em razão da intenção fraudulenta, somente somam no sentido de ampliação da tutela do crédito, sendo irrelevante a origem deste, se empresarial ou civil.

### 3.2.1 O termo legal e o período suspeito

A observação atenta da realidade pelos operadores do direito, notadamente no campo do direito falimentar, conduziu os legisladores a regular objetivamente um período antecedente particularmente importante no processo de falência: o período suspeito. Já cientes de um estado decadente, financeira e patrimonialmente, marcado pela insuficiência de recursos aptos à quitação das obrigações necessárias à manutenção da atividade normal da empresa, os empresários costumam realizar variadas operações que, nos mais das vezes, apenas precipitam a insolvência. Essas operações nem sempre são realizadas no intuito de prejudicar os credores do empresário, pela tentativa frustrada de manter a atividade econômica, mas contribuem decisivamente para que isso ocorra, na medida em que esvaziam definitivamente o patrimônio, já a esta altura comprometido com as dívidas comuns da atividade.

O estado de colapso patrimonial tem necessariamente um período de incubação no qual a atividade da empresa se desenvolve de modo mais ou menos anormal, período que desemboca em um estado de insolvência não declarada pelo empresário. Incidem nesse período os atos com os quais o devedor tenta sustentar as exaustas forças da empresa, ocultando-as e tentando aliviar o marasmo. (ABRÃO, 1980, p. 15).

Esse estado suspeito foi definido como um período no qual o empresário, com, ou sem, a intenção de esvaziar o patrimônio para prejudicar os credores, atuais ou futuros, efetivamente reduz seu patrimônio, dificultando a possibilidade de satisfação de créditos após decretada a falência do empresário insolvente. Já o termo legal é uma fixação objetiva de prazo inicial e prazo final, no qual os atos praticados pelo empresário são ineficazes, independentemente de qualquer outro elemento. Para a ineficácia dos atos realizados dentro desse período, é o suficiente que tais atos tenham sido praticados pelo empresário insolvente ou à sua ordem, sobre os bens que compõem o seu acervo patrimonial, inclusive os bens particulares.

Nesse sentido, a atual Lei de Falência e Recuperações brasileira, como já fazia as leis que a precederam, regulou o termo legal e o período suspeito, que, embora muito próximos, se distinguem basicamente pelo dado objetivo do prazo.

Segundo o artigo 99, inciso II, da lei falimentar, a sentença que decretar a falência fixará o termo legal em prazo não superior a noventa dias, que antecederem à data do pedido de falência ou de recuperação judicial, ou do primeiro protesto por falta de pagamento. A lei excluiu os demais protestos (por falta de aceite ou de devolução do título), bem como os protestos cancelados; nesses casos, os protestos não são aptos à incidência do termo legal.

Já no artigo 129, a lei falimentar dispõe de rol extenso de hipóteses de operações econômicas, muitas delas vinculadas ao termo legal definido no artigo 99, considerando-as ineficazes simplesmente por terem sido realizadas dentro desse lapso temporal. Trata-se de presunção absoluta, faz prova do fato presumido, excluindo qualquer outra prova em sentido contrário (CARVALHO DE MENDONÇA, 2005, p. 505).

Vale salientar que a ineficácia dos atos praticados além dos prazos apontados pode ainda ser reconhecida, mas agora em função da revocação originada na intenção maliciosa do devedor, em lesar seu credor, mediante fraude.

Em síntese, o período suspeito tem sido compreendido como aquele imediatamente anterior à decretação da falência, englobando situações que não se restringem ao termo legal, podendo superar a limitação objetiva do lapso temporal ali previamente definido para conduzir à ineficácia de atos e negócios, que reduzam ou esvaziem o patrimônio do empresário, em prejuízo da massa falida.

Por sua vez, o Código Civil não dispõe de artifícios semelhantes, de modo que decretada a insolvência do devedor civil, apenas a partir de então será possível declarar a ineficácia de atos ou negócios realizados em prejuízo dos credores já constituídos, pela fraude à execução.

A falência, enquanto instituto de direito empresarial, caracteriza o estado de insolvência do empresário de modo próprio, determinando a lei falimentar fatos certos e positivos, mas tal não acontece com o devedor civil, cuja insolvência somente se verifica faticamente, sem sinais legais exteriores, o que torna a insuficiência patrimonial em estado latente imperceptível (CARVALHO DE MENDONÇA, 2005, p. 120).

Certamente, muitas situações se encontram atualmente à margem da sanção jurídica, sob o fundamento de que: a) ou o ato praticado foi anterior à constituição do direito de crédito; b) ou anterior à ação de cobrança, de modo que efetivamente ficaria sem sanção alguma. Um sujeito de má-fé pode reduzir ou esvaziar seu patrimônio, sem ser incomodado pelos efeitos da lei civil ou da lei falimentar, alegando não ser empresário e com isso não seria alcançado pelos efeitos da lei falimentar e não estar submetido aos efeitos mais rigorosos desta lei, por ter praticado fraude objetiva antes da quebra.

Justamente para esses casos, tem sido necessária uma atenção específica da ciência jurídica, a fim de coibir a prática nefasta de atos fraudulentos praticados às brechas da lei. Se a fraude ao credor é cometida por devedor civil, antes da insolvência ou da constituição do direito de crédito, escapa à incidência da lei falimentar e do próprio Código Civil, mas é na Lei de Falência e Recuperações que pode ser encontrada uma possível solução à tutela do crédito, nessas condições.

### **3.3 O diálogo das fontes e o direito civil-constitucional: os métodos hermenêuticos de harmonização do direito privado**

Enquanto o Direito significou um sistema positivado, hermeticamente construído para solucionar conflitos interpessoais previamente ditados nas hipóteses legais, muitas questões foram afastadas do conhecimento jurídico e, com isso, muitas demandas deixaram de ser atendidas. A crítica a esse positivismo exacerbado, construída em torno da interpretação da lei, foi a pouco e pouco se desenvolvendo, de modo que passou a ocupar lugar de destaque no cenário jurídico.

O Direito moderno é fruto de uma ordem posta, que deve ser realizada através da interpretação. Para Josef Bleicher, a hermenêutica pode ser definida, em termos genéricos,

como a teoria ou filosofia da interpretação do sentido (1980, p. 13), mas ele também reconhece que, contemporaneamente, é possível distinguir três tendências para a hermenêutica: como teoria, como filosofia e como crítica.

A teoria hermenêutica se dedicaria à construção de uma teoria geral da interpretação, como propôs Emilio Betti (2007, *passim*), enquanto conhecimento relativamente objetivo; já a filosofia hermenêutica, seria dedicada ao meio de ponderação desse conhecimento objetivo. O confronto entre essas maneiras de pensar a hermenêutica se traduzem numa hermenêutica crítica, combinando uma abordagem metódica e objectiva com a procura do conhecimento prático relevante (BLEICHER, 1980, p. 17).

O uso da expressão hermenêutica, é tomada aqui como método de interpretação, como meio de compreender um fenômeno jurídico, com vistas para uma solução prática. De fato, para a realização dessa finalidade, são diversos os métodos de interpretação e complexas as operações propostas neles.

O diálogo das fontes, por exemplo, consiste em um método de interpretação do direito, pelo qual duas ou mais fontes normativas podem ser aplicadas sobre um mesmo dado, atendendo a três modos de harmonização: coerência dada pelos valores constitucionais e prevalência dos direitos humanos, complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais e adaptação ao sistema de novas leis nele inseridas (MARQUES, 2012, p. 31).

A tese de Erik Jayme (1996) acerca do diálogo entre fontes diversas teve origem na ideia de superação de leis revogáveis por outras leis, especialmente no âmbito do direito internacional, considerando a realidade europeia que se estabelece sobre constante tensão: a necessidade de união e harmonia entre os países e o respeito à soberania legislativa de cada um deles.

O conceito de complementaridade de fontes, e a tentativa de não desperdiçar no tempo ou no espaço alguma criação legislativa relevante, foi recepcionada no Brasil com certa cautela, encontrando no direito do consumidor a sua aplicação mais ampla, certamente em função do trabalho doutrinário desenvolvido nesse campo.

A expressão, contudo, não foi recebida sem alguma crítica, considerando que a lei não dialoga, mas deve ser harmonizada dentro do sistema em conformidade com o seu ordenamento:

A harmonização do direito é processo diferenciado e mais limitado que a unificação jurídica. A unificação completa pressupõe a conversão das comunidades de nações em verdadeira federação, com predomínio da união sobre as unidades federadas. A harmonização é mais indicada aos processos de integração que envolvem convivência de variados direitos nacionais, assim nas zonas de livre comércio como nos mercados comuns e comunidades confederativas.

A harmonização busca estabelecer princípios e normas gerais consensualmente adotados, convivendo com a legislação própria de cada país. A harmonização vai além do direito legislado; envolve, por exemplo, a jurisprudência dos tribunais, a construção doutrinária, a afirmação de pontos de vista comuns (LOBO, 2012, p. 45).

Não há precisão, igualmente, quanto à tradução da expressão utilizada pelo autor em relação ao correspondente diálogo referido, contudo se entende a pertinência na manutenção da expressão, com o intuito de não gerar maiores discrepâncias quanto à sua utilização, no modo em que a mesma foi acolhida<sup>34</sup>.

A pretensão do método hermenêutico de fontes legais é tentar superar a forma clássica de solução de conflitos de leis no tempo e no espaço, através da coordenação entre as leis, ao invés da anterioridade, hierarquia e especialidade, permitindo a convivência entre todas as leis através de um fio condutor, ou de um núcleo comum a todas, que é a Constituição Federal (MARQUES, 2012).

Nesse cenário, os valores constitucionais serviriam de vetor conformador entre as diversas fontes legais, possibilitando ao aplicador a conjugação de uma ou mais leis, que se complementariam para realizar a melhor solução ao caso dado. Obviamente, se o caso a ser decidido é de tal maneira pouco complexo, que pode ser solucionado mediante a aplicação simplista de determinada previsão normativa, não há razão para uma operação hermenêutica mais elaborada, como a que propõe Erik Jayme (1996).

Contudo, se o ordenamento jurídico dispõe de normas suficientes para uma adequada tutela do crédito, não há porque afastar a aplicação de determinada fonte, sob o argumento da especialização, pois sempre é possível encontrar nela um vetor funcional que permitirá a sua aplicação coordenada e harmoniosa.

O fato de ser possível a aplicação de uma lei, aparentemente estranha a determinada situação, pela operacionalização do método de complementaridade, como se pode supor no caso da lei falimentar nas hipóteses de fraude civil, certamente tende a conduzir à tutela ampla do crédito, na medida em que pode alcançar situações que a lei civil não alcançaria.

Com efeito, para que o magistrado esteja amparado em sua função julgadora, na aplicação da lei falimentar, às situações de fraude mediante atos ou negócios civis, é preciso que se tenha muito claramente quais são os elementos autorizadores dessa aplicação. Não se trata, portanto, de mera liberalidade do juiz, seja na escolha de sua aplicação, seja no modo de operacionalização.

---

<sup>34</sup>Tal é o que se vê nos julgados indicados: STJ, AgRg nos EREsp 938.607/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 14.04.2010; STJ, REsp 1.216.673/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Otávio de Noronha, j. em 02.06.2011.

O método preconizado por Erik Jayme (1996) é comumente visto como uma proposta de coordenação de fontes flexível e útil (MARQUES, 2012, p. 29), que não despreza nenhuma das fontes disponível no sistema, mas se utiliza delas sempre que o caso a ser decidido pode ser melhor solucionado. Essa proposta de trabalho é bem compatível com a do próprio direito civil-constitucional, ambos com o objetivo de atender às novas demandas da maneira mais adequada possível.

Classicamente, o direito foi dividido em duas grandes áreas de normatização: o direito público, afeto aos interesses estatais, e o direito privado, afeto aos interesses particulares. Pode-se dizer que a ideia remota desta delimitação, entre as esferas pública e privada, advém da distinção estabelecida pelos gregos (público: atuação política, participação política dos cidadãos; privado: atuação doméstica, intimidade, o que não interessava à atuação política). Com os romanos, houve uma sistematização dessas esferas pública e privada, deixando reservado àquela a organização política das cidades e a essa o direito das gentes (*jus civile*, para os cidadãos romanos; *jus gentium*, para os demais; e *jus naturale*, o direito natural).

Na época medieval, essa distinção é confusa, pois tudo se resume ao feudo, a nobreza toma tudo para si (riquezas, trabalho, propriedade), é uma apropriação do público e do privado. A reação esse estado de coisas é que dá origem ao Estado moderno, que procura distinguir claramente o que é público e o que é privado, num rigor que pretende afirmar o indivíduo perante o Estado. O reconhecimento e a convicção de direitos individuais, personalíssimos, são levados a uma sistematização própria, a dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, como modos de positivação.

A nomenclatura é o reflexo de uma perspectiva meramente política, que se pode adotar, a propósito do mesmo tema: a feliz constatação de que a proteção dada ao homem pelo direito, não se esgota na garantia mínima do direito à vida, à liberdade e à propriedade. Nesse sentido, direitos humanos são todos aqueles direitos de cunho universal, que é reconhecido a todo ser humano; direitos fundamentais são elencados em Cartas Políticas, por escolha do legislador constitucional, no mais das vezes, como reflexo extraído dos direitos humanos (daí haver em grande parte coincidência entre eles); e direitos de personalidade são aqueles intrínsecos ao homem, inatos, ubíquos (na linguagem ponteano) (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 7).

Há um refinamento dessas garantias, à medida que se vai tomando consciência de que o Estado deve ser garantidor da dimensão existencial do indivíduo, ao lado do próprio sujeito e de toda a sociedade. A evolução dos direitos de personalidade em primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração, bem os afirmam (LORENZETTI, 2005, p. 153-155).

Para confirmar essa dimensão existencial do indivíduo, supera-se o primeiro paradigma do direito civil clássico: ter e ser decorrem do mesmo sujeito, não existe dualidade entre sujeito e objeto; é reconhecido o valor unitário da pessoa. Ao mesmo tempo, procura-se romper com o formalismo jurídico exarcebado, através da escola pós-positivista, subdividida entre as teorias da ação comunicativa, de Jürgen Habermas (1999); dos sistemas, de Niklas Luhmann (2002); da argumentação jurídica, de Robert Alexy (2001); da circularidade, de Gadamer (1997), entre tantas outras (BLEICHER, 1980).

O resultado dessas tentativas de superação do positivismo exclusivo é a ideia de pluralismo como tentativa de afastar a interpretação jurídica unilateral, mas quase sempre ocorre um resquício daquilo que se pretende romper. Este fato vem sendo encarado na maior parte dos casos como uma morte para tais tentativas, todavia isso significa tão somente que há uma continuidade necessária do que se pretende superar, pois não é possível criar algo novo a partir do nada, do absoluto nada. A própria ideia de nada é absoluta e do nada, nada se cria.

Perlingieri (2008, p. 13) já reconhecia o fato de que todas as tentativas recentes são, em si, unilaterais: o substancialismo, o sociologismo, o pragmatismo, o politicismo. A visão crítica do direito civil clássico é construtiva, mas ela não nasce em si mesma e não se pretende reconstruir o direito civil a partir de um nada, de um rompimento com todo o seu extenso passado milenar.

Assim, a proposta do direito civil-constitucional de estabelecer uma releitura do direito civil clássico não é de longe o rompimento com suas origens, muito ao contrário é uma reestrutura deste ramo, sob pilares pós-positivistas.

Como já dito alhures, o papel do Estado legislador autossuficiente não foi completamente exitoso em nenhum momento da história do direito, razão porque sempre se lançou mão dos recursos extraordinários, como princípios, costumes, usos. A lei jamais conseguiu ser ela mesma os pontos de partida e de chegada para a aplicação hermenêutica do direito. O que se reconhece hoje, francamente, é essa realidade. E a tentativa que se busca, em certo sentido, é uma resposta possível a essa inquietação.

É preciso reconhecer, com certa tranquilidade, que não se trata de fórmulas prontas ou definitivas para a superação das dificuldades e complexidades, que permeiam os conflitos na vida contemporânea, razão porque as experiências podem, sim, em muito, colaborar com as saídas viáveis de superação desses conflitos. Essa é uma constatação da mitigação de um segundo paradigma: o do formalismo absoluto.

Num contexto assim delimitado, o papel do legislador é, no mais das vezes, usurpado pelo ativismo judicial. Claro, está se falando de interpretação e aplicação do

direito, e o juiz passa a ocupar o lugar central da criação do direito. O deslocamento da figura final a criar o direito é a superação de um terceiro paradigma, em relação ao direito civil clássico: o de que o Código Civil deve ser bastante em si mesmo para resolver todas as questões do direito privado entre particulares. Essa constatação vai desembocar no reconhecimento de que não basta uma releitura do velho direito e novas formas de legislação ordinária, mas também se faz necessária a aplicação direta dos grandes enunciados constitucionais (PERLINGIERI, 2008, p. 35).

Em síntese, os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, concebida como consequência da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre as legislações, e as codificações em particular, concernem a: 1) natureza normativa da Constituição (princípio da legalidade); 2) complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo das fontes do direito, em tentativa clara de evitar o distanciamento entre microssistemas, como os diversos Estatutos (Criança e Adolescente, Idoso, Consumidor, etc.); e 3) renovação da teoria da interpretação jurídica, fundada no respeito à hierarquia das fontes e dos valores, em uma acessão necessariamente sistemática e axiológica (PERLINGIERI, 2007a).

O controle de legitimidade não é meramente formal (procedimental), mas é, sobretudo, conteudista e não deve recair apenas sobre a lei, mas sobre todas as expressões da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa (PERLINGIERI, 2007a).

Por fim, conclui Pietro Perlingieri, que o desiderato de construir o Direito Civil-Constitucional traz como elementos necessários: a) a compreensão do fenômeno jurídico como um todo unitário; b) a manutenção de um controle permanente de conformidade da lei à Constituição; c) a adequação das técnicas e as noções de valores primários, evitando tomar como válidas a prática oficial e as interpretações correntes; d) a adoção, como parâmetro privilegiado, dos valores inseridos na Constituição; e) o respeito a este novo critério hermenêutico, através do balanceamento dos interesses e dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação, da subsidiariedade; f) por fim, a formação de um conjunto de juristas adequadamente preparados, capazes de construir uma jurisprudência atenta às consequências das decisões.

Sem dúvida, essa estrutura parece mais adequada para atender ao estado de coisas em que se encontra o direito civil brasileiro atual. Historicamente, o Código Civil ocupou o centro do ordenamento jurídico nas relações civis, em decorrência da cultura individualista e voluntarista da época (século XIX), o que levava o legislador de então a se colocar de forma onipotente, diante das relações subjetivas privadas. Não obstante, percebeu-se bem cedo a

insuficiência do regramento centralizado, impulsionando o avanço de um movimento legislativo paralelo: as leis ordinárias, inicialmente complementares e emergenciais, que migraram para verdadeiras minicodificações, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, e, mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros. Assim, tornou-se o Código Civil uma norma de direito comum, restando às leis extravagantes o conteúdo de direito especializado, reforçado pela Constituição Federal, de 1988 (TEPEDINO, 2000, p. 327-330).

Para contornar as dificuldades oriundas de uma pluralidade normativa de tal porte, uma saída é se valer dos princípios constitucionais como reunificadores do sistema interpretativo (TEPEDINO, 2000, p. 333). O método de interpretação civil-constitucionalista é de raiz pragmatista, pois na filosofia pragmatista não há valorização de dados apriorísticos, muito ao contrário, seu interesse recai sobre a realidade, sobre os fatos da vida, e sobre as consequências das decisões para o futuro, levando em conta a experiência do passado. O direito civil-constitucional, como resposta a uma teoria clássica, que remonta à Antiguidade, tem se voltado para a realidade dos fatos e proposto soluções para *hard cases* emblemáticos, a partir da contextualização e do consequencialismo nas decisões tomadas. Há um afastamento estratégico das interpretações correntes.

Se for traçado um paralelo entre o direito civil-constitucional e o pragmatismo, serão encontrados vários indícios de õparentalidadeö. Por exemplo, o pragmatismo rechaça o dualismo. O direito civil-constitucional pretende o mesmo, ao superar o dualismo entre o sujeito e o objeto, passando a considerar o objeto como parte da dimensão humana; assim, a propriedade não está à parte do homem, compõe também a sua dimensão patrimonial e extrapatrimonial. O homem é visto unitariamente em suas necessidades. O juiz pragmatista faz o direito, não o encontra. Tal é a proposta do direito civil-constitucional, a de que o juiz faça o direito, a partir da principiologia e dos valores constitucionais, não se subsumindo à norma ordinária, mas aplicando diretamente a Constituição, sempre que necessário.

O método pragmatista não se satisfaz através de uma mera observação da realidade, mas pela busca de uma utilidade nessa observação, no sentido de não ser simplesmente uma resposta idealista a um dado pesquisado, pois assim não se teria alcançado nenhuma finalidade prática, útil. O direito civil-constitucional propõe novos contornos civilísticos, observados a partir das necessidades humanas práticas, não propõe uma teoria esgotada em si mesma, ideal, mas busca de fato uma utilidade real.

É também característica do método pragmatista propor o alcance de sua finalidade por uma interação necessária entre as variadas disciplinas (sociologia, economia, política,

psicologia, direito, pedagogia, entre outras), como também faz o direito civil-constitucional, utilizando-se da interdisciplinaridade, inicialmente entre os diversos ramos do direito, mas também entre o direito e outros sistemas, como o social, o político, o econômico, etc., para auxiliar na construção de teses novas.

Não há como compreender o fenômeno jurídico dissociado do entorno de uma realidade complexa, de forma isolada e distanciada, pois corre-se o risco de se obter uma visão simplesmente parcial e insuficiente, quando não distorcida ou enganosa.

O direito civil-constitucional, enquanto método, reconhece o pluralismo e a importância da análise dos fatos, privilegiando a supremacia da realidade; é consequencialista, na medida em que o operador do direito, especialmente o juiz, decide com base nas consequências que tal decisão importará no futuro; rompe com o dualismo do ter e do ser como valores do homem e reposiciona este como epicentro do direito, personalizando-o, ao declarar que o ter e o ser emanam de uma realidade única, são dimensões do mesmo homem; reconhece na experiência o método de construção do direito numa contínua elaboração e reelaboração de suas hipóteses e teses, nunca abandonando o passado, mas construindo algo novo a partir do conhecido; enfim, não descarta as contribuições oferecidas pelos mais variados métodos e técnicas oferecidas pelas variadas escolas filosóficas do direito, extraindo de cada uma delas algo que colabore com a busca dos resultados desejados.

Como já bem disse William James (2006, p. 47), as teorias, assim, tornam-se instrumentos, e não respostas aos enigmas, sobre os quais podemos descansar, pois, a constatação da necessidade de superação do racionalismo puro e do formalismo absoluto impulsionou a percepção de uma outra dimensão, talvez mais completa, em que nada é rejeitado.

Em razão disso, a filosofia pragmatista é mediadora e reconciliadora, não tem preconceitos ou dogmas obstrutivos, nem se erige sobre cânones rígidos (JAMES, 2006, p. 60), não ignora nenhum dos métodos já aplicados ao fenômeno jurídico, muito pelo contrário, é agregador e pluralista.

Diante de tudo isso, é possível afirmar que no alto positivismo, o papel da doutrina era absolutamente secundário. A ideia de que o ordenamento jurídico seria capaz de resolver todas as demandas da realidade, por mera subsunção de suas regras, encontra-se superada há algumas décadas.

O fato da lacuna ser um dado inafastável à tarefa humana de ditar as regras, como emanção da sua natureza limitada ao conhecimento de todas as coisas, em todo lugar e a qualquer tempo, apenas conduz à constatação de que todo ordenamento normalmente se

encontra aquém da realidade. Assim, a tarefa de dizer o direito está, no mais das vezes, atrasada. Daí a necessidade de um modelo de sistema jurídico capacitado a diminuir esse atraso.

Inspirados por esses ideais de virtude, os operadores do direito encontram no diálogo das fontes e no direito civil-constitucional os métodos de aplicação das leis que comungam igualmente desses valores pragmatistas. Ambos não ignoram a complexidade da realidade, assumem a multiplicidade de escolhas e apontam como vetor de operacionalidade a solução mais adequada para a realização das necessidades individuais e coletivas, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e o que isso representa no desdobramento da ampla tutela.

No caso do direito de crédito, não restam dúvidas acerca da importância de sua função na sociedade contemporânea, especialmente como meio de aquisição e conservação da dimensão material do ser humano.

Como método de aplicação convergente das variadas fontes legislativas, o diálogo propõe a coerência fornecida pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais; e a necessidade de adaptação do sistema às novas leis nele inseridas, como meios de superação dos critérios clássicos que eram hierarquia, especialidade e anterioridade (MARQUES, 2012, p. 30-31).

Ao final, é possível reconhecer que a principal justificativa para a adoção dessa teoria reside na sua funcionalidade, posto que, diante da complexidade legislativa atual, o diálogo das fontes destina-se a harmonizar e coordenar as normas do ordenamento jurídico (ROCHA, 2013). Essa função harmonizadora é a característica marcante e diferenciadora desse método interpretativo, que não se confunde com os métodos analógico ou extensivo.

De fato, o problema da aplicação da lei falimentar brasileira aos casos de fraude civil, pode ser seguramente realizado, quando afirmada a premissa da tutela do crédito como vetor da conformação constitucional, pelo reconhecimento da dimensão humana em sua integralidade, na qual o patrimônio é extensão do próprio ser e, por isso, deve ser amplamente tutelado, servindo a lei especial de falência de complementação às eventuais lacunas da lei civil.

### 3.3.1 O método sistemático de complementaridade

Como já foi visto, o direito civil-constitucional, ele mesmo como método de interpretação e aplicação do direito civil, está estabelecido sobre a noção de sistema

harmonioso, no qual a Constituição Federal figura como norma central, em torno da qual se situam as demais normas ordinárias, como o Código Civil, na função de conformação geral dos textos normativos.

Nesse sentido, o método de complementaridade das fontes legais se apresenta como um recurso a mais, naturalmente compatível com a natureza do próprio direito civil-constitucional, na tarefa de harmonizar o direito e permitir soluções imediatas a conflitos já instalados, sem necessidade de esperar uma construção de lei nova.

Vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu não haver nenhum impedimento para fundamentar uma decisão judicial em dispositivos próprios de uma lei já revogada, em razão dos princípios *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*<sup>35</sup>, pelos quais o julgador não se encontra adstrito ao direito invocado pela parte, podendo aplicar norma jurídica diversa (AgRg no REsp 870624/SC, 4ª Turma, Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, j. em 05.03.2013).

O problema é definir os pontos de partida e os critérios que devem ser adotados para fundamentar a decisão judicial, de modo a não configurar mera arbitrariedade. No caso acima indicado, por exemplo, o fundamento para aplicação de lei revogada em detrimento da lei em vigor, não estabeleceu as premissas que justificam essa medida. O voto se limitou a fundamentar a decisão quanto ao papel do julgador, que não se esgota na estreita via do pleito, podendo o juiz escolher a lei a ser aplicada.

Com efeito, a possibilidade de decidir prontamente uma demanda judicial, que envolva fraude cometida antes da constituição da relação negocial de natureza civil a ser lesada, sem a escusa de que tal hipótese não esteja prevista em lei, mostra-se importante e salutar para a consolidação da função jurídica.

A questão, ainda, é delimitar se a fraude contra credores futuros em direito civil corresponde a uma lacuna legal, real ou aparente. Conforme se dê a lacuna real, em razão das modificações sociais que tornaram a lei obsoleta, ou a lacuna aparente, como plano do legislador civil, que não vislumbra a existência de fraude antes da constituição da relação obrigacional.

Essa questão é importante porque, conforme se trate de uma ou outra, a solução demandaria abordagens distintas. Para o preenchimento de lacuna ideológica é necessária uma lei nova, uma vez que a escolha do legislador se deu em razão de valores selecionados em

---

<sup>35</sup>A respeito dessa noção de princípios utilizada pelo tribunal brasileiro, pode-se invocar crítica interessante de Nelson Saldanha, para quem esse recurso é uma necessidade, sentida pelos publicistas, de tratar como princípios certas alegações políticas ocorridas dentro dos movimentos contemporâneos, seja por inclinações ideológicas, seja por motivações políticas (2012, p. 489).

determinado momento e lugar. No caso da lacuna real, a superação pode se dar através das normas do próprio ordenamento (DANTAS: MALFATTI; CAMARGO, 2005, p. 37).

Depois de analisada a fraude contra credores na lei civil brasileira, ficou clara a opção do legislador ao estabelecer a anterioridade do crédito como pré-requisito de configuração da própria fraude. Assim, segundo o conceito legal, não se concebe fraude sem que a relação obrigacional tenha se estabelecido previamente entre os contratantes.

Ficou evidenciado que a elaboração da lei civil brasileira de 1916, que serviu de base para a lei civil de 2002, não tinha refletido o desenvolvimento da doutrina no plano da eficácia dos negócios e, por isso, se justificou em torno do plano da validade. As leis mais recentes, como a italiana (ITÁLIA, 2015), a portuguesa (PORTUGAL, 2015) e a argentina (ARGENTINA, 2014), já referidas, seguindo orientação doutrinária e tendência mais moderna, preferiram situar a fraude no plano da eficácia dos negócios.

O fato da fraude operar no plano da eficácia permite a dissociação do ato fraudulento de ilícitos prévios, de modo que um negócio, mesmo lícito, pode ser considerado ineficaz, se, estando relacionado ou conexo com outro negócio, vier a ser a causa do incumprimento deste. Essa ineficácia pode ser resultante de situações deliberadamente ajustadas para essa finalidade lesiva, ou não; de outra parte, não inviabiliza a invalidação debatida em sede da própria ação pauliana, quando suscitados defeitos dos negócios jurídicos.

A orientação pela ineficácia dos atos praticados em fraude, e que se dão sem o recurso da má-fé específica, é o de garantir a possibilidade de cumprimento de determinada relação obrigacional, prejudicada por atos prévios e conexos, que esvaziam o patrimônio do futuro devedor, contribuindo para a inadimplência, cuja impossibilidade de execução encontra amparo na anterioridade do crédito como óbice às medidas conservativas ou de responsabilização.

Não se pode olvidar que a noção de obrigação como conceito estrito de vínculo entre devedor e credor tenha contribuído decisivamente para a manutenção desse estado de coisas, uma vez que a doutrina civilista tinha já consolidado amplamente a teoria do direito subjetivo como resultado da relação jurídica, de modo que o direito de crédito apenas tem lugar após a efetiva constituição da relação e somente depois disso se pode falar em deveres obrigacionais.

O conceito de obrigação alargado em razão do reconhecimento de uma relação obrigacional estabelecida por atos complexos e complementares, que se entrelaçam para a finalidade comum dos partícipes, que se devem cooperação do princípio ao fim, foi que permitiu a identificação de deveres prévios em razão de uma boa-fé exigível de ambos os futuros contratantes.

Essa constatação mais recente revelou uma lacuna para o direito civil, de modo que não se pode mais ignorar que as situações ocorridas na fase anterior à conclusão do negócio podem gerar efeitos jurídicos. Obviamente, deve-se lembrar que a ideia de lacuna no ordenamento é discutível, quando considerado no seu todo. Como bem já apontou Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 180), a lacuna é um conceito relacional, uma inadequação em relação a alguma coisa, talvez até pela própria ideia de direito e de sua pluridimensionalidade. Diante disso, a lacuna deve ser considerada como uma decorrência natural do sistema e por isso é apenas aparente (FERRAZ JR., 1977, p. 33).

Assim, no caso em estudo, a lacuna existe apenas quando destacado o direito civil do ordenamento, pois uma vez considerado no seu todo, o fato da lei falimentar dispor de instrumentos hábeis à solução da questão, afasta a ideia de lacuna. Assim, quando se tratar de lacuna, entenda-se esta de modo relacional, cuja superação se dá mediante operação hermenêutica.

Como se está a demonstrar, o recurso da harmonização das fontes legais como método hermenêutico do direito não decorre de uma escolha do intérprete, mas de uma insuficiência atribuída ao mundo dos fatos, que caracteriza a ausência de uma norma para solucionar determinado caso (MIRAGEM, 2012, p. 84).

Evidentemente, se o caso não é de fraude cometida antes da constituição do crédito a ser tutelado, não há porque aplicar o método de interpretação integrativo pelo recurso à lei falimentar, pois o Código Civil pode ser aplicado normalmente. A consequência da fraude poderia igualmente ensejar uma operação de harmonização das fontes legais, mas agora já em função da lei processual, e especialmente pelo Código de Processo Civil, de 2015, que dispõe da ineficácia dos atos praticados em fraude.

Para que isso ocorra, é suficiente compreender que as leis não se excluem por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas se complementam principalmente por possuírem campos de aplicação convergentes (ROCHA, 2013), pois mesmo diferentes, convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado (MARQUES, 2004, p. 43-44), especialmente em função de parâmetros constitucionais balizadores dessa tarefa.

No caso da fraude contra credores, o critério balizador de aplicação da lei falimentar a todos os casos de insolvência civil se dá pela funcionalização social do crédito, de modo que diretamente, o que se pretende é a tutela do crédito e, indiretamente, a satisfação do credor. Até porque a ineficácia do ato pode não ser permanente, podendo o réu na ação revocatória reverter a decisão judicial de deseficacização, uma vez aceitos os seus argumentos de defesa, especialmente quando se tratar de antecipação de tutela.

Por outro lado, nas hipóteses de declaração de ineficácia, especialmente por decretação de ofício, pode o réu se utilizar do agravo de instrumento ou do mandado de segurança, como meio de restaurar a eficácia do ato impugnado. Obviamente, a presunção absoluta que emerge do rol taxativo do artigo 129, da Lei de Falência e Recuperações, não pode ser atacada em seu mérito, cabendo recurso apenas em casos restritos, como dúvidas em relação à data do ato ou à titularidade do bem objeto da negociação sob exame, ou ainda qualquer outra questão que não tenha sido apreciada na decisão e que esteja apta a reverter a situação.

Não é demais lembrar que a ineficácia, aqui, não decorre da invalidade, de modo que nada impede nova ação, simultânea ou sucessiva, acerca da invalidade do ato ou do negócio realizado em fraude contra credores. Não se configura a litispendência, por se tratar de causas diversas e consequências distintas. Para tanto, se a questão é de invalidade, nada obsta o manejo da ação pauliana ou de declaração de nulidade.

Em relação à aplicação do rol taxativo da lei falimentar aos casos de fraude civil, deve-se registrar que a doutrina e a jurisprudência convergem quanto à impossibilidade de interpretação analógica ou extensiva. Sob o argumento de que o rol exaustivo deve ser aplicado rigorosamente nos termos da legislação, veda-se ao operador do direito a realização de interpretação inovadora para atender à estrita legalidade<sup>36</sup>.

Isso não significa, contudo, que não pode o julgador aplicar a lei falimentar aos não empresários, nem considerar ineficaz o negócio fraudulento, nem ainda deixar de aproveitar a previsão legal da fraude objetiva para as situações de fraude civil, pelo método de interpretação analógica ou extensiva da lei. A vedação aqui é quanto à inovação do próprio rol, ou seja, não pode o julgador construir novas situações que podem configurar fraude contra credores, criando figuras para um rol taxativo de natureza legalista.

É de bom alvitre que se tenha em mente que os métodos de interpretação analógica ou extensiva não se confundem com o método de integração por analogia. A diferença está no fato de que o método de interpretação da lei é meio de desvendar o sentido e o alcance da norma, enquanto a integração por analogia é criação de norma em razão da lacuna legislativa (STJ, REsp 121.428/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 01.06.2004).

O que se denomina diálogo das fontes não tem sido considerado método de interpretação legislativa analógica ou extensiva, mas como modalidade diversa, que não se confunde com aqueles. Em determinadas situações, o recurso de harmonização das leis tem se

---

<sup>36</sup>Quando a lista é exaustiva e taxativa, o Tribunal Superior de Justiça não tem admitido a interpretação analógica, a fim de evitar a aplicação das hipóteses de incidência diversas das elencadas expressamente: STJ, REsp 650.032/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 23.11.2004; AgRg no Ag 622.984/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 07.04.2005.

mostrado um método razoável para uma decisão mais adequada<sup>37</sup>, sabendo-se que as fontes do direito têm naturezas distintas:

Uma das características da visualização de uma pluralidade de fontes é considerar além da lei no seu sentido mais lato, com ênfase na Constituição da República, os princípios, a jurisprudência, as decisões judiciais projetadas nos acórdãos dos Tribunais ó a doutrina, os costumes, os contratos, o poder normativo dos grupos sociais, as decisões oriundas da negociação, mediação e arbitragem, as normas internacionais como o òdireito de produçãoo e a Lex mercatoria, os Tratados e Convenções Internacionais, costumes internacionais e os princípios gerais do Direito Internacional. Esse conjunto é que se deverá considerar como expressão õFontes do Direitoö e é nele que se deverá potencializar o diálogo (ENGELMANN, 2010, p. 295).

Trata-se de uma técnica hermenêutica de õaplicação simultânea e coordenada das diferentes fontes legislativas (leis especiais e leis gerais, de origem nacional e internacional)õ (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014, p. 143), que não se encontra restrita no país ao direito consumerista. Embora tenha sido inaugurada com a aplicação do método em questões afetas ao campo das relações de consumo, talvez mesmo em razão da obra de Cláudia Lima Marques,<sup>38</sup> o diálogo das fontes se mantém com o objetivo de harmonizar um sistema, que, por alguma razão, encontra-se em desarmonia, não importando aqui o ramo do direito que necessita dessa conformação.

Nunca é demais lembrar que é corolário da própria ideia de sistematização a manutenção harmoniosa dos seus variados componentes, do contrário não se poderia falar em sistema. Nas palavras de Nelson Saldanha (1992, p. 300), õao fenômeno ordem, e à atuação das formas de ordem, compete correlacionar o seu complemento, que é o componente hermenêuticoö, de modo que para ele o Direito é uma variável e especial conjugação de ordem e hermenêutica.

De todo modo, como já referido, o recurso à operação hermenêutica aqui não se trata de inovação ao rol de atos predefinidos na lei falimentar como fraude, mas da aplicação do mesmo rol àqueles que não são, em princípio, enquadrados legalmente como empresários.

A convergência que se busca na aplicação da lei falimentar à fraude civil, especialmente nos casos de fraude objetiva, está lastreada na tutela do crédito. Os campos de realização, embora aparentemente diferentes, guardam mais proximidade do que distanciamento, pois têm em comum o fato de se tratar de fraude ao credor. Neste sentido, não

---

<sup>37</sup> Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da Lei de Falência e Recuperações à liquidação de instituição financeira não é impossível, diante da possibilidade de aplicação subsidiária como meio de harmonização sistemática, desde que não haja colisões com os preceitos da Lei 6.024/75 (STJ, REsp 459.352/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 23.10.2012).

<sup>38</sup>Ver item 3.2.

importa a qualidade do credor, mas a importância de garantia do crédito, como já afirmado alhures.

O diálogo sistemático de complementaridade das fontes legais se consolida na aplicação adequada e ponderada da alguma das situações previstas no artigo 129, da lei falimentar, às hipóteses de fraude civil contra credores, atuais ou futuros, na realização dos princípios constitucionais pela equalização das fontes ordinárias.

Se confrontado o Código Civil, de 2002, em face da Lei de Falência e Recuperações e do Código de Processo Civil, de 2015, será possível identificar o elemento uniformizador da unidade sistemática do tratamento à fraude contra credores. As demais leis nacionais, em consonância com outras leis estrangeiras, seguem a tendência da ineficácia dos atos praticados em fraude, pelos motivos já expostos nesta pesquisa<sup>39</sup>.

Não é necessário recorrer à unificação do direito privado, quanto à supressão de um direito civil e de um direito empresarial, enquanto ramos jurídicos, para alcançar uma aplicação harmônica de legislações que tratam do mesmo tema, como ocorre com a fraude contra credores. É suficiente que essa harmonização se dê pela unificação do vetor de conformação constitucional das múltiplas fontes legais, preservando a pluralidade dos agentes negociais. Apesar disso, foi opção do legislador brasileiro a unificação do conceito de obrigação civil e empresária. Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 40), o que se deu foi uma escolha subjetiva pela definição de obrigação civil e empresária, conforme o papel do agente comercial, em dado momento e contexto relacional, a fim de definir a legislação aplicável, em regime de exclusividade ou complementaridade das fontes.

Não há, portanto, impossibilidade jurídica pela aplicação da lei civil ou da lei falimentar, com exclusividade ou de modo complementar, aos casos de fraude civil, seja subjetiva, seja objetiva, se observados os critérios de aplicação de harmonização sistemática.

De fato, a realização do método sistemático de complementaridade de leis não poderia alcançar seu desiderato sem a figura central dessa operação, que é o julgador. Nesse cenário, o órgão judicante assume papel de destaque e realiza a sua mais pura missão, que é decidir um conflito em conformidade com o rigor da justiça.

Não se pode perder de vista que, efetivamente, toda a tutela do crédito está afirmada na sua característica patrimonial, contudo tal proteção significa a proteção do próprio sujeito. Neste sentido, não se pode afastar a ideia de que a tutela de um é também a tutela do outro. A mudança de paradigma se dá pela perspectiva do crédito a ser tutelado, independentemente da

---

<sup>39</sup>Ver Capítulo 2.

qualidade subjetiva do titular. Ao se considerar a dinâmica das relações econômicas, que não se encerram no interesse individual, mas no interesse coletivo que emerge da constatação de que as relações econômicas se desenvolvem em cadeia, tocando-se muitas vezes por via reflexa ou indireta, percebe-se que mais importante do que concentrar esforços na garantia de realização de um credor, é garantir a realização do crédito, que por sua vez garante todas as relações diretas e indiretas, conexas ou reflexas.

Obviamente, é preciso compreender todo o sistema de institutos e figuras jurídicas que buscam tutelar as relações obrigacionais. Sabe-se que a fraude contra credores é apenas um deles, porém a recepção da fraude contra credores futuros no sistema geral do direito civil representa grande avanço nessa construção, como também a possibilidade de aplicação da fraude objetiva, dentro dos limites de harmonização legislativa.

O exercício da autonomia privada e da liberdade de constituir e movimentar bens que compõem o acervo patrimonial não podem ser considerados, no mesmo momento, como lícito e ilícito. Isso contraria a própria definição de lícito e ilícito, como bem já observou Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 202):

E assim é porque uma coisa é o direito e outra o seu exercício, visto que, encarado do ponto de vista existencial e funcional, o direito subjetivo pode ser desdobrado em dois momentos distintos: o da constituição e o do exercício.

O primeiro induz a ideia de existência e eficácia, tendo por elemento gerador fato jurídico e lícito, capaz de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Ser titular de um direito, portanto, é encontrar-se na posição de sujeito ativo da relação jurídica que deu origem a um direito subjetivo.

O segundo momento (do exercício ou da execução) induz a ideia de exigibilidade, consistindo na adoção, por parte do titular de um determinado direito, de uma conduta ou postura destinada a tornar efetivos os efeitos que lhe são próprios. O exercício de um direito, portanto, é um fato, um acontecimento do mundo exterior, uma conduta humana, daí a observação de que o poder que caracteriza o direito é de natureza abstrata, sendo de natureza concreta o poder inerente ao seu exercício.

Sabe-se que a doutrina identificou os denominados danos lícitos, como aqueles que decorrem de atos sem culpa, mas que podem resultar em responsabilidade civil. Para fins de compensação e reparação do dano, lançou-se a ideia de que, mesmo diante de circunstâncias alheias à vontade do agente, se o dano ocorrer, este deverá ser reparado.

Observe-se, porém, que isso está definido de modo estrito na reparação do dano, não havendo porque penalizar o agente. Não se trata de uma sanção ao sujeito, pois este de fato não pode ser penalizado por algo que fez conforme a lei. O critério utilizado é tão somente o de reparar o dano e recompor a esfera atingida da vítima, sem adentrar nas questões subjetivas do agente.

Se um dia foi necessária a atuação destacada do julgador, como sujeito ativo da criação de um direito novo, para atribuir responsabilidade àquele que, pela lei, não poderia ser alcançado, novamente há de se apelar para esta função criadora.

Obviamente, não se pretende analisar a teoria da argumentação e seus ilustres expoentes, mas o fato de ser referida aqui a atividade judicial através da argumentação jurídica, justifica-se apenas para reconhecer sua condição de verdadeira fonte de direito.

Há algum tempo, começou-se a perceber um movimento proativo do Poder Judiciário brasileiro, notadamente nas últimas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de temas originários de lacunas legislativas importantes para a vida de muitos cidadãos, como a constitucionalidade das uniões homoafetivas, a possibilidade de utilização de embriões excedentários em pesquisas de células-tronco, a permissão constitucional para a interrupção de gestação de fetos anencéfalos, e isso só para citar algumas, de largo conhecimento no mundo jurídico.

Essa atuação proativa, que tem sua raiz na jurisprudência norte-americana (BARROSO, 2015, p. 7), ficou conhecida como ativismo judicial, e não deve ser confundida com um outro fenômeno denominado de judicialização.

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. (BARROSO, 2015, p. 17).

O sistema jurídico que adota a lei como fonte prevalecente, pode ser refratário a um ativismo judicial, que se afaste de uma função meramente integrativa, para se configurar numa função verdadeiramente legislativa, ferindo a tripartição de poderes e se insurgindo ao sistema classicamente adotado.

A Constituição Federal é considerada de natureza principiológica, porém isso não invalida o fato de que a lei é o ponto de partida da operação jurídica. Justamente por isso é que o magistrado, embora autorizado a integrar o direito com sua decisão como norma individual, não pode decidir para todos impondo comportamentos gerais, mesmo que na ausência legal.

O que se define como precariedade de um direito assim construído está assentado em bases materiais. O poder decisório não se confunde com o poder legislativo. O fato de se criar

norma individual pela decisão judicial é em si esta confirmação. E isso é assim, porque se adotou a função tripartite dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A função do julgador, no sistema positivado, é interpretar a lei e os princípios, aplicando-os aos casos concretos. Não deve o julgador se afastar da lei a ponto de perdê-la de vista. O desafio dos novos tempos é, de fato, manter em equilíbrio a necessidade de atualização do sistema ó independentemente de novas leis ó e a segurança jurídica, quanto à definição dos critérios metodológicos da hermenêutica.

Luís Roberto Barroso (2015, p.10-17) registra que o ativismo judicial e a judicialização devem ser provisórios e se justificam em determinadas épocas históricas, mas como fenômenos permanentes podem ser mais prejudiciais do que benéficos, em razão do risco da ilegitimidade democrática, da politização indevida da justiça e das limitações da capacidade institucional do Judiciário.

De fato, não se pode ignorar que, em períodos específicos de grandes mudanças sociais, a lei não consiga acompanhar um acelerado desenvolvimento com a desenvoltura esperada, restando ao Estado-juiz suprir as necessidades emergentes através de decisões judiciais. Contudo, esse não pode ser um estado permanente de atuação.

Sobre essa questão da função julgadora-legislativa, já se pronunciou Pietro Perlingieri (2011, p. 250), cujos ensinamentos entendeu-se importante reproduzir:

Se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto segundo a própria visão do mundo, desconsiderando o Parlamento e o Executivo, não haveria motivo para o primeiro fazer as leis, para o segundo emanar regulamentos ou outras medidas que tenham força de lei. O juiz é, sim, autônomo em relação ao poder Executivo, mas é submetido à lei, ainda que apenas a ela.

Para Emilio Betti (2007, p. LXVII), o jurista deve interpretar o conjunto do ordenamento jurídico de modo dinâmico, e não estático; como um organismo vivo e operante, que, ao se relacionar com a realidade, é capaz de se autointegrar, com uma coerência racional e conforme as exigências supervenientes da vida. Considerando assim, o ordenamento comporta, em si mesmo, os elementos necessários para a superação das limitações interpretativas sugeridas em determinado momento histórico, bastando para isso que o intérprete resgate esses elementos e os reorganize nos termos de uma aplicação atualizada.

No caso em análise, trata-se de definir o que se pode compreender como atos fraudulentos e atos não fraudulentos, que se voltam à frustração do crédito. A indicação de um rol de condutas, seja exemplificativo ou taxativo, é necessária sempre, pois a partir dele o magistrado está diante de parâmetros a serem seguidos.

A ausência total desses parâmetros, que leva à necessidade de uma decisão de natureza normativa absoluta, traduz uma solução precária. Uma decisão tomada casuisticamente pode levar a outras decisões casuísticas, baseadas em falsas premissas de similitude. Aqui, contudo, não se trata disso.

No caso da fraude contra credores, subjetiva ou objetiva, dispõe o direito brasileiro de instrumentais jurídicos que se somam para tutelar o crédito. Tal é o que se vê na aplicação dos princípios da boa-fé, da função social e da garantia geral, bem como na desconsideração da pessoa jurídica tradicional e na sua versão inversa, bem como pela invalidade relativa dos atos e negócios praticados na prodigalidade, nos defeitos dos negócios jurídicos e, mais ainda, pela aplicação sistemática da Lei de Falência e Recuperações às situações jurídicas de natureza civil.

Nesses casos, é bom observar que há sempre uma base legal, a partir da qual são abertas novas perspectivas hermenêuticas.

Assim, a declaração de ineficácia de atos ou negócios, que venham a reduzir o patrimônio do devedor em flagrante violação do princípio da garantia geral, independentemente de seu conhecimento prévio do estado de insolvência, ou de ser reduzido a este em razão daqueles, pode se dar em qualquer processo, no qual se vislumbre a inexecução de uma obrigação por insuficiência de bens do devedor, não estando adstrito apenas ao processo de insolvência.

Por sua vez, uma vez decretada a insolvência civil, o juízo adquire a condição de universalidade, passando a ser competente para julgar todas as ações em que o insolvente seja réu, excetuadas aquelas que decorram de competência absoluta.

### **3.4 A função social das relações obrigacionais como vetor do diálogo das fontes**

A propriedade é expressão que traduz uma multiplicidade de significados, seja de ordem política, econômica, social ou jurídica. O direito de propriedade foi especialmente protegido pelas Constituições ocidentais modernas como resposta ao poder absoluto dos monarcas, que eram senhores feudais de todas as terras e, por isso mesmo, não permitindo livre acesso dos seus súditos à propriedade particular. Assim, cuidou-se de consolidar um direito absoluto, cuja fórmula de cunho liberal e irrestrito permitia o particular de se defender contra qualquer ato que colocasse em risco algum dos atributos da propriedade (usar, fruir e dispor), inclusive o e, sobretudo o em face do Estado.

Essa garantia de tutela ao direito de propriedade do cidadão, pós-Revolução Francesa, partia da premissa de que isso era uma afirmação do direito do particular diante do Estado, muito mais do que a tutela da propriedade em si mesma, a importância dessa afirmação era uma tomada de posição definitiva na delimitação dos poderes do Estado. Toda a doutrina a partir de então destaca a propriedade como um direito absoluto a ser garantido a todos e protegido em face de todos.

Historicamente, de um Estado totalitário migra-se para um Estado liberal, cujas características de intervenção mínima e reconhecimento da autonomia privada foram marcantes. Contudo, essa atuação mínima do Estado não tardou a se fazer problemática, diante dos inúmeros abusos cometidos entre os próprios particulares, dando origem a um novo movimento, agora pela regulação estatal, sem retrocesso aos avanços notadamente alcançados no período liberal.

Ficou convencido denominar de Estado Social o regime de regulação do setor privado, em que a propriedade somente pode ser garantida mediante o cumprimento necessário da sua função social ou o que restou por mitigar o exercício irrestrito de poderes de uso e fruição. Limitado no exercício de seu direito amplo de uso dos próprios bens, o indivíduo começou a mudar hábitos seculares de afirmação pela propriedade, migrando para a era da posse e dos serviços, basicamente realizado pelo direito obrigacional e não mais pelo direito das coisas.

Pois, se a propriedade sofre limitações, e, se nem todos, têm assegurado o acesso a essa propriedade, a relação creditícia passa a ocupar lugar de destaque, pois com ela se permite alcançar os efeitos da satisfação que outrora tinha aqueles que acumulavam riquezas mediante apropriações. Se o patrimônio é o conjunto dos bens presentes e futuros, necessários à realização do sujeito, então o acervo patrimonial se realiza também com bens de natureza imaterial, compondo o patrimônio moral da pessoa.

O reconhecimento desse terceiro momento pós-Revolução Francesa, calcado em princípios jurídicos e tutela dos direitos da personalidade, resultou num novo constitucionalismo, pelo qual os poderes do Estado se realizam em prol da satisfação das necessidades humanas, na sua dimensão mais ampla. Nesse sentido, o patrimônio adquire *status* de personalidade, estendendo-se a ele a tutela típica dos direitos absolutos.

Mais do que compor o acervo patrimonial de bens materiais, o indivíduo busca a sua realização em outros bens, nem sempre corpóreos, como os direitos intelectuais (direitos autorais, direitos sobre patentes e registros de marcas), mas todos com a mesma chancela da utilidade. No plano econômico, tem-se percebido uma *fluidificação* do patrimônio, cada vez

mais estabelecido nos rendimentos e menos na propriedade imobiliária, impulsionando uma mobilidade bem mais intensa de bens que õtransitamõ de um patrimônio a outro, ao invés de permanecer estático na acumulação de bens (OST, 1995, p. 365).

As relações creditícias, nesse contexto, nunca estiveram tão em voga.

Na era da funcionalização, as relações obrigacionais não poderiam deixar de cumprir a sua função social, de modo que hoje se pode apontar que a função social da relação creditícia é permitir a realização das necessidades do indivíduo. Isso se deu em razão da õpassagem de uma relação estática e estrutural para uma relação dinâmica e funcional, de modo que a transmissibilidade e efetiva função dos negócios se apresentam como novos focos de atenção do operador e intérprete do direitoõ (SINAY, 2014, p. 223-224).

A constatação de que a relação obrigacional não pode mais ser vista como simples vínculo de sujeição entre devedor e credor, também dá origem a uma revisão geral desse direito obrigacional, que regula a obrigação.

Como visto, a escola moderna, de origem germânica, compreende a obrigação como uma relação complexa, múltipla, que comporta além dos deveres de prestação uma série de outros, porém compondo uma relação de caráter unitário e funcional, justamente em razão desse encadeamento finalístico (COSTA, 2013, p. 74).

A revisão da estrutura da obrigação permitiu revelar novas maneiras de interpretação das normas obrigacionais, inclusive dos próprios princípios. O que se tem denominado de tutela externa do crédito é um exemplo importante, pois se estabelece como exceção ao princípio da relatividade típica do direito pessoal, permitindo estender alguns efeitos relativos da obrigação aos terceiros, em determinadas circunstâncias.

Nesse mister, o dever de sujeição dá lugar ao dever de cooperação, e todos, devem, portanto, cooperar com a finalidade esperada. O dever de cooperação, na tutela do crédito (aqui tomado no sentido de prestação principal), pode ser exigido de todos: do devedor, do credor e eventuais terceiros, como um direito absoluto. Só para ilustrar, lembre-se o caso emblemático do cantor Zeca Pagodinho, que figurou, igualmente, como emblemática a aplicação dessa teoria no país: o cantor mantinha contrato com determinada empresa do ramo de cervejas na qualidade de garoto-propaganda; aliciado por aquela, resolveu realizar propaganda em nome desta, realizando comparações entre elas. No processo judicial movido então, ficou reconhecido pelo Poder Judiciário paulista a tese da tutela externa do crédito, ao vincular às cláusulas contratuais de adimplemento também o terceiro, no caso, a segunda cervejaria (MANHÃES, 2012, passim).

O que vem se entendendo por tutela externa do crédito é exatamente o reconhecimento de que terceiros podem ser ofendidos, ou serem ofensores, da relação contratual. Se fosse aplicado o princípio da relatividade clássico, não se poderia reconhecer alcance do contrato em relação a terceiros. A relação contratual resulta na tutela interna do crédito como um efeito normal esperado, todavia a obtenção da tutela externa é possível hoje em razão da aplicação do princípio da função social do contrato, nos termos do artigo 421, do Código Civil brasileiro, como reconhecido no caso Zeca Pagodinho (MARTINS-COSTA, 2015).

Em conclusão sobre as possíveis divergências doutrinárias acerca de uma função interna e externa do crédito, assim dispôs o Enunciado 21 da Jornada de Direito Civil: a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. Certamente, o objetivo é assentar em bases doutrinárias que a relação obrigacional não se restringe apenas ao seu vínculo e, por isso, não atende exclusivamente aos seus partícipes clássicos: o devedor e o credor, mas pode ir além deles, para chamar a responsabilidade ou irradiar direitos sobre terceiros que mantêm relações conexas.

O fato do contrato somente cumprir sua função social quando os interesses individuais não ofenderem interesses difusos ou coletivos, como os direitos do consumidor ou a livre iniciativa e, até mesmo, o equilíbrio econômico, encontra nesse princípio moderno um potencial limitador da autonomia privada, para além da tutela interna, realizando efeitos verdadeiramente *erga omnes*.

Toda essa construção doutrinária já vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, também em casos do sistema financeiro de habitação<sup>40</sup>, rompendo com o princípio clássico da relatividade. Com isso, a relação contratual assume os contornos de um direito com eficácia geral, de modo bem semelhante ao que ocorre com as figuras de direito real. Talvez seja o reconhecimento da supremacia dos direitos creditórios sobre os direitos reais, como marca desse século pós-tudo (BARROSO, 2012, p. 2), no qual se prega o abandono da propriedade como símbolo de *status* social. Esse pensamento é reforçado pela legislação contemporânea, que tem agravado com rigor o livre exercício dos direitos dominiais, cada vez mais limitados em razão da função social da propriedade.

---

<sup>40</sup>Neste julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o princípio da relatividade pode ser mitigado ao se admitir que os negócios entre as partes podem interferir na esfera jurídica de terceiros, de modo positivo ou negativo, e por isso tem aptidão para dilatar sua eficácia, alcançando pessoas alheias à relação contratual (REsp 468.062-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 11.11.2008).

O fato de se reconhecer a obrigação numa perspectiva dinâmica, como relação obrigacional em movimento, não lhe suprime o caráter de obrigação, de modo que ainda podem ser apontados como seus elementos constitutivos: o elemento subjetivo (sujeitos); o elemento objetivo (o objeto imediato, que é a conduta, e o objeto mediato, que é a coisa sobre a qual se refere a conduta); e o elemento ideal (o complexo de atos concatenados e desenvolvidos com a finalidade de obter o adimplemento).

O marco inicial desse processo dinâmico e vivo consiste na manifestação de vontade do sujeito, que pretende de modo unilateral, ou bilateralmente, vincular-se num determinado negócio jurídico (CATALAN, 2005, p. 116). Essa constatação impulsionou as doutrinas, nacional e estrangeira, a dedicarem mais atenção ao momento pré-contratual, como fase de formação e efetiva constituição preliminar do negócio contratual, reconhecendo ali os deveres de transparência e informação, que devem se fazer presentes desde então. Isso também possibilitou a elaboração de um regime próprio de ineficácia negocial diante da inobservância desses deveres (NALIN, 2008, p. 178).

Apesar disso, nem sempre o direito civil tratou de uma responsabilidade pré-negocial. Não se pode deixar de dizer que, desde as primeiras inquietações registradas por Rudolf Von Jhering (2008), em 1861, acerca do pacto *in contrahendo*, tal perspectiva jurídica só experimentou desenvolvimento. Sobre ela, já se manifestara Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 61), na década de noventa do século passado:

quando, porém, uma (das partes) procede de forma a convencer a outra da seriedade das tratativas, levando-a a adotar medidas tendentes à contratação, a efetuar despesas, assumir compromissos com terceiros, agir, em suma, no propósito aparente de que vai ser firmado o contrato, e, não obstante tudo isto, retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte, responde pelo seu procedimento.

Por fim, defende o mesmo autor que o fundamento desta responsabilidade é o resultado da conciliação de dois princípios: o da liberdade e o da boa-fé (PEREIRA, 1997, p. 61). Assim, não restam dúvidas sobre o propósito do princípio da boa-fé, que orienta a confiança entre os pretensos sujeitos contratantes, desde antes da conclusão do negócio.

Seguindo este raciocínio, não há que se afastar a possibilidade de danos gerados no futuro, quando decorrem logicamente de atos ou fatos ocorridos neste período pré-negocial, que causem a redução patrimonial do devedor, ora alegado insolvente, por motivos anteriores à formação da relação obrigacional creditícia. Neste mesmo sentido, Ruben e Gabriel Stiglitz:

O *iter* negocial impõe a cada parte manter postura amparada na retidão, lealdade, honestidade e correção, condutas que não podem ser afastadas da fase pré-nupcial que antecede a formação da relação jurídica, escorando a obrigação de reparar quaisquer danos derivados das situações pensadas no dever de informar que se

impõe pelo princípio da cooperação, apresentado às partes pela cláusula geral da boa-fé (apud CATALAN, 2005, p. 119).

Reforçando a tese da existência de deveres, entre os pretensos contratantes, já estabelecidos, na fase pré-negocial, Antônio Junqueira de Azevedo (1995), por sua vez, assevera que o dever de colaboração implica, além de outras condutas, na obrigação de zelar pelo patrimônio da outra parte. É este mesmo entendimento o de Francesco Benatti (apud CATALAN, 2005, p. 119), para quem a boa-fé exige a coerência, a retidão, a fé na palavra dada, enfim, tutela a confiança depositada na postura da parte com quem se trata.

A proximidade entre boa-fé e confiança é consenso entre vários autores, tendo já resumido Paulo Nalin (2008, p. 159), que a confiança acaba por consagrar a primazia do sujeito contratante, visualizando a relação jurídica futura, que pode abranger não só os interesses de natureza patrimonial, mas também interesses extrapatrimoniais (morais).

Pode-se afirmar que a boa-fé é mesmo a base da confiança, sendo esta de alcance ainda maior que a primeira, pois não se restringe apenas a uma visão do direito, mas uma postura do ser humano diante de todos os atos de sua vida, pois encontra-se localizado desde antes da formação do contrato e perdura por toda a fase executória, na adequação do objeto contratado aos fins esperados (NALIN, 2008, p. 155).

Neste mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 38) entende que alguns deveres surgem desvinculados da vontade, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, mas por vezes têm vida autônoma e são independentes, podem perdurar mesmo se adimplida a obrigação principal, como acontece com a chamada violação positiva do contrato.

A perspectiva esboçada por Clóvis do Couto e Silva resulta em duas constatações: a primeira, que dá origem a ideia de responsabilidade pós-contratual, e a segunda, pela qual há deveres muito antes da formalização do negócio jurídico.

Como bem já apontou José de Oliveira Ascensão (2010, p. 66), seguindo orientação de doutrina germânica, o negócio jurídico é um ato finalista, cuja intenção de produzir consequências é essencial e inerente à sua própria condição de ser, correspondendo, em *ultima ratio*, à finalidade do agente, que tem como resultado principal o adimplemento da prestação, não se esgotando, via de regra, somente nela, mas dando importância aos deveres anexos que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal (SCHREIBER, 2014, p. 5).

Analisando sob essa perspectiva, toma relevo a observação das circunstâncias que se situam no entorno da relação obrigacional desde antes de sua formalização, pois tais circunstâncias passam a ser juridicizadas, na medida em que também são tomadas como parte do todo que compõe a relação obrigacional.

Em cada uma das fases da relação obrigacional (inicial, conclusiva, executiva e terminal) é possível distinguir atos principais e atos paralelos, praticados pelos agentes principais da relação e por agentes secundários, formando um encadeamento que desemboca, por finalidade esperada, na satisfação dos contratantes, denominado classicamente de adimplemento. Tal adimplemento, atualmente, tem significado mais amplo que no passado, conforme se depreende das palavras de Anderson Schreiber (2014, p. 6), com as quais não se pode deixar de concordar: o próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada deve ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional.

Neste sentido, um negócio jurídico encetado para fraudar credores, embora em princípio não se configure ilícito, pois somente a conduta pode ser considerada ilícita e em razão da escolha do agente em agir contra a ordem jurídica e poderá vir a ser considerado ilícito, como por exemplo, no caso do empresário que está em crise econômico-financeira e, mesmo assim, institui programa de bonificação para seus melhores funcionários, com supergratificações que podem dilapidar ainda o patrimônio empresarial.

#### 3.4.1 Os princípios jurídicos e a conformação constitucional

A harmonização do sistema jurídico entre vários diplomas legislativos, que convergem no tratamento do mesmo tema, é medida necessária para a manutenção da segurança jurídica. Assim, a composição do sistema pelas regras e princípios nem sempre ocorre de maneira originariamente harmoniosa, em função de vários fatores, especialmente pela realidade diferente de lugares e culturas que compõem o mesmo espaço federado, pela passagem do tempo e pela pluralidade de entes capacitados ao exercício do processo legislativo.

Quando o sistema apresenta um tratamento plural para o mesmo assunto, com divergências aparentes, que não têm, juridicamente, razão de ser, como ocorre com a tributação, por exemplo, cujas legislações se distinguem em função do ente legislativo (federal, estadual e municipal), é preciso harmonização.

Ao se destacar determinado tema jurídico para uma análise, mesmo que superficial, é fácil identificar as regras e princípios que incidem sobre ele. Quando se propõe harmonizar

regras que tratam do mesmo tema, também é fácil encontrar o amparo à principiologia correlata, como meio de conformação.

Sabe-se que os princípios, enquanto normas de direito, emanam da Constituição Federal e das leis ordinárias, revelando-se de modo expresso ou implícito. Não cabe nesse espaço um estudo acerca dos princípios jurídicos, já demasiadamente analisados pela filosofia do direito, que, enquanto ramo autônomo de estudo, definiu-os como norma, verdadeiro comando otimizador de condutas (ÁVILA, 2008), valor norteador de decisões judiciais (NUNES, 2002). Cuida-se de tratar, tão somente, da função do princípio jurídico em matéria de contratos e a sanção que porventura venha a ser aplicada em caso de violação.

Cinge-se, portanto, aos princípios da boa-fé objetiva, já amplamente trabalhado nesta obra, da função social dos contratos e da garantia geral. Os demais princípios contratuais (autonomia de vontade, obrigatoriedade, relatividade, consensualidade) deverão, por ora, ser mitigados. Não por serem menos importantes, porque não o são, haja vista não haver hierarquia de valores em matéria de princípios, mas por questões meramente metodológicas.

É bom que, também, não se perca de vista a localização desses princípios referidos, pois embora se digam típicos do direito civil, a este não se limita, em razão de serem opostos a contratos de naturezas diversas. Isso se dá, especialmente, como consequência sistemática da metodologia do direito civil-constitucional, que abriu suas fronteiras, antes travadas pela premissa da autossuficiência normativa, típica das grandes codificações oitocentistas. O fato desses princípios decorrerem do Estado Social, por isso definidos como princípios sociais dos contratos, ensejou uma releitura de todo o programa de direito contratual até então em voga (WIACKER, 1980, p. 719).

A sensibilidade quanto a essas mudanças não tardou a se externar em terras brasileiras, notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e do Código Civil, de 2002, como bem relatou Fabíola Santos Albuquerque (2002, p. 90), em tese de doutorado:

A localização desses princípios [boa-fé objetiva, função social e equivalência material] na seara constitucional serve para ratificar a representatividade do fenômeno da constitucionalização na transformação do direito civil, de modo a condicioná-lo aos interesses sociais, ao bem-estar e à justa distribuição de riqueza, em contraposição ao individualismo jurídico patrimonial do Estado liberal. É a manifestação explícita da socialização do direito civil.

A realização da justiça através da normatização de valores elevados que inspiram as condutas humanas, imutáveis em seus ideais, normalmente encontradas nos princípios, tem guarida nos seus comandos de otimização. Rizzato Nunes (2002, p. 23) disse uma vez que

sempre haverá um princípio a ser invocado, em última instância e em primeiro lugar, no direito brasileiro, porque este sendo quase todo escrito, como é, está imbrincado de maneira a parecer um tecido costurado sobre os princípios. Ou, dizendo de outro modo, a colcha de retalhos de normas está assentada neles. Se essa colcha fosse, por um motivo qualquer, retirada, eles estariam lá, sob ela, constantemente servindo de moldura e de retrato.

Justamente pelo reconhecimento da relevância primordial dos princípios no sistema bidimensional, há muito se tem entendido que a violação de princípios é tida como conduta mais grave, do que a infração ao comando de lei (MELLO, 2011, p. 620). É igualmente reconhecida a importância dos princípios no perfeito equilíbrio do sistema jurídico, na medida em que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada (BARCELLOS, 2002, p. 79)<sup>41</sup>.

Isso não significa dizer que os princípios devam ser considerados sempre em superioridade à regra, pois diante do conflito entre um princípio constitucional e uma regra constitucional, esta deve preferir ao princípio (BARCELLOS, 2002, p. 70). O que deve ser mantido como orientação geral é que uma lacuna no sistema pode ser corrigida pela decisão, baseada, única e exclusivamente, num princípio jurídico, do mesmo modo que um determinado princípio pode ser utilizado como medida de flexibilização de interpretação da regra.

Partindo do pressuposto de que o direito pode ser integrado por decisões judiciais, inclusive inovadoras no sistema, com mais razão se pode afirmar a possibilidade de harmonização do próprio sistema, que não necessariamente se traduz em interpretação integrativa.

De todo modo, deve-se sancionar qualquer conduta atentatória da regra e do princípio, como medida salutar de convívio social. No caso do princípio, o problema é identificar, de forma geral, a sanção aplicável, já que nem sempre o princípio está regrado, como ocorre com a boa-fé objetiva. E mesmo quando expressamente disposto na regra, não se encontra nela uma igual previsão de sanção.

Assim, na falta de uma sanção legal expressa pela violação de um princípio determinado, seja de ordem constitucional, seja infraconstitucional, tem-se entendido que a condução à invalidade seja uma forma eficiente de suprimir o efeito nocivo e efetivar o preceito normativo, daí falar-se em eficácia negativa (BARCELLOS, 2002, p. 66). Pretende-

---

<sup>41</sup>Destaques da autora aqui preservados.

se, com isso, a declaração de invalidade de todas as normas ou atos, que se indisponham contra a finalidade da norma, realizando, em sentido oposto, o que ela realmente estabelece. Assim, ao se estabelecer a invalidade de atos ou negócios, que contrariam a determinação contida no artigo 422, do Código Civil, sobre a conduta necessária de lealdade e probidade nos contratos em geral, na verdade o que se está a fazer é realizar (pela eficácia negativa) a imposição da conduta valorada, na sua exata medida.

Nessa perspectiva, todos os atos e negócios que devem ser pautados pelos deveres decorrentes do princípio da boa-fé, podem ter seus efeitos negados em razão da nulidade decorrente da violação da conduta esperada. Agir de má-fé, como corolário oposto lógico ao agir de boa-fé, deve resultar na invalidade que, por sua vez, conduz à cassação dos efeitos eventualmente já produzidos ou a não realização dos mesmos, em caso de ainda não terem já se efetivado, de modo *ex tunc*.

Apesar dessa constatação, não é relevante, para o estudo traçado nessa pesquisa, o fato da violação do princípio da boa-fé causar, ou não, a invalidade do negócio jurídico, posto que as razões da ineficácia que se busca para os atos praticados em fraude são de outra ordem. Mais do que estabelecer uma causa de invalidade, o que se pretende é apontar a causa da conservação da garantia patrimonial, que, eventualmente, possa suportar a responsabilização decorrente do dano gerado pela invalidade do acordo.

Nesse diapasão, o princípio da garantia se implementa pela existência do acervo patrimonial. A sua redução, ou o esvaziamento total, pode impulsionar medidas de tutela, por parte dos interessados diretos, que seriam prejudicados com a eficácia plena dos atos de redução ou esvaziamento.

A restrição da disposição patrimonial opera, nesse sentido, como medida de tutela necessária, podendo se dar por disposição legal ou judicial. Essa restrição tem exatamente a função da ineficácia das disposições perante os credores prejudicados, mas se mantém íntegras em relação aos terceiros com eles relacionados, como a manutenção da eficácia dos tributos recolhidos em função da disposição de bens.

Desse modo, a harmonização das leis civil e falimentar encontram como ponto comum, ou elemento conformador constitucional, a função social das relações obrigacionais. É em torno desta função que se erige a isonomia pretendida da tutela do crédito, que permite a aplicação da lei falimentar às situações de fraude civil.

A ideia de função social remonta ao caráter utilitarista do direito, mas não deve ser tomado aqui como uma sujeição dos meios aos fins pretendidos.

### 3.4.2 A funcionalização das relações obrigacionais e a harmonização da fraude contra credores

Na sociedade moderna, o meio de obtenção dos recursos necessários à subsistência de cada indivíduo se dá pelo dinheiro, que pode ser tomado como papel moeda e como medida de valor atribuível aos bens e serviços aptos à realização dos interesses humanos. Justamente nesse último aspecto, tem sido atribuída uma função social ao crédito resultante das diversas operações negociais, que permitem a aquisição de outros bens. São vários os modos de obtenção do dinheiro, como se dá, por exemplo, na remuneração do trabalho pessoal. Pelo fato do homem ceder sua força laboral ao empregador, em troca da remuneração em dinheiro, é que se deu a funcionalização das relações de trabalho.

Sabe-se que, a partir dessa aquisição de dinheiro inicial, todas as demais se tornam possíveis. Sem o dinheiro, não há como adquirir bens e serviços<sup>42</sup>. A formação do patrimônio positivo adquire *status* de garantia exatamente para suportar os riscos das atividades negociais em geral, sejam de natureza civil, sejam de natureza empresarial.

O reconhecimento da importância do crédito oriundo das múltiplas e variadas relações obrigacionais (que guardam suas especialidades, como a laboral, a empresarial, a consumerista, a puramente civil, a tributária, etc.), tem conduzido à ideia de funcionalização, à medida que se consubstancia a tese da cooperação obrigacional. Todos são responsáveis, em alguma medida, pelo bom funcionamento das engrenagens que movem as relações econômicas. Ao menos, todos têm funções a cumprir nas suas próprias relações obrigacionais.

Assim, várias medidas devem ser tomadas para uma boa gestão do próprio acervo patrimonial, que serve de garantia geral aos credores, por parte de cada titular dele. É o caso de estabelecer os próprios limites de contratação, quando ciente do comprometimento da capacidade financeira para a quitação regular do negócio encetado. Isso não serve apenas ao agente negocial empresário.

A exigência dessa verdadeira lealdade com o outro partícipe da relação obrigacional é sinônimo do princípio da boa-fé. Sabendo que o crédito nada mais é do que dinheiro futuro<sup>43</sup>, e que cada vez menos se utiliza dinheiro (moeda papel), a questão de se tutelar o crédito, a

---

<sup>42</sup>Ao menos, nas sociedades organizadas em torno do capital expresso monetariamente.

<sup>43</sup>O dinheiro é medida de valor que nem sempre foi utilizada nas relações econômicas. O escambo é a prova disto. Há quem defenda que futuramente o dinheiro será superado por outros modos de operacionalização econômica (RODRIGUEZ, 1998), como vem ocorrendo com os cartões de crédito. O dinheiro, nesse sentido, serve apenas como referência de valor.

partir de sua função social, como meio de realização das necessidades humanas, é a consolidação do paradigma da repersonalização das relações econômicas.

Nos últimos tempos, tem-se verificado que as hipóteses de violação ao corpo normativo, no campo negocial, não têm se restringido somente à violação do princípio da boa-fé, sintetizadora da fórmula dos deveres de lealdade e cooperação, mas também, e com grande alcance prático, o princípio da função social dos contratos. Já foi dito antes, que a função social dos contratos tem papel decisivo, na mitigação da relatividade dos efeitos negociais, trazendo para um campo mais próximo dos atos aqueles que são denominados terceiros.

Pela função social dos contratos, relativiza-se a ideia de única via percorrida com exclusividade pelos partícipes da relação negocial, ao se reconhecer efeitos positivos e negativos para outros, que, eventualmente, tenham atuado de modo direto ou indireto, nos resultados perseguidos. Assim, a lei civil fez a sua opção declaradamente:

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 adotou uma posição de vanguarda, em relação ao Código Civil de 1916, pois não estabeleceu correspondência com o indigitado princípio clássico da relatividade subjetiva, o que importa concluir que o mesmo não encontrou ambiência na nova codificação em razão desta ter adotado o princípio da função social dos contratos, ou seja, a repercussão do contrato não se encontra mais adstrita às partes e sim à sociedade como um todo (SANTOS, 2002, p. 42).

Em sentido oposto, reconhece Gerson Luiz Carlos Branco (2009, p. 264), que o princípio da função social foi essencial no processo de socialização do direito civil, mas não deposita nesse princípio todo o mérito:

Embora o princípio da socialidade possa determinar comandos como o artigo 1.148 do Código Civil ou como as disposições da Lei do Abuso do Poder Econômico, não se pode afirmar que a cláusula geral do artigo 421 provocou uma desocialização dos efeitos do contrato. Essa hipótese estende em demasia a disposição legal, ignora toda a evolução histórica da discussão a respeito da função social dos contratos e torna difícil o controle do conteúdo das decisões judiciais.

Em comentário ao mesmo tema, Flávio Tartuce (2013, p. 71) tem entendido que a função social resulta em dupla eficácia: uma interna, que se revela na mitigação da força obrigatória do contrato, na proteção dos vulneráveis da relação negocial, na vedação da excessiva onerosidade, na conservação do contrato, na proteção dos direitos individuais preconizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e na invalidade absoluta de cláusulas contratuais abusivas, que violam a ordem pública; e outra externa, que pode ser extraída dos efeitos dos contratos em relação a terceiros, seja repercutindo aqueles sobre estes, seja o contrário.

Para o mesmo autor, a eficácia interna da função social do contrato ora submete-se ao plano da validade, ora ao plano da eficácia, conforme cada situação concreta. Isso significa dizer que a ofensa ao princípio da função social pode ensejar a nulidade ou a ineficácia do ato.

O assunto foi objeto de discussões na Terceira Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, que editou Enunciado com o seguinte teor: a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil.

A constatação dessa dupla eficácia da função social tem servido de fundamento à teoria da tutela externa do crédito, como se revela no Enunciado de nº 23, pelo qual a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana, ou seja, a realização individual deve estar em consonância efetiva com o interesse social de realização da dignidade da pessoa humana ou para além do interesse pessoal de determinado indivíduo.

A realização obrigacional só tem lugar, quando não solvida voluntariamente, no campo da responsabilidade civil, de ordem patrimonial. Assim, o acervo patrimonial de uma pessoa é a garantia geral de satisfação de suas obrigações. O desarranjo, nesse conjunto de bens, por situações anormais que desembocam na insuficiência nociva, ferindo o princípio da garantia, deve ser corrigido de pronto, a fim de não gerar efeitos em cascata que venham a impedir definitivamente a tutela do crédito.

Por situações anormais devem-se entender aquelas que não se enquadram no tráfico ideal de bens, em que a disposição bilateral adimplida apenas faz mudar a composição patrimonial, sem redução significativa de sua positividade, ou mesmo a disposição unilateral que, mesmo reduzindo o patrimônio, não venha a comprometer a capacidade de solvência de seu titular.

Essas situações anormais podem ter origens na boa-fé, ou na má-fé, e por isso devem estar claramente identificadas, pois podem significar a inclusão ou exclusão da responsabilidade de um sujeito determinado.

À técnica legislativa é livre atribuir à infração da lei, direta ou indireta, a sanção de inexistência do ato jurídico, a de nulidade, a de anulabilidade, a de impugnabilidade, ou a de ineficácia relativa, ou absoluta. Qual dessas foi a adotada é questão de interpretação da lei. O *princípio da irrestringibilidade do poder de disposição* existe em todo sistema jurídico. Se o direito, pretensão, ação, ou exceção é suscetível de ser transferido, o poder de dispor é incólume à restrição pelos particulares. O que

pode ocorrer é a limitação pela lei. Não importa se se trata de direito, pretensão, ação, ou exceção, pessoal ou real. Por exemplo: não se torna intransferível o direito do herdeiro porque ele prometeu ao co-herdeiro, ou ao testamenteiro, não no transferir (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 286).

Não se trata apenas de uma função social do contrato, mas de uma função social da própria relação obrigacional. A partir dessa relação, nasce o direito de crédito e o crédito cumpre uma função também social. Assim, a função social permite uma releitura da limitação da liberdade individual, como também um alcance inesperado de responsabilidades. Certamente, as relações obrigacionais que mais têm ocupado destaque, no cenário jurídico recente, são as relações negociais, da espécie contratual. Justamente por isso, a legislação e a jurisprudência têm se concentrado mais na figura do contrato do que em qualquer outra modalidade de obrigações, embora não haja uma importância jurídica maior de uma ou de outra fonte.

Conforme disposição do Código Civil brasileiro, de 2002<sup>44</sup>, comete abuso de direito aquele que não cumpre a função social do contrato. O exercício abusivo do direito nessas condições, rompem com o equilíbrio econômico e social, gerando, independentemente de culpa, a obrigação de reparar eventuais danos (MATIAS; ROCHA, 2012, *passim*).

Deve-se registrar, ainda, que vem se desenhando o reconhecimento de deveres fundamentais na ordem jurídica<sup>45</sup>, como o dever fundamental de proteção ao meio ambiente equilibrado ou o dever fundamental de pagamento de impostos, como corolário necessário à viabilização de direitos fundamentais. Dentro de todo o contexto aqui relacionado, não há como negar o caráter também fundamental do dever de pagamento, em toda e qualquer relação creditícia.

Tome-se a expressão fundamental aqui como dever mínimo, básico e essencial, pelo qual o dever de pagamento é, muitas vezes, fundamental para a viabilização da existência do sujeito credor, pois com o crédito é possível alcançar a satisfação de suas necessidades. Nesse diapasão, a tutela do crédito como realização da função social das relações obrigacionais desponta como tendência do direito privado para o século atual.

A ideia de associação da obrigação, como um direito pessoal, e da propriedade, como um direito real, vem sendo cada vez mais superada. Para Pietro Perlingieri (2008, p. 892), haveria um direito comum das situações patrimoniais, mediante uma abordagem unitária; ao invés da divisão clássica em direito pessoal e direito real, deveria haver um tratamento unitário para as questões patrimoniais. Seria, assim, uma síntese da disciplina de todas as

---

<sup>44</sup>Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

<sup>45</sup>Tese que despontou no Brasil pela obra do português José Casalta Nabais (1998).

relações patrimoniais: õdireito comum do direito patrimonial privado, ou seja, de direito das obrigações como modelo conceptual que pode ser utilizado em todos os âmbitos nos quais, de qualquer modo, encontram-se relações de cooperação e de troca entre sujeitosõ.

Para Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p. 62): õa relação jurídica obrigacional não pode ser concebida como um esquema estático, para o que seriam bastante a identificação e os limites do crédito e do débito e dos respectivos sujeitosõ e, por isso mesmo, exige uma via cooperativa de mão dupla. Não se trata, portanto, de identificar uma nova normativa com o direito das obrigações exclusivamente, ou com o direito das relações reais exclusivamente. As cláusulas gerais de lealdade e de diligência, por exemplo, não devem ser aplicadas somente às relações creditícias, mas deve ter relevância e aplicação geral.

Para Perlingieri (2008, p. 893), está na compatibilidade do interesse particular (consubstanciado na situação concreta) com cada uma das disposições normativas a determinação da exata individuação da disciplina aplicável, não sendo apriorística e abstrata a possibilidade de inclusão da situação concreta a uma ou outra das duas categorias de natureza patrimonial. A distinção entre as situações absolutas e relativas costumam ser injustamente identificadas como aquelas que se dão entre situações reais e situações de crédito, de modo que a própria doutrina se contradiz quando denomina os direitos de personalidade como direitos absolutos (PERLINGIERI, 2008, p. 893).

Para tal distinção, normalmente a doutrina se utiliza dos critérios de eficácia e oponibilidade (a situação absoluta seria eficaz ou oponível perante todos, a relativa somente perante determinados sujeitos). Mas, a eficácia se refere ao fato e não à situação subjetiva, por isso o critério mais convincente é o da estrutura, como explica Pietro Perlingieri (2008, p. 893):

As situações relativas seriam aquelas nas quais a uma situação de poder corresponde um centro de interesses bem individualizado. A obrigação se poria como a situação relativa por excelência, encerrando a relação entre credor e devedor como entre parênteses, dentre os quais a obrigação recebe tutela, sem nenhuma relevância fora deles, para com os terceiros. Outras situações como a empresa e a propriedade privada seriam absolutas, pois teriam como centro de interesses contrapostos não uma situação determinada, mas a generalidade das pessoas, todas igualmente gravadas por um dever de abstenção e de não ingerência.

Assim, a determinação das situações *a priori* partiriam de um centro de interesses interno e a determinação das situações *a posteriori* de um centro de interesses externo. Como consequência, as situações relativas resultariam em inadimplemento e responsabilidade contratual, e as situações absolutas em ressarcimento pelo fato ilícito (responsabilidade extracontratual). A distinção dessas consequências é extraída da visão clássica que se tinha

quanto à tutela de direitos, mas essa posição não pode mais prevalecer diante da constatação de que o crédito é um bem de interesse juridicamente relevante e, nessa condição, deve ser respeitado por todos (PERLINGIERI, 2008, p. 895).

Obviamente, com isso há uma ampliação da responsabilidade civil, pois quando o devedor deve a coisa e o credor mata o devedor, o credor deve indiretamente a coisa. A sub-rogação que se dá aqui, operou no sentido de tutelar o crédito que o devedor tinha em relação a coisa.

Como necessidade pragmática de distinção entre os efeitos de situações reais e situações obrigacionais, as situações patrimoniais gerais se dividem por sua vez em reais (propriedade privada, direitos reais de fruição e de garantia; e privilégios, todos *numerus clausus*) e de crédito ou obrigacionais (relações jurídicas obrigacionais ó definição residual).

Para Perlingieri (2008, p. 899), a distinção entre situação real ou obrigacional não deve partir de um rótulo *a priori*, mas de uma análise particularizada, a fim de individuar a existência, a qualidade e a quantidade de cooperação que um sujeito é obrigado a dar, para alcançar o resultado que constitui o conteúdo da situação subjetiva, bem como a existência de seqüela e a presença da preferência.

Em que pese a tentativa de Perlingieri em reduzir a complexidade, que suscita a distinção severa entre direitos reais e direitos obrigacionais, sobretudo em relação às figuras híbridas, como a obrigação *propter rem* e a obrigação com eficácia real, não se pode perder de vista que a obrigação tem o seu *locus* privilegiado. E, somente nessa perspectiva, justifica-se falar em relação obrigacional: a unidade funcional e a separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas, é que tornam possível considerar a obrigação como um processo (COUTO E SILVA, 2013, p. 22).

Para se considerar a função social das relações obrigacionais como vetor da conformação constitucional do método de harmonização legislativa, pelo diálogo sistemático de complementaridade, é preciso que sejam analisadas as premissas dessa conformação.

Como já foi dito, é possível identificar duas espécies de fraude: a objetiva e a subjetiva, conforme a lei dispense ou não o elemento intencional de lesar o credor. Parece que não há dúvidas quanto à possibilidade de reconhecimento da conduta fraudulenta, quando o agente negocial está flagrantemente movido pela intenção de lesar o seu credor, ao reduzir deliberadamente o seu patrimônio positivo, mesmo quando se trate de credores ainda a se constituírem.

O caso da fraude objetiva é mais delicado, pois apenas se pode falar em fraude objetiva a partir de um conceito legal predeterminado, como se dá na lei falimentar.

A definição de fraude objetiva remete à ideia de ausência do elemento intencional para a sua caracterização, o que leva a crer que é suficiente a prática dos atos previamente indicados pela lei, dentro de determinado período e circunstância. É o que ocorre com o artigo 129, da Lei de Falência e Recuperações, aqui já referido.

O que se define agora é a aplicação dessas hipóteses legais aos casos de fraude civil, em razão da identificação das mesmas circunstâncias, mas que não decorrem de uma previsão legal específica.

Partindo-se da premissa de que o sistema de tutela do crédito deve girar em torno da figura do crédito, independentemente de sua origem, civil ou empresarial, é possível conceber a ideia de aplicação do termo legal da lei falimentar também às situações de redução patrimonial, em período determinado, que antecede à decretação de insolvência civil.

Trata-se da fixação de um termo para o concurso civil de credores, com a combinação das regras processuais do Código de Processo e da Lei de Falência e Recuperações, a fim de permitir o reconhecimento da fraude objetiva, em sede de execução civil.

A execução concursal do insolvente civil se inicia por uma fase de conhecimento, de modo semelhante a lei falimentar, sucedida por uma segunda fase, agora de natureza propriamente executória. Na fase cognitiva, busca-se demonstrar o estado de insolvência, que será decretado por decisão judicial. Nesse momento, vários efeitos decorrem da decisão, como a constituição da massa, o bloqueio de bens e a indisponibilidade de movimentação patrimonial, a nomeação de um administrador para a massa, etc.

Interessa, de modo particular, o efeito da indisponibilidade de bens por parte do devedor, como medida conservatória do patrimônio, que servirá à execução concursal. Na lei falimentar, o elenco de atos objetivamente considerados em fraude, decorre do efeito dessa mesma indisponibilidade de bens. Uma vez que o empresário se encontra às vésperas da perda total de seu patrimônio, em razão da falência iminente, pode ser que ele tente alguma medida preventiva para reduzir seu próprio prejuízo, mediante atos unilaterais ou negócios com terceiros. Em razão dessa possibilidade, que a história do direito empresarial aponta como recorrente, o legislador equipou o julgador, no processo falimentar, de medidas mais rigorosas para coibir tais atos e reduzir os prejuízos dos credores. Assim, considerou presunção absoluta de fraude todo e qualquer ato de redução patrimonial, ou oneração sobre o patrimônio, que venha a colocar em risco a garantia dos credores já constituídos ao tempo de tais atos. Contudo, não excluiu os credores futuros.

Para isso, o legislador fixou o termo legal, a ser contado a partir da decisão judicial que decreta a falência, podendo retroceder até o primeiro protesto de título para fins

falimentares, num limite objetivo de noventa dias. Mas não se limitou apenas a esse período, já que deixou aberta a possibilidade de identificação de outros atos suspeitos, como a renúncia de herança até dois anos antes da falência, no caso do empresário individual ou do sócio da sociedade falida.

Considerando que a pretensão do legislador é de coibir a fraude e conservar o patrimônio do devedor, para garantir o rateio dos bens remanescentes conforme disposição legal, não é contrário ao direito a aplicação do disposto na lei falimentar à execução concursal civil. Ora, presumir que apenas o empresário esteja movido da intenção fraudulenta, ou que o crédito, no campo empresarial, é mais relevante do que nas relações civis, demonstra a visão superada do conceito de atividade econômica. A qualidade de empresário diz respeito apenas ao modo de fazer, mas não significa necessariamente a qualidade do crédito daí advindo. Por isso mesmo, algumas medidas legais não se aplicam efetivamente às relações civis, mas não é o caso da fraude contra credores.

### **3.5 A fungibilidade das ações como meio de ampliar a tutela do crédito**

Como se tem demonstrado, a perspectiva do objeto de tutela é que muda o sentido daquilo que se está a tutelar: não o credor, mas o crédito. Assim, não importa se a fraude cometida fora contra credor de relação obrigacional civil ou empresária, o que importa mesmo é garantir o cumprimento da legislação executória coletiva, preservando o patrimônio do devedor, até que se decida efetivamente quem tem direito a receber e o quanto terá direito a receber. É medida conservatória, que não se prende ao plano da validade dos atos ou dos negócios, por isso mesmo não está restrita às vicissitudes da invalidade. O que se busca é a ineficácia relativa dos atos e negócios em relação à massa, para que não haja redução patrimonial. Assim, os bens afetados pela deseficacização dos negócios permanecem à disposição da execução concursal, embora válida para os demais terceiros de boa-fé.

Ao fim, pode-se concluir que a aplicação da lei falimentar às execuções concursais civis, para considerar como termo legal o período de noventa dias, que precede à decretação de insolvência, no qual qualquer ato de redução ou oneração de bens vinculados à lesão dos credores do devedor, devem ser considerados em fraude objetiva, atende ao que preconiza todo o sistema jurídico nacional de tutela do crédito.

Assim, tais atos devem ser considerados ineficazes e podem ser declarados de ofício pelo juiz, podendo ainda ser objeto de requerimento pelas partes em ação declaratória

autônoma ou incidental, dispensando a ação pauliana, que seria manejada nas demais hipóteses, como da fraude subjetiva.

Esse pensamento se encontra em consonância com as disposições da lei processual civil brasileira de 2015, que, em seu artigo 190, autoriza as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou até mesmo durante o processo já iniciado. Para tanto, é requisito primordial que se trate de direitos que admitam autocomposição, como se dá com os direitos subjetivos patrimoniais, tradicionalmente considerados disponíveis.

A execução de dívidas pecuniárias é dessa natureza, de modo que a autocomposição em sede de execução, singular ou coletiva, está autorizada legalmente, desde que não implique em defeitos de validade (erro, dolo, coação, simulação, lesão ou abuso de direito).

De outra parte, cabe ressaltar que o princípio da fungibilidade, antes limitado à matéria dos recursos no processo civil, tem sido admitido, contemporaneamente, também em relação a ações, quando haja dúvida objetiva, especialmente nos casos de medidas cautelares ou antecipações de tutela (MENDONÇA ET AL, 2011, p. 125).

No direito italiano, a aplicação da ação revocatória ordinária e da ação revocatória falimentar, ambas com a finalidade de suprimir a eficácia dos atos praticados em prejuízo aos credores, encontra uma unidade sistemática, que permite, em determinadas circunstâncias, a fungibilidade de meios. Contudo, é medida excepcional, já que, diferentemente, do que ocorre no direito brasileiro, a organização da tutela do crédito em torno do princípio da garantia geral, é mais abrangente, pois dispõe da revocatória e da sub-rogação, que amparam credores atuais e futuros.

No caso da revocatória ordinária, destinada à execução singular, poderá ser admitida em sede falimentar, quando o crédito tutelado tiver se dado antes do conhecimento, por parte do credor, da decretação da quebra do devedor. Nesse caso, assume natureza de tutela coletiva e não singular (QUATRARO; GIORGETTI; FUMAGALLI, 2009, p. 604).

Inicialmente, não se pode deixar de registrar que o termo *fungibilidade* comporta distintas acepções no direito processual, podendo significar conversão de meios (como ocorre nas ações possessórias); escolha de meios distintos para a mesma finalidade e possibilidade de se tomar um recurso por outro (como ocorre nos casos de dúvida objetiva), bem como representar ainda outros desdobramentos dessas mesmas linhas gerais (MACHADO, 2009, p. 62). O uso inadequado do termo pode conduzir a conclusões equivocadas. Por isso, costuma-

se dividir a fungibilidade em três espécies: a fungibilidade de meios; a conversão de meios e a fungibilidade recursal.

Entende-se a fungibilidade de meios como a possibilidade de escolha entre diversos meios hábeis à solução da demanda, para alcançar a mesma finalidade. Já a conversão de meios se dá mediante a constatação de dúvida objetiva. A fungibilidade recursal é a expressão que se utiliza para identificar as situações nas quais o julgador pode tomar um recurso por outro, diante de uma dúvida razoável acerca de qual o recurso mais adequado para atacar uma decisão judicial.

A permissão do manejo de ação pauliana, da ação declaratória de ineficácia ou da ação revocatória se enquadra na fungibilidade de meios. Tomando-se como premissa que, em todas elas, a finalidade é a tutela do crédito, cuja garantia se encontra ameaçada em função de atos praticados em fraude, poderia o credor optar entre uma e outra, conforme o procedimento que melhor atenderia a tal finalidade.

Certamente, há de se convir que é bem mais razoável o recurso dos meios previstos na lei falimentar aos casos de natureza civil do que o contrário, já que, como visto, as disposições da Lei de Falência e Recuperações são mais abrangentes do que as do Código Civil. Nesse sentido, a utilização da ação pauliana no direito falimentar parece, efetivamente, desnecessária, embora não se deva rechaçá-la.

A questão da fungibilidade de meios se relaciona com o tema da instrumentalização do processo e, inevitavelmente, com a formalidade dos meios<sup>46</sup>. Durante muito tempo, o direito se pautou pelos formalismos, tanto na substância, quanto no instrumento, de forma rigorosa e hermética. A ruptura desse formalismo foi se dando paulatinamente, à medida que foi cedendo espaço à flexibilização das formas, pelo reconhecimento da supremacia da finalidade alcançada. Não se deve confundir flexibilização com ausência total de formas, do mesmo modo que não se deve tomar o alcance da finalidade como dado absoluto, pois o princípio da legalidade ainda vigora como sinônimo de segurança jurídica.

Isso significa dizer que ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, senão em virtude de lei, contudo a novidade é a flexibilização da lei pela interpretação dada a ela, que pode resultar numa consequente fungibilidade de meios. Passa a ser a hermenêutica o

---

<sup>46</sup>Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Civil, de 2015, repetindo regra já prevista no Código de Processo, de 1973: oArtigo 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade; na mesma lei: oArtigo 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidadeo (regra semelhante ao artigo 244, do Código de Processo Civil, de 1973).

centro das expectativas e da confiança para dizer o Direito. É na hermenêutica que se concentra a tarefa da realização do Direito.

Como método, o julgador precisa apontar os critérios objetivos e subjetivos, que fundamentam sua decisão, não deixando margem para arbitrariedades. Ao adotar a flexibilidade de meios, devidamente amparada nesses critérios previamente delimitados, o magistrado terá realizado igualmente a finalidade processual. Essa visão instrumental, mais preocupada com a substância dos atos do que com a sua forma, permite que o operador do processo se afaste mais dos atos rigidamente rotulados pela limitação e engessamento do sistema (MACHADO, 2009, p. 51).

As questões processuais daí decorrentes devem ser analisadas em tese própria, em razão de seus desdobramentos naturais, que, por sua complexidade, não cabem análise aqui.

Apesar disso, algumas considerações devem ser feitas acerca da limitação ao recurso da flexibilidade de meios, que é a preclusão. Sabe-se que as disposições temporais da lei processual são medidas necessárias para a segurança jurídica, por isso mesmo a ideia de flexibilizar o uso de meios para atingir uma finalidade determinada não pode se consumir, mediante a violação desse limite. O tempo não pode ser flexibilizado sob o escopo da flexibilização da instrumentalização das formas (MACHADO, 2009, p. 71), até porque não é essa a sua função. A compatibilização de meios distintos, para alcançar a mesma finalidade pretendida, deve levar em consideração as possibilidades para tal, por isso há limitações inclusive de ordem substancial.

Não é razoável admitir uma ação de cobrança em detrimento de uma indenizatória, pois, embora em última instância, ambas se destinem à condenação de alguém a pagar pecúnia ou fazer alguma coisa, elas têm naturezas distintas. Cobra-se algo que é devido e não foi pago; é possível até cumular perdas e danos, mas a razão da ação é buscar aquilo que não foi, voluntariamente, satisfeito pelo devedor. No caso da indenização, busca-se a recomposição do patrimônio violado em função de um ato ilícito, não de uma obrigação insatisfeita, mas a responsabilização pelo seu não cumprimento.

Em se tratando de fraude contra credores, a finalidade que busca alcançar em ambas as ações do ordenamento jurídico, quais sejam, a pauliana, a revocatória e a declaratória de ineficácia, é a mesma: suprimir os efeitos de um ato jurídico de mobilidade patrimonial, que prejudica os direitos dos credores. No caso da pauliana, o efeito da ineficácia deriva da invalidade, nos demais é originária da própria ação.

Respeitados os prazos legais de interposição das medidas, bem como, em caso de fungibilidade dos meios, após ajuizada a demanda, dentro das disposições processuais, como

o atendimento da emenda da inicial no prazo assinalado na lei ou concedido pelo julgador; ou até mesmo pela via da negociação entre as partes, não haveria maiores óbices à flexibilização de meios. Por fim, cabe ao julgador fiscalizar a aplicação desse recurso, a fim de evitar fraude processual ou prejuízo a terceiros de boa-fé, como já preconiza o Código de Processo Civil, de 2015, através do sistema de nulidades processuais (incluindo os negócios processuais).

## **CAPÍTULO 4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FRAUDE CONTRA CREDORES**

Por fim, vale enfrentar uma última questão acerca do problema posto: a unificação ou não do tratamento dispensado à fraude contra credores, quanto às suas consequências.

O ordenamento jurídico brasileiro distinguiu as atividades negociais em atividades empresárias e atividades não empresárias, regulando-as em distintos diplomas legais. Isso conduziu a doutrina nacional a identificar dois ramos do direito privado, igualmente distintos: o direito empresarial e o direito civil. Contudo, o direito civil, ao dispor de uma teoria geral aplicável ao direito privado como um todo, nunca deixou de oferecer ao direito empresarial as bases dessa teoria geral. Assim, a teoria do fato jurídico, que explica em grande medida as operações que ocorrem no mundo jurídico acerca da incidência e da aplicação da norma, é a mesma para qualquer ramo do direito.

Em razão disso, o estudo da consequência jurídica do negócio realizado para fraudar credores, deve ser feita sob o mesmo prisma, não importando que se trate de negócios realizados sob o pálio do direito civil ou do direito empresarial.

Inicialmente, cabe explicar que foi a ciência jurídica alemã do século XIX, que cuidou da subdivisão do ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, como subcategorias do ato jurídico em sentido amplo, como forma de especializar as categorias do fato jurídico. Essa especialização logo foi seguida pela escola italiana (VELOSO, 2005, p. 4). Muito embora o Código Civil brasileiro, de 1916, não tenha absorvido à época, tal distinção em seu corpo legislativo, pois seguira a teoria monista dos atos jurídicos, de inspiração francesa, que não distinguia subespécies de atos jurídicos por considerar como tais todos os fatos jurídicos que dependiam da vontade humana (VELOSO, 2005, p. 3), a doutrina brasileira sempre se filiou à tese dualista, tendo como principal expoente Pontes de Miranda.

É possível notar em sua obra clássica, Tratado de Direito Privado, a forte influência germânica. Coube ao Código Civil brasileiro posterior, de 2002, a distinção da nomenclatura, embora não tenha dado maior destaque às questões legais pertinentes ao tema, limitando-se a remeter as disposições sobre os atos jurídicos lícitos às mesmas do negócio jurídico, no que forem cabíveis (art. 185, do Código Civil, de 2002).

Com isso, entendeu-se que o fato jurídico é todo fato que tenha repercussão para o mundo do direito; e que, em sentido estrito, fato jurídico seria aquele que não contém vontade humana. Por sua vez, o ato jurídico, em sentido estrito, seria aquele que contém vontade

humana, mas os efeitos do ato decorrem da previsão normativa; o ato ilícito seria o ato humano contrário ao direito, o ato antijurídico; e o negócio seria, então, o resultado da composição da vontade humana para a produção de efeitos desejados.

A opção científica dos juristas alemães no estudo do fato jurídico, mediante a composição de um mundo ideal (mundo do direito) distinto do mundo real (mundo dos fatos), é, reconhecidamente, õde extrema utilidade no trato das questões jurídicas, não permitindo que se confundam situações absolutamente inconfundíveis, como existir, valer e ser eficazö (MELLO, 2009, p. 5), motivo pelo qual se torna imprescindível o conhecimento desses conceitos para o tema da presente pesquisa.

É sentido corrente que um fato, somente passa a ser jurídico, a partir do momento que existe no mundo do direito; em seguida, ao incidir sobre ele, a norma o categoriza jurídico, reconhecendo-lhe os efeitos. Se um negócio, enquanto fato jurídico, existiu, deve-se verificar, ainda, se vale; se tal, por fim, será verificado se está apto a produzir efeitos. Normalmente sim, mas nem sempre, já que um negócio pode existir, valer e ser ineficaz (por causas externas) ou existir, não valer e ser ineficaz (por causa da invalidade).

*Existir, valer e ser eficaz* são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*, porque não há validade ou eficácia do que não é (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 73).

Para que um negócio jurídico, como fato em sentido amplo que é, possa produzir efeitos, é necessário que ele exista no mundo do direito e que valha (tenha validade), não estando sujeito a nenhuma outra ordem limitadora de efeitos. Um negócio existe a partir do momento em que sua previsão normativa, composta pelo seu suporte fático, possa incidir sobre um negócio encetado no mundo real. O que ocorre no mundo real adequa-se ao suporte fático previsto na norma jurídica, investindo-o de juridicização, e tornando-o apto à verificação dos seus elementos de validade, quais sejam, a vontade não viciada do sujeito capaz de emití-la, o objeto lícito e possível, a forma prevista ou não proibida pela norma correspondente e, por fim, a causa lícita. Se o negócio é válido, normalmente é eficaz, este é a sua finalidade. O negócio, enquanto fato jurídico, é a fonte de sua eficácia, mas esta não ocorrerá se as condições de verificabilidade do negócio apontarem para deficiência ou insuficiência dos elementos de validade.

A presença dos elementos existenciais de um negócio, o preenchimento dos seus requisitos de validade e o exercício dos fatores eficaciais implicam na realização dos efeitos esperados do negócio. Entretanto, o descumprimento de qualquer desses componentes do

negócio pode conduzir facilmente ao seu respectivo plano negativo, a saber: a inexistência, a invalidade ou a ineficácia.

Se a fraude contra credores é uma anomalia que afeta o negócio jurídico, é importante identificar em qual desses planos essa anomalia está situada, a fim de apontar suas consequências e eventuais meios de prevenção ou reparação.

Se, para existir um ato jurídico em sentido amplo, a manifestação de vontade e a previsão normativa são elementos imprescindíveis, a ausência de qualquer deles implica exatamente na inexistência dele. Com isso quer se dizer que o ato não chegou a penetrar no mundo do direito, uma vez que não existiu nele. Pode até ter ocorrido um ato no mundo dos fatos, no mundo da natureza, mas ele não contém elementos suficientes de suporte fático para o ingresso no mundo jurídico.

Apesar de todas essas noções serem relativamente aceitas, o mesmo não se deu em relação aos planos dos negócios jurídicos, especialmente em relação ao plano da ineficácia. Para Édgar Ramírez Baquero (2008, p. 10-11), a dificuldade se estabelece sobre dois pressupostos: o primeiro é de natureza terminológica, consistente na ausência de uniformidade nos conceitos que se utilizam para denominar as categorias de ineficácia; o segundo, de corte histórico, tem tratado a ineficácia de maneira distinta em diferentes épocas. Por isso, somente recentemente a dogmática se beneficiou de elementos para a construção de um sistema mais sólido e coerente, mesmo que ainda incompleto.

#### **4.1 Os planos negativos dos negócios jurídicos**

É de se reconhecer que a ininvalidade comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma jurídica (VELOSO, 2005, p. 21), por isso, fala-se em nulidade e anulabilidade, guardando-se a primeira expressão para os atos mais graves e a segunda, para os menos graves.

Se o negócio, enquanto fato jurídico, deve existir, valer e ser eficaz, no mundo ideal, para que seus fins sejam alcançados pelas partes pactuantes, claro está que tais categorias referidas se distinguem. Uma coisa é existir, dentro e fora do mundo do direito, outra coisa é valer no mundo do direito e outra, ainda, é produzir efeitos, dentro e fora do mundo do direito. Um negócio pode ser realizado no mundo real, entre dois sujeitos reais, que, todavia, não existe no mundo do direito (é o caso, por exemplo, de contratos simulados em sala de aula para demonstração prática da matéria, envolvendo pessoas reais e objetos do mundo real, de titularidade de um dos envolvidos na simulação, sem que isso ingresse no mundo do direito

como suporte fático efetivo de uma transação jurídica, por faltar o elemento categorial de existência do negócio, que é a declaração de vontade voltada para a produção de efeitos).

Apesar de constatadas as diferenças, ainda hoje, mesmo depois das dezenas de anos que se seguiram aos primeiros estudos alemães sobre o fato jurídico, a doutrina costuma, vez ou outra, incorrer em imprecisões terminológicas, ora confundindo inexistência e invalidade, ora invalidade e ineficácia. É fácil encontrar a razão disso. A eficácia é o resultado normal, próprio e esperado do negócio jurídico, que existe e vale. Contudo, o seu valor negativo, a ineficácia, pode ser resultante da inexistência ou da invalidade, ou até mesmo de outras causas externas ao negócio jurídico, como a limitação legal. Quando a ineficácia resulta da inexistência ou da invalidade, pode-se levar à confusão dos conceitos, já que o negócio é ineficaz porque não existiu no mundo do direito ó embora tenha existido no mundo dos fatos; ou porque não valeu no mundo do direito, em razão da incapacidade absoluta do sujeito contratante, da ilicitude do objeto ou da ausência da forma prescrita pela lei.

Até mesmo os legisladores incidem no erro que conduz os seus intérpretes a perpetuarem o equívoco:

Outro defeito relacionava-se com a questão da eficácia do ato jurídico. No próprio art. 145, o inciso V, *fine*, incluía entre os atos nulos aqueles aos quais a lei negasse efeito. Nova confusão, desta vez entre invalidade e ineficácia. Tomada literalmente a disposição, ter-se-ia de concluir que era nulo o ato subordinado a condição suspensiva, enquanto esta não se verificasse, já que, nesse ínterim, aquele não produzia efeitos (arts. 114 e 118). A confusão manifestava-se também no art.257, nº II, onde se estabelecia que a convenção antenupcial seria nula se não se lhe seguisse o casamento. O que se queria dizer é que, não vindo a casar-se os nubentes, a convenção ficaria sem efeito, isto é, seria ineficaz. Aplica-se a observação aos arts. 1.067 e 1.069, atinentes à cessão de crédito: em ambos, o "não vale" estava por "não é eficaz" (MOREIRA, 2015, p. 1).

Muito embora restem claras as diferenças entre existir, valer e ser eficaz, para um fato jurídico, entre as categorias de invalidade e ineficácia as situações se sobrepõem, gerando confusões mais intrincadas. Justamente por isso, essa distinção necessária foi impulsionada desde muito tempo atrás, na Alemanha, e teve como principal expositor Windscheid (VELOSO, 2005, p. 24).

Tendo-se em conta o conceito de fato jurídico alhures já definido, sua validade depende da perfeição do suporte fático da norma que o prevê, dando-se ao termo õperfeiçãoõ um sentido técnico que quer significar irretocável, suficiente, bastante. Assim, a invalidade õem essência, constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretize suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentesõ (MELLO, 2009, p. 6).

As lições de Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 42) são igualmente esclarecedoras:

Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo, *grosso modo*, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as *qualidades que os elementos devem ter* (com grifos do autor).

Nos termos do Código Civil brasileiro, de 2002, a validade do negócio jurídico requer a capacidade do agente; a licitude, a possibilidade ó física e jurídica ó do objeto, bem como a sua determinação ou determinabilidade; a forma prescrita ou não proibida em lei (artigo 104); a manifestação de vontade livre e consciente do agente (artigos 138 a 165 combinados com o artigo 178); a legitimação do agente para o ato pretendido (artigos 496 e 497) e a causa lícita do negócio (artigo 166, inciso III).

O Projeto de Código Civil, que veio a se transformar no Código Civil, de 2002, destacava em sua Exposição de Motivos a importância dada ao tema, como se verifica, *ipsis literis* (Brasil, 2005):

Por outro lado, atendendo aos já apontados imperativos técnicos da linguagem do Direito, é sobretudo na Parte Geral que, além de serem fixados os ângulos e parâmetros do sistema, se elegem os termos adequados às distintas configurações jurídicas, o que implicou rigorosa atualização do Código atual, onde não raro se empregam, indiscriminadamente, palavras que devem ter sentido técnico unívoco.

Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos em geral, e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, por *validade* se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a *eficácia* dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes. Quem analisar com cuidado a Parte Geral poderá notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, assim como a pertinente aos valores da pessoa e dos bens. (Exposição de Motivos, parte geral, item 16).

Sobre a invalidade, há quem defina como situações verificáveis em momento anterior, simultânea ou posterior à elaboração do negócio, contudo não há unanimidade no tema. Para Zeno Veloso (2005, p. 25-29) por exemplo, não há invalidade superveniente, pois, toda invalidade é originária, decorre de um vício intrínseco, está conectada com a formação, a gênese, o nascimento do negócio jurídico (...). A invalidade é uma deficiência genética. A ineficácia, sim, é que se dá em momento posterior. Então, se a ineficácia se dá em razão da invalidade, aquela sempre, invariavelmente, será uma causa posterior ao negócio, enquanto a invalidade, que é causa daquela, já estava lá.

Tem razão o autor acima referido, se o caso é de contrato instantâneo, porém naquelas relações negociais que perduram no tempo, a incapacidade do agente pode ocorrer de forma superveniente ao negócio, como se dá nos contratos de mandato (seja a incapacidade superveniente do mandante ou do mandatário, como já previsto no artigo 682, inciso III, do Código Civil, de 2002). A ineficácia, aqui, é posterior, efetivamente, em razão da incapacidade, por exemplo, no caso do mandante, de ratificar os atos do mandatário. Caso o mandatário insista em realizar os atos do contrato, apesar do conhecimento da impossibilidade subjetiva de ratificação, tais são considerados inválidos, como preconiza o artigo 689, da mesma lei civil. Observe-se que, nesta hipótese, a lei apenas assegura a validade, e a consequente eficácia, caso o terceiro esteja de boa-fé e, ainda, que o mandatário desconheça o estado de incapacidade do mandante.

Nem sempre a validade é o elemento definidor da eficácia, pois, como já foi referido, um fato pode não valer e ser eficaz. Contudo, um fato não válido, certamente, encontrará maiores dificuldades de produção de efeitos desejados, uma vez que o negócio deficiente ou insuficiente, em relação aos requisitos de validade sofrerão sanções em gradação maior ou menor, implicando na sua nulidade ou na sua anulabilidade, e, assim, tendo seus efeitos cassados desde a decretação judicial da mesma.

Para José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 4), a validade não comporta gradações; a invalidade, sim. Isso depende do tratamento legal: é questão de política legislativa atrelar ao defeito consequências mais graves ou menos graves. Assim, se a lei prevê nulidade de determinado ato, e não anulabilidade, é porque o legislador considerou mais grave alguma circunstância relativa ao ato.

Resumindo o pensamento de uma série de doutrinadores do direito civil, pode-se apontar que a nulidade é o estado do negócio que ingressou no mundo jurídico descumprindo requisitos de validade considerados essenciais, de interesse social e ordem pública (VELOSO, 2005, p. 35), enquanto a anulabilidade é sanção que se atribui ao ato jurídico em consequência de certas circunstâncias que a lei considera causadoras de deficiência em elemento de seu suporte fático (MELLO, 2009, p. 139).

Genericamente, o vocábulo eficácia significa aptidão, idoneidade, eficiência, vigor para gerar um efeito ou consequência; quando este atributo se predica a uma entidade negocial, fala-se de negócio eficaz e, com isso, quer-se dizer que um ato jurídico é apto, idôneo, vigoroso, eficiente para a produção, em termos amplos e gerais, de um efeito jurídico, de caráter estável (BAQUERO, 2008, p. 14).

Para Marcos Bernardes de Mello (2009a, p. 2), a eficácia jurídica é:

o conjunto das consequências (=efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico.

A eficácia dos negócios jurídicos desata e preserva os efeitos negociais, entendendo-se estes como sequelas, consequências, incidências, etc. As sequelas podem ser gerais, que são comuns a todo ato jurídico, simplesmente pelo fato deste existir enquanto tal; específicas, conectados à função econômica; ou particulares, também ditas individuais, por se referirem especificamente a cada sujeito negocial (BAQUERO, 2008, p. 16-19).

A eficácia jurídica pode ser dividida, ainda, em categorias, que podem ser de direito material ou de direito formal, conforme são resultantes de direito material ou de direito formal. Assim, são de direito material a criação e a regulação de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de excetuados, o estabelecimento de responsabilidades, as prescrições de sanções civis ou penais, a criação de ônus ou premiações, etc., e são de direito formal aquelas que regulam a forma ou o modo de exercício dos direitos, pela prescrição de ritos, prazos, competências (MELLO, 2009a, p. 32).

Esses fatores de eficácia propriamente ditos são externos ao negócio (AZEVEDO, 2007, p. 55), pois podem depender de fatos de terceiros, do tempo, da álea ou até mesmo de uma outra norma jurídica, para que sejam produzidos os efeitos típicos esperados.

A eficácia jurídica pode sofrer limitações também, de variadas ordens: pessoal, espacial, temporal e de conteúdo, além da vontade dos sujeitos contratantes e da expressa disposição normativa, como bem aponta Marcos Bernardes de Mello (2009a, p. 33-39). Exatamente aqui se percebe que a ineficácia, como resultado do valor negativo da eficácia, tem como causas situações intrínsecas ao negócio jurídico e questões extrínsecas, como a revogação do ato manifestado pelo agente, suprimindo os efeitos inicialmente esperados.

Neste sentido, ãineficácia jurídica é possível definir como a inaptidão, temporária ou permanente, do fato jurídico para irradiar os efeitos próprios e finais que a norma jurídica lhe imputa (MELLO, 2009a, p. 61). Para o autor, pode-se reconhecer a ineficácia sob um sentido amplo, referente a todas as situações em que um fato não produziu efeitos e a ineficácia sob um sentido estrito, referente a situações específicas.

A ineficácia pode ser total ou parcial, conforme suprime-se a produção de todos os efeitos do ato ou somente a uma parte dele; e absoluta ou relativa, conforme a ausência de efeitos se oponha a todos a que se refira ou somente a alguma pessoa determinada (MELLO, 2009a, p. 63-65).

Para Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 53), a ineficácia pode ser simples, conforme ela se dê em razão de negócio incompleto, cujos fatores de eficácia não se efetivaram, ou relativa, se o contrato não é oponível a terceiros, embora se trate de ato válido.

Marcos Bernardes de Mello refere, ainda, à retroeficácia (=retroatividade), modificação de conteúdo eficaz (norma posterior que altera o conteúdo abstrato de determinada relação jurídica) e deseficacização (desconstituição da eficácia de ato jurídico por resolução, anulação, revogação e rescisão) (2009a, p. 66-69).

Neste último caso, os efeitos já ocorridos são desfeitos, voltando a situação ao estado anterior ou, na impossibilidade desta, a reparação do prejuízo mediante pagamento das perdas e danos (MELLO, 2009a, p. 68-69). Por fim, Marcos Bernardes de Mello refere à aparência da eficácia dos atos sob dois enfoques: o fático e o jurídico, pois, embora inválido um negócio jurídico, da espécie nulidade, que, em regra, conduz à ineficácia jurídica, pode produzir efeitos fáticos, como no exemplo dado pelo próprio autor, aqui reproduzido:

Tácito comprou a Flávio o imóvel n. 150 da rua do Sossego, em Maceió, por meio de escritura pública, que registrou. Ocorre, porém, que Flávio sofria das faculdades mentais, tendo sido interditado na cidade de Passo Fundo, RS, onde tinha residência permanente, circunstância que era desconhecida do comprador, do Tabelião e do Oficial do Registro de Imóveis (Flávio estava em Maceió de passagem quando assinou a escritura). Em face da incapacidade absoluta de Flávio, o contrato de compra-e-venda é nulo (MELLO, 2009, p. 70).

Contudo, Tácito, do exemplo acima, realizou sua mudança, tomando posse do imóvel, residindo ali com sua família. Se, no mundo do direito, tal negócio é ineficaz juridicamente, no mundo fático, seus efeitos estão sendo realizados. E continuarão sendo produzidos, até que, no mundo do direito, haja a efetiva invalidação da causa original de tal efeito: a decretação de nulidade do negócio jurídico. Claro que, em se tratando de mero estado fático de posse, seria possível, neste caso, a pós-eficacização do ato ineficaz, em razão da prescrição aquisitiva da propriedade pela usucapião. Sobre o tema, o próprio Marcos Bernardes de Mello refere que o ato ineficaz pode tornar-se eficaz em decorrência de fato jurídico posterior (2009a, p. 65).

Após a apresentação conceitual dos planos negativos dos negócios jurídicos em geral, cabe a partir de agora uma análise acerca do enquadramento dos atos e negócios jurídicos praticados em fraude contra credores, para identificar se o problema está efetivamente inserido no plano da invalidade ou no plano da ineficácia.

## 4.2 O primeiro problema: invalidade ou ineficácia relativa dos atos praticados em fraude contra credores?

A questão posta à discussão acerca do correto efeito dos atos praticados em fraude contra credores, ou pelo menos dos atos redutores do patrimônio positivo, parte da constatação de que as sanções possíveis podem ser resultado de origens distintas dos atos atacados. Já se distinguiu aqui os atos que implicam em redução do patrimônio, seja pelo aumento do passivo, seja pela diminuição do ativo, causados pelo próprio devedor, de forma intencional, para driblar os credores, e aqueles que apenas acidentalmente resultam na insatisfação dos créditos.

Deve ser lembrado também que, nos ordenamentos que tratam da tutela da garantia do crédito e da conservação dessa garantia, como a portuguesa (PORTUGAL, 2015) e a italiana (ITÁLIA, 2015), as medidas processuais são destinadas de maneira direta a apenas conservar os bens no patrimônio do devedor, para que estes possam ser eventualmente executados, em concurso de credores ou não. Assim, a sanção da ineficácia pode estar dissociada de quaisquer outros elementos que possam exigir prova para a invalidade, servindo apenas de meio conservatório. Por isso, a impugnação pauliana do direito português não é excludente da nulidade<sup>47</sup>.

No Código Civil e Comercial argentino (ARGENTINA, 2014), a ineficácia é apontada de forma expressa em duas categorias: a derivada da nulidade e a originária, que resulta na inoponibilidade de efeitos em relação a determinadas pessoas (artigo 382). Para esta lei, um ato jurídico celebrado para obter um resultado, cujos efeitos são próprios de outro, apenas pode ser válido se não fraudar a lei ou terceiro (artigo 385).

Sobre o plano da eficácia dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello (2009a, p. 89) reconhece espécies de eficácia jurídica relacionadas a uma única esfera jurídica, cujo conteúdo se limita a atribuir ao seu titular uma qualificação no mundo do direito, denominadas de situações jurídicas simples. É pelo comportamento, pela conduta, que se revela a qualidade do sujeito. Também assim é o que acontece com as qualidades comuns: ser inteligente por agir com inteligência, ser diligente por agir com diligência, ser preguiçoso por agir com preguiça (ou por não agir), e assim por diante. Contudo, a situação jurídica

---

<sup>47</sup>Código Civil português: artigo 610º (Requisitos gerais): Os actos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se concorrerem as circunstâncias seguintes: a) Ser o crédito anterior ao acto ou, sendo posterior, ter sido o acto realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; b) Resultar do acto a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou agravamento dessa impossibilidade.

unissubjetiva de que trata Marcos Bernardes de Mello não é uma qualidade comum, mas uma qualidade jurídica específica (2009a, p. 91), já que cada situação jurídica unissubjetiva tem seu conteúdo próprio compatível com sua finalidade específica e constitui dado individual exigível como elemento de composição de suporte fático.

No caso do artigo 422, do Código Civil, que trata da função criadora de conduta, não há autorização para se extrair uma terceira espécie de qualidade jurídica do agente negocial, a compor o campo da capacidade civil. Agir eticamente é comportamento exigido dos contratantes, efetivamente, mas não se trata de uma qualidade jurídica do sujeito, e sim da própria conduta. Mesmo sabendo que aquele que não é ético, dificilmente agirá eticamente, não se pode levar ao erro de tipificar o sujeito conforme sua ação. Não se trata de uma ética específica, mas de uma ética universal, já que não está adstrita à realização do negócio ou à validade deste para a produção de efeitos jurídicos.

É possível notar que a exigência de conduta ética, antes de ser um comando legal, já compunha o conteúdo da boa-fé objetiva. Justamente por isso, essa conduta de boa-fé não pode ser confundida com a situação jurídica unissubjetiva, apesar de poder se referir a uma só esfera jurídica, exigindo-se do sujeito contratante de *per si*, seja ele credor ou devedor; pode ser oposta *erga omnes*, como por exemplo, quando alguém exige o direito de ser reconhecido bom pagador no comércio, vindo a se utilizar inclusive de medidas jurídicas protetivas diretas ou indiretas, como a supressão de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, com a declaração de quitação, em respeito à boa-fé; e impositividade por via judicial, já que é possível sancionar o contratante de má-fé.

Para Marcos Bernardes de Mello (2009a, p. 94), quando há direito subjetivo a elas relativo, como ocorre com as *qualidades*, a sua violação acarreta o nascimento de pretensão e ação que o fazem impositivo, mas a boa-fé, enquanto dever de conduta está voltada muito mais para o dado objetivo do que subjetivo, por isso se afasta da qualidade do sujeito. Em que pese poder ser aferida unilateralmente, já que é um dever geral, ela se revela efetivamente na alteridade emergente da relação negocial, e não isoladamente na *psique* do indivíduo.

Se um pretenso contratante se conduz em contrariedade a um comportamento de boa-fé esperado, seja em qualquer das fases do contrato (pré-contratual, contratual ou pós-contratual), está a adotar conduta violadora dos deveres gerais de lealdade e cooperação, podendo o prejudicado se insurgir contra essa conduta ilícita. A má-fé é conduta contrária à regra expressa do artigo 422, do Código Civil, como bem já entendeu o Conselho de Justiça Federal, no Enunciado 169 da Terceira Jornada de Direito Civil, ao entender que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello (2009, pp. 227-228), a contrariedade a direito, por si só, não define um ato ilícito, uma vez que há condutas lícitas que contrariam o direito, como a lesão corporal em legítima defesa, mas não são definidas como ilícitas na lei. Assim, além da conduta ser contrária aos ditames do direito, é necessário que não haja na lei nenhuma pré-exclusão de ilicitude. Nesse diapasão, a falta de boa-fé objetiva na relação negocial afronta diretamente a imposição do artigo 422, do Código Civil, que é norma cogente. Não há, conseqüentemente, nenhuma outra norma no sistema que autorize o agir de má-fé, em qualquer que seja o negócio jurídico.

Por fim, a ilicitude que emerge do agir de má-fé, como conduta oposta à boa-fé objetiva, em se tratando de fraude contra credores, volta-se para o objeto do negócio e não para o sujeito. Assim, a ilicitude deve ser sancionada no âmbito objetivo e não no subjetivo, como ocorre muitas vezes na indenização por danos.

Nos termos do próprio artigo 104, do Código Civil, o negócio é inválido se o objeto é ilícito ou impossível, física e juridicamente, ou ainda indeterminável. A lei civil não faz distinção aqui entre o objeto direto (a conduta de prestar) e o objeto indireto (a coisa sobre a qual a conduta se refere) da obrigação negocial, o que leva a crer que a norma atinge os dois. Tem-se entendido que no caso da impossibilidade física, o objeto já deveria ser impossível desde o momento da contratação, pois se a impossibilidade é posterior à formação do negócio, resolve-se em perdas e danos, sem atingir a validade do negócio. Quanto à impossibilidade jurídica, o objeto é assim definido quando contraria a ordem jurídica, mesmo que não expressamente esteja referido em lei, mas pode ser violador da moral ou dos bons costumes.

Vê-se que, no caso de fraude contra credores, o agente fraudador age conforme sua própria declaração, em estrita conformação com esta, sobre disposição de determinada coisa. Em princípio, não lhe faltam a validade nem subjetiva, nem objetiva. Não se cuida aqui do requisito formal, que é absolutamente irrelevante para a discussão da invalidade ou não dos negócios praticados em fraude a credores.

Talvez apenas no âmbito da causalidade negocial possa se justificar uma nulidade de negócio praticado em intuito de fraude. Como visto, o objeto do negócio é resultado da conduta (prestação, objeto imediato) sobre a coisa (objeto mediato). Assim, a conduta dos negociantes deve se pautar pelos rigores da função social:

No Código Civil de 2002 a função social surge relacionada à liberdade de contratar, como seu limite fundamental. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código, a função social não é simples limite externo ou negativo, mas também limite positivo e de determinação de conteúdo da liberdade de contratar (LOBO, 2011, p. 70).

A se considerar a causa do negócio como elemento de validade, a causa ilícita poderia conduzi-lo à invalidade. Assim, ao encetar negócio com objetivo de fraudar credores, surge a questão do defeito do negócio. Sabe-se que, por força do artigo 422, do Código Civil, de 2002, todos os contratos devem observar os princípios da probidade e boa-fé, o que implica em dizer que não se pode admitir nenhuma relação negocial com infração às condutas éticas ó e também morais, que, por sua vez, impõem o comportamento leal com o outro, proibindo a realização de atos que causem deliberadamente prejuízo aos credores. No mesmo sentido, há de se reconhecer, que não cumpre sua função social o negócio que tem como causa a redução intencional das garantias patrimoniais do agente negocial, com objetivo de não solver suas dívidas. Contudo, trata-se de ofensa dirigida a pessoa determinada, justificando a invalidade apenas relativa.

O problema é que nem todas as operações jurídicas destinadas à redução patrimonial se estabelecem sobre bases visivelmente ilícitas, pois podem se dar por processos lícitos em si mesmos, de modo simples e isento de qualquer dissimulação, ou por meio de operações complexas, mediante atos conjugados igualmente lícitos, mas estruturados em razão de uma finalidade ilegal (LIMA, 1965, p. 75).

Por isso mesmo a fraude contra credores pode conduzir a dois resultados possíveis: a invalidade ou a ineficácia do negócio jurídico, a depender da conjugação ou não do elemento intencional que se ampara no erro, no dolo, no abuso do direito ou até mesmo na simulação.

#### 4.2.1 A causa do negócio praticado em fraude contra credores como critério distintivo da licitude

A causa do negócio passa a ocupar, nesse diapasão, uma função de relevância indiscutível. Ela terá o poder de apontar a licitude ou a ilicitude dos negócios realizados em fraude contra credores.

Durante muito tempo se confundiu causa e motivação, contudo a distinção hoje está clarificada. Entende-se a causa como o fim imediato e típico visado pelas partes ao contratarem (FONSECA, 2015, p. 109), enquanto os motivos da realização do negócio são compostos também pelos motivos antecedentes que levam ao processo de formação da vontade negocial, embora esteja colocada em plano distinto do da causa (FERNANDES, 2010, p. 379-382).

Isso tem levado a uma concepção objetivista de causa, que é tida como a função econômico-social desempenhada por cada negócio jurídico (FONSECA, 2015, p. 108), de

modo que não mais se pode tomar a causa pelos motivos, nem os motivos pela causa. Para a questão da fraude, um outro ponto também deve ser esclarecido, mas de maneira pontual e específica, quanto aos contratos bilaterais. Diz respeito ao sinalagma negocial, entendido como o vínculo que, em conformidade com a vontade das partes, une prestações, tornando-as interdependentes. Dessa união resulta uma relação de troca entre prestações que deve ser entendida em sentido jurídico e não em sentido econômico (FONSECA, 2015, p. 109). É o caso de distinguir a causa do sinalagma.

A ausência de distinção entre uma e outro pode conduzir à convicção de que a atuação fraudulenta para prejudicar os credores, pode se dar tanto em relação aos deveres primários, quanto aos deveres secundários de uma relação obrigacional. Tem-se entendido que o sinalagma se presume nos deveres principais, mas nem sempre nos deveres secundários. Nesse caso, a vontade das partes é afluída nas declarações negociais e poderá afirmar essa relação de sinalagmaticidade, não estando afastada a ideia da existência de sinalagma também nas relações secundárias ou anexas, o que, aliás, vem sendo tomado pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, como uma tendência contemporânea (FONSECA, 2015, p. 117).

Dito isso, é preciso verificar agora se a causa do negócio, realizado com o objetivo de fraude, é uma causa pressuposta ou uma causa final, como classifica Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 152). Para este autor, a causa deve ser tomada como função prático-social ou econômico-social.

A mobilidade de bens, que compõem o acervo patrimonial de uma pessoa, atende ao princípio da liberdade, que se encontra garantido na Constituição Federal. Entenda-se como mobilidade as diversas operações jurídicas que implicam na alienação de bens, a título gratuito ou oneroso, de forma parcial ou total, definitiva ou transitória. Se alguém pretende dispor de um bem de seu patrimônio para o de outra pessoa, a título oneroso, a causa pressuposta é o recebimento do preço; a nulidade deste implica em nulidade. A causa final desse acerto é o resultado econômico ou social da alienação, é o recebimento do preço em troca da transmissão do bem.

Com efeito, o preço da venda é elemento categorial de existência e causa do negócio de compra e venda. Por isso, o Código Civil dispõe, entre os artigos 485 e 489, várias recomendações e exigências acerca da fixação do preço, inclusive considerando nulo o contrato que tenha o preço definido exclusivamente por uma das partes.

As irregularidades no preço estipulado podem conduzir à nulidade do contrato. A ausência de preço conduz à inexistência da própria compra e venda, restando no seu lugar mera doação. O preço é causa pressuposta e seu efetivo pagamento é causa final. A ineficácia

do negócio se dá pela via da resolução contratual em face da inadimplência eventualmente ocorrida.

No caso da fraude contra credores, percebe-se que nenhum desses problemas é o motivo da irregularidade. O agente negocial realiza o negócio nos exatos termos que desejou, sua declaração cumpriu integralmente o seu desiderato: a alienação de um bem, ou de bens, mediante o recebimento do preço, que efetivamente foi pago. Aonde reside a irregularidade, então?

Ora, a fraude contra credores pressupõe a redução de bens que venha prejudicar outro negócio. A causa final do primeiro negócio, que é a alienação do bem em troca do preço correspondente, é o motivo da redução da garantia. Isso pode se dar, no caso da compra e venda, pela inferioridade do preço em relação ao valor de mercado do bem alienado, que reduz o patrimônio do alienante. Existe o preço, este não é vil, foi acertado bilateralmente e efetivamente realizado. Não há aqui nenhum problema de invalidade.

A questão está no *quantum* pago. Desde que não configure preço vil, a inferioridade deste, em contraste com o bem vendido, pode ser justificado por questões econômicas que não autorizam a identificação de simulação, dolo ou erro. Qualquer dessas hipóteses conduziria naturalmente à invalidade do negócio. Na fraude, a coisa é mais sutil. Os elementos de existência e validade estão cumpridos. Mas se é assim, qual seria o problema do negócio fraudulento?

Na fraude contra credores, a causa pressuposta não é a raiz do problema, mas sim a causa final, como visto. Isso porque a causa do negócio tem sido tratada como elemento externo, ou seja, não é componente dos requisitos de validade. Assim, apenas no campo da eficácia pode se dar a perquirição de eventuais problemas envolvendo a fraude contra credores. É preciso saber, pois, se a causa final opera a ineficácia de um negócio jurídico. Para isso, traz-se aqui as lições de Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 154):

Esclarecidos, pois, esses pontos, resta precisar melhor o papel de causa. Pois bem, a falta desta nos negócios causais, em geral acarreta, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, ou nulidade ou ineficácia. A doutrina francesa encara a ideia de causa sob o ângulo da *validade*, em virtude dos próprios termos do art. 1.108, enquanto, na doutrina alemã, a ideia de causa é antes vista como influenciando a *eficácia* do negócio jurídico. De resto, sob a égide o BGB, que não se refere à causa, a doutrina alemã restringe a ideia de causa aos negócios patrimoniais e, mais especificamente, aos negócios de atribuição. No direito brasileiro, procura-se ignorar a noção de causa, que, entretanto, acaba surgindo, quando se distinguem os negócios causais dos abstratos, ou quando o próprio legislador se refere à *õjusta causaõ*, para a realização de certos negócios, ou, ainda, quando a jurisprudência, em certos casos de falta de causa, nos quais é impossível o recurso à falta de objeto ou a alguma regra específica, õlembraõ da noção não acolhida a fim de obter soluções equânimes.

No mesmo sentido, já entendeu Alvinio Lima (1965, p. 100), que o ato ilícito do agente negocial está consubstanciado num ato jurídico válido em si mesmo, mas que encerra em sua finalidade a sua ilicitude. Justamente por isso, não poderia se tratar de outra coisa senão de ineficácia relativa, posto que estariam suprimidos apenas os efeitos nocivos da lesão perseguida, sem afetar outras relações que estariam preservadas pela validade do negócio. Em outro sentido, a dificuldade de localização de possíveis causas de invalidade do ato ou do negócio estaria superada, pois, a intenção de fraude que se despista com a prática de atos válidos pode conduzir à perpetuação de injustiças.

Por todo o exposto, não poderia ser defendido aqui a invalidade de um ato jurídico praticado no intuito de fraudar credores como regra geral. A razão é de ordem lógico-científica. O pensamento de Pontes de Miranda (1965a, p. 149), nesse sentido, é preciso:

Todo ato jurídico que viola a proibição de lei é nulo, salvo se a lei mesma estabelece outra sanção. Na dúvida, entende-se nulo. Não há pensar-se em convalescença, ou ratificação; nem há tutela da boa-fé. Mas a proibição de alienar pode não ter a sanção de nulidade. Se a proibição de alienar só tem por fito a proteção de alguma pessoa determinada, ou de determinadas pessoas, a disposição, que infringe a lei, é *ineficaz* quanto a essa, ou essas pessoas, mas eficaz quanto às outras (ineficácia relativa). Se essas pessoas, podendo, assentem, há toda a eficácia do ato de disposição. Também se dá a completa eficácia se a proibição cessa, ou se o direito protegido se extingue.

É possível reconhecer a eficácia de um ato em relação a terceiros de boa-fé, ou até mesmo pela via salvadora do artigo 170, do Código Civil, quando o negócio nulo contiver requisitos de outro, cujo fim que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se conhecessem a nulidade. Nessas hipóteses, tem-se a produção dos efeitos apesar do negócio nulo.

A nulidade deve ser decretada judicialmente, seja impulsionada por qualquer interessado, pelo Ministério Público ou até mesmo de ofício pelo juiz. Note-se que no artigo 132, da Lei de Falência e Recuperações, o legislador concedeu legitimação ativa para ação revocatória ao Ministério Público, a qualquer credor e ao administrador judicial, podendo o juiz de ofício declarar a ineficácia do ato praticado em conformidade com o artigo 129, da mesma lei. Em que pese tratar-se de ação de ineficácia, e não de nulidade, a ação revocatória falimentar traz rol extensivo de autoria.

Ora, a intenção do legislador naquela lei é dar maior flexibilidade e alcance para atacar os atos que venham a prejudicar a satisfação do crédito, sem perpetuar indefinidamente a possibilidade de supressão de efeitos, por isso a escolha pela ineficácia e não pela nulidade.

Ao tratar de nulidade, abre-se a possibilidade da imprescritibilidade dos atos praticados, podendo a qualquer tempo vir a ser ajuizada uma ação de nulidade. Isso não é

medida salutar, pois causaria terrível insegurança jurídica. Mais ainda, seria estímulo desarrazoado a abarrotar os tribunais com demandas descabidas, no intuito de desfazer efeitos de efeitos já produzidos ao longo do tempo.

Não se pode perder de vista a missão do Direito. Não se trata apenas de amor à ciência, mas de um conjunto de ações e orientações dinâmicas para a vida prática, afinal o Direito é um processo consciente de resolver casos concretos (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 609).

Vale registrar que o sistema de invalidades posto no Código Civil era o principal mecanismo de regulação da liberdade contratual, mediante um conjunto de regras que protegia a liberdade da declaração de vontade (BRANCO, 2009, p. 9), motivo pelo qual a doutrina brasileira foi tardiamente despertada para o aprofundamento do plano da ineficácia dos negócios jurídicos.

Nem todos os casos de fraude contra credores conduzem à invalidade, o mesmo se diga em relação à ineficácia, já que o fato de o Código lidar apenas com as categorias de nulidade e da anulabilidade não impede que a ciência jurídica descubra no bojo do ordenamento positivo situação patológica do ato jurídico que não configure nem o tipo da nulidade nem o da anulabilidade (THEODORO JR., 2015, p. 112).

Ao autorizar o julgador a cassar os efeitos de um ato praticado em fraude, sem que necessariamente se tenha como requisito excludente a sua invalidade, abre-se uma possibilidade mais ampla de tutela do crédito, mas sem a pretensão de ser *ad infinitum*. Dá-se a proteção sem os exageros ou rigores desnecessários.

Esse também é o pensamento de Humberto Theodoro Jr. (2015, p. 92), para quem além de atribuir efeitos impróprios à natureza dos negócios viciados, reúne o Código fenômenos heterogêneos sob a denominação única de defeitos do negócio jurídico. Na verdade, nada há em comum entre os vícios de consentimento (ou de vontade) - erro, dolo, coação etc. e os vícios funcionais (ou sociais), como a fraude contra credores.

Um último argumento deve ainda ser tratado aqui. É o que vem disposto no artigo 166, inciso III, do Código Civil, sobre a nulidade do negócio jurídico quando o motivo determinante, comum aos negociantes, for ilícito. Ora, não se furtou a lei civil de insistir na questão tormentosa de se tentar atribuir à razão psicológica efeitos jurídicos. Isso significa que, se o motivo do negócio, comum aos dois partícipes da relação negocial, for ilícito de *per se*, então todo o negócio padece da invalidade jurídica.

Como observara Miguel de Serpa Lopes (2000, p. 481), todo negócio tem uma causa pressuposta, a questão não é identificar o porquê do negócio, mas o para quê, justamente por

isso é que se pode idealizar causas lícitas ou ilícitas. Se o negócio é encetado para fraudar lei imperativa, é nulo, como expressamente já prevê o artigo 166, inciso VI, do Código Civil, não importa porque o negócio foi realizado. Não se pretende retomar agora a discussão supramencionada acerca da causa do negócio, pois a se ter a lei civil na esteira dos anticausalistas, restam apenas os motivos. Para muitos, a causa é apenas o resultado dos motivos que a antecederam.

O motivo, que é comum a ambos os contratantes, faz parte da base subjetiva do negócio, diria Karl Larenz (1956, p. 37)<sup>48</sup>, ao analisar a formação da vontade negocial:

A expressão base do negócio pode ser entendida, e assim tem sido, em duplo sentido. Em primeiro lugar, como a base subjetiva da determinação da vontade de uma ou ambas as partes, como uma representação mental destinada a concluir o negócio influenciando decisivamente na formação dos motivos. Em segundo lugar, como a base objetiva do contrato (enquanto complexo de sentido inteligível), ou seja, como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato ó sabendo ou não os contratantes ó, já que, se não for assim, não se lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto.

Nesse sentido, a motivação comum aos partícipes da relação negocial pode conduzir à invalidade do negócio. Em caso de conluio fraudulento, estando o terceiro igualmente de má-fé, para fraudar os credores do devedor, poderia se tratar efetivamente de nulidade. É o caso de se ter duas consequências distintas para o mesmo fenômeno da fraude.

Não é privilégio do direito brasileiro essa constatação, também no direito francês é possível encontrar o mesmo fenômeno, quando se trate de fraude cometida por cônjuge em prejuízo da comunidade de bens, por exemplo. O abuso de poder na disposição de bens comuns realizado por apenas um dos cônjuges, durante a constância da comunhão, é sancionada com a nulidade do ato; todavia, a Corte de Cassação tem entendido que esse abuso de poder é fraude, que é sancionada, por sua vez, com a ineficácia do ato. Diante de situações dessa ordem, questiona-se, então, se a disposição de bens em tais condições é nula ou ineficaz. Na França, essa colocação igualmente é tormentosa, pois a ação de ineficácia tem prescrição trintenária, enquanto a de nulidade prescreve em dois anos (Recueil Dalloz, 2011).

O caso aqui é definir se as duas ações são necessárias ou se o ajuizamento das duas induz litispendência, ou ainda se apenas uma delas pode solucionar o problema.

Obviamente, trata-se de uma hipótese entre as demais já apontadas, motivo pelo qual não se pode entender que, mesmo em se tratando de fraude contra credores, a sanção seja a nulidade. Parece que isso só vai ocorrer quando houver o conluio efetivo entre o devedor e o

---

<sup>48</sup>Tradução livre da versão em espanhol da obra citada, referências completas ao final da tese.

terceiro de má-fé. Nas outras situações, mesmo de fraude, ainda se cuida de ineficácia, como também nos casos de redução voluntária de bens sem a intenção da fraude (atos objetivos).

Apesar das disposições expressas da lei civil acerca da anulabilidade, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a ineficácia relativa como consequência possível na prática de atos fraudulentos e lesivos a credores:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO. FRAUDE CONTRA CREDORES. NATUREZA DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA SOBRE MEAÇÃO DO CÔNJUGE NÃO CITADO NA AÇÃO PAULIANA.

1. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da divergência, na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

2. A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio, já que o retorno, puro e simples, ao *status quo ante* poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado.

3. Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2º; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes executar os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas.

4. No caso dos autos, sendo o imóvel objeto da alienação tida por fraudulenta de propriedade do casal, a sentença de ineficácia, para produzir efeitos contra a mulher, teria por pressuposto a citação dela (CPC, art. 10, § 1º, I). Afinal, a sentença, em regra, só produz efeito em relação a quem foi parte, "não beneficiando, nem prejudicando terceiros" (CPC, art. 472).

5. Não tendo havido a citação da mulher na ação pauliana, a ineficácia do negócio jurídico reconhecido nessa ação produziu efeitos apenas em relação ao marido, sendo legítima, na forma do art. 1046, § 3º, do CPC, a pretensão da mulher, que não foi parte, de preservar a sua meação, livrando-a da penhora.

5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 506.312/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 15.08.2006).

Percebe-se no julgado acima colacionado que os ministros entenderam, naquele caso específico, que a ineficácia relativa seria a medida mais acertada, em razão do princípio da conservação dos atos (AZEVEDO, 2007, p. 70). O reconhecimento de possíveis circunstâncias posteriores, ou até mesmo simultâneas, que não deveriam ser atingidas, se a fraude tivesse como efeito a invalidade, pode justificar a decretação de ineficácia do ato.

Observa ainda Humberto Theodoro Jr. (2015, p. 116), arrematando o tema, que até mesmo a evolução da legislação brasileira sobre fraude contra credores, realizada fora do Código Civil foi desprezada, pois a Lei de Falência, de 1945, e os Códigos de Processo Civil, de 1939 e 1973, já tratavam a fraude como tema ligado à ineficácia e não à anulabilidade, o mesmo se mantendo no Código de Processo Civil, de 2015.

De outra parte, muitas teorias tentaram encontrar a natureza e a justificativa para a ineficácia dos atos e negócios praticados em fraude contra credores, tendo algumas se vinculado à ideia de que o patrimônio do devedor deve servir de garantia mediante um penhor geral de seus bens. Essa teoria foi defendida por Charles Beudant e Gaston Lagarde, na França (LIMA, 1965, p. 91). Essa garantia seria sempre frustrada por atos ilícitos, quase delituosos, nos quais a culpa seria necessariamente o elemento essencial. Tal é o que se preconiza até hoje, no direito contemporâneo, como se pode observar nos mais recentes diplomas legais já referidos.

De todo modo, não pode ser arbitrária a decretação da ineficácia ou da invalidade, como se viu, pois não se pode perder de vista as disposições legais sobre a fraude. A invalidade ou a ineficácia do ato praticado em fraude prende-se com rigor aos ditames da própria lei, seja da lei civil, seja da lei falimentar.

Em tese de doutoramento, Clara Moreira Azzoni (2012), analisou os artigos 129 e 130, da lei falimentar brasileira, tendo denominado de ineficácia objetiva e ineficácia subjetiva as hipóteses de fraude contra credores previstas naqueles artigos, respectivamente. Tratou-se de estudo de cunho eminentemente processual, com destaque para as consequências da ineficácia dos atos fraudulentos, realizados nas condições previstas pela lei falimentar, reconhecendo devidas as distinções propostas pelo legislador, mas insuficientemente percebidas pela doutrina e pela jurisprudência.

A novidade na tutela do crédito é a possibilidade do recurso à ação pauliana, para invalidar, ou à ação revocatória, para tornar ineficaz um ato fraudulento, independentemente de se tratar de um negócio jurídico de natureza civil ou empresarial, que esteja submetido, com exclusividade, a um ou a outro diploma.

Apesar de reconhecer a necessidade da dicotomia entre ineficácia objetiva e ineficácia subjetiva, que resulta no manejo de ações processuais distintas, Azzoni (2012, p. 374-375) admite a possibilidade do recurso da fungibilidade entre os variados instrumentos jurídicos (pauliana, revocatória e declaratória), embora de forma limitada, a fim de garantir a tutela do crédito, através de uma resposta eficaz contra os atos praticados em fraude.

Para a autora, a fungibilidade aqui se traduz por uma conversão de meios, pela qual a parte substitui uma técnica por outra (AZZONI, 2012, p. 352), especialmente no uso da declaratória em face da revocatória ou vice-versa, mas ainda dentro do processo falimentar. Nesse sentido, a fungibilidade seria restrita aos casos de ineficácia objetiva e subjetiva, dos artigos 130 e 129, da lei falimentar, não reconhecendo a possibilidade de se dar o mesmo em relação à revocatória e à pauliana. A exceção da conversão da pauliana já ajuizada em

revocatória apenas poderá se dar, conforme análise da mesma autora, quando aquela tiver sido proposta pelo desconhecimento da situação de quebra do devedor.

De fato, a ponderação dessas medidas deve imperar, no momento de sua utilização. Contudo, isso não pode ser sinônimo de restrição a direitos. O ordenamento jurídico é um conjunto sistematizado de normas, que encontram substrato nos fatos e nos valores. Assim, não há, em rigor, a violação da segurança jurídica quando se encontra solução para um conflito fora dos ditames de uma legalidade estrita, desde que amparada dentro do mesmo sistema.

Já disse Niklas Luhmann (2002), que a morte do direito pode se dar pela interferência nociva de outros sistemas, mas não pelo recurso aos instrumentais próprios do mesmo direito. Por isso mesmo, as variáveis do fenômeno jurídico que encontrarem soluções distintas e atualizadas, para além da legalidade estrita, não são contrárias à segurança jurídica, quando estabelecidas em parâmetros claros e previamente definidos<sup>49</sup>.

#### 4.2.2 A fraude contra credores e o terceiro cúmplice

Por fim, deve-se tratar da figura do terceiro colaborador da fraude e do fundamento de sua responsabilidade, ponto extremamente controvertido, por se referir às limitações classicamente impostas pela relativização dos deveres oriundos da obrigação. Pela concepção pura do princípio da relatividade, típico do direito obrigacional, os terceiros não poderiam sofrer as mesmas consequências jurídicas que o sujeito obrigado.

Como o próprio nome indica, terceiro é aquele que se define estranho ao negócio, externo à relação jurídica obrigacional, que somente indiretamente a ela se liga. É importante perceber que o conceito de terceiro é sempre relativo, pois diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação e, em razão de determinados efeitos, num dado momento (SANTOS JR., 2003, p. 447). No caso do negócio jurídico, por exemplo, é terceiro todo aquele que não emitiu nenhuma declaração de vontade apta a compor um polo negocial. Já em relação ao direito de crédito decorrente de uma relação obrigacional, terceiro é o sujeito que não ocupa a posição de credor nem de devedor.

Deve-se lembrar ainda que nem sempre o terceiro em relação ao contrato é, também, terceiro em relação ao direito de crédito que daquele se origina, como ocorre nas estipulações em favor de terceiro e na promessa por fato de terceiro<sup>50</sup>. Em tais casos, embora o terceiro não

---

<sup>49</sup>Ver item 3.5.

<sup>50</sup>O Código Civil, de 2002, regula essas figuras nos artigos 436 e 439, respectivamente.

seja parte do contrato, poderá ter um direito de crédito assegurado, como receber a indenização contratada em caso de sinistro no seguro de vida, por exemplo. O segurado é a parte contratante e a seguradora é a parte contratada, mas o direito de crédito decorrente do sinistro garantido pertence ao terceiro informado na apólice.

Na estipulação em favor de terceiro e na promessa por fato de terceiro, o terceiro não é desconhecido de uma das partes, por isso já foi dito que o terceiro às vezes pode ser absolutamente estranho em relação ao contrato e à relação obrigacional (SANTOS JR., 2003, p. 450). Nesse sentido, tratar-se-iam de terceiros relativamente estranhos (desconhecidos de uma das partes) e terceiros absolutamente estranhos (desconhecidos de ambas as partes contratantes). No primeiro grupo, pode-se apontar os sucessores, os cessionários de créditos ou de contratos, os representantes negociais, etc.; no segundo grupo, os titulares de direitos conexos à relação obrigacional, como os credores prejudicados pela fraude cometida em relações obrigacionais diversas, antecedentes ou paralelas.

Essa percepção sobre o terceiro ainda não está completa, em razão da influência de outras questões decorrentes da nova principiologia contratual, inaugurada na era do direito contemporâneo, especialmente em função do princípio da função social.

A própria noção de relativização do contrato, por exemplo, não se sustenta em sua integralidade, já que pela função social do contrato é possível reconhecer que o crédito dele originário cumpre uma função intrínseca e uma função extrínseca, que pode ser oposta *erga omnes*.

No que pertine à atuação do terceiro participante das operações que se ligam à fraude contra credores, há de se estabelecer a sua materialidade. Para Alvino Lima (1965, p. 100), o fundamento da revogação contra o terceiro adquirente repousa na fraude por ele cometida, quer se trate de ato a título oneroso, quer se trate de ato a título gratuito. A responsabilidade do terceiro seria fruto da sua própria conduta na fraude, pela qual assume também papel decisivo e não apenas uma função coadjuvante. O terceiro, assim, é também autor do mesmo ilícito.

Embora Alvino Lima (1965, p. 103) tenha separado o terceiro adquirente a título gratuito em duas categorias, quais sejam, os beneficiários de boa-fé e os beneficiários de má-fé, não resta muito espaço separando os dois, já que, para o autor, o terceiro beneficiário estará de má-fé sempre que não tenha diligenciado para identificar se a doação recebida seria ou não suficiente para a redução prejudicial do patrimônio do doador. Nesse sentido, o terceiro incidiria em culpa por omissão, pela falta ao dever de diligência, no sentido de verificar a livre disponibilidade do bem objeto da liberalidade.

Em que pese todo o interesse em se ver garantido o crédito, não há como concordar com tal afirmativa. De fato, o terceiro pode ser responsabilizado por ato próprio diante do conluio fraudulento, que pode se dar também nos atos gratuitos, mas nem por isso pode-se exigir do terceiro, em todas as circunstâncias, que tenha conhecimento acerca da vida financeira do seu benfeitor. Isso implicaria em exigir do terceiro uma possível ofensa ao direito personalíssimo de privacidade do doador. Não se sustenta, pois, a tese de diligência absoluta do terceiro sobre a figura do doador como critério definidor de má-fé ou boa-fé. Estas devem decorrer da investigação a ser realizada sobre a conduta do terceiro, que, diante da prova de conhecimento da fraude praticada pelo doador, com ele se consorcia para a sua efetivação, seja por ação, seja por omissão.

Pela doutrina da tutela externa do crédito, atualmente em franca difusão e aplicação pelos tribunais brasileiros, não resta dúvida alguma sobre a responsabilidade do terceiro partícipe do ato fraudulento.

A fraude pode ser intentada pelo devedor com a colaboração de um terceiro de boa-fé, usado para a obtenção da finalidade ilícita, como um terceiro de má-fé, conhecedor e partícipe dos planos maliciosos para frustrar o credor. Deve-se distinguir, portanto, três situações: (a) o devedor que age de má-fé para fraudar seu credor, com a participação consciente do terceiro cúmplice; (b) o devedor que age de má-fé para fraudar seu credor, com a participação inconsciente do terceiro, que por isso age de boa-fé; (c) o devedor que age de boa-fé, mesmo assim causa o prejuízo ao seu credor.

Nas duas primeiras situações cuida-se de fraude subjetiva; na última hipótese, trata-se de fraude objetiva.

A boa-fé do terceiro, especialmente quando é beneficiário de doação, se revela na ausência de conhecimento do terceiro da situação patrimonial do devedor, seu contratante ou benfeitor, cuja presunção é relativa. Não seria correto tratar-se de uma presunção absoluta de boa-fé ou de má-fé do terceiro, em razão de uma exigência de conhecimento, que, muitas vezes, seria impossível de ser superada.

Atribuir ao terceiro a obrigação de investigar a vida patrimonial do devedor e seus outros negócios, seria uma exigência inócua para fins de prevenção de fraude ou simulação, como também uma afronta ao direito de privacidade do devedor, como já referido, frente a relações indiretas, mesmo que conexas.

As tentativas de superação dessa dificuldade permanecem como um desafio para o jurista, no sentido de localizar meios de compatibilização, dentro do sistema, que permita

harmonizar medidas de sancionamento sem a necessária demonstração da intenção fraudulenta.

#### 4.2.3 A distinção entre atos objetivos e atos subjetivos como elementos categoriais da fraude: justificativa da ineficácia

É preciso deixar bem definido que há duas categorias distintas de atos voluntários que podem resultar no esvaziamento do patrimônio, que serve de garantia geral: os atos que são praticados, mesmo que voluntariamente, mas sem a intenção específica de lesar credores, e os atos que são praticados apenas com esse objetivo. Não se pode falar rigorosamente em fraude, quando se toma essa num sentido puramente subjetivo, para incluir os atos que involuntariamente reduzem o patrimônio do devedor, frustrando a solvência da obrigação contraída, como o caso fortuito e a força maior, pois não são situações que decorrem da declaração de vontade do agente.

Os atos que implicam em redução de patrimônio positivo, como as doações, por se referirem à disposição de bens sem contraprestação, devem ser investigados mais detalhadamente do que os atos bilaterais, que, embora possam trazer uma redução do patrimônio positivo, espera-se que esta seja mero estado de transição entre a constituição e a quitação. Exemplificando: se A vende um automóvel de sua titularidade para B, mediante pagamento de preço parcelado, espera-se que entre a redução do seu patrimônio (entrega do veículo que implica em tradição) e a recomposição desse patrimônio (quitação de todo o preço acordado), tenha se dado alteração patrimonial meramente transitória. Apenas em caso de não pagamento do veículo, haveria uma proximidade de tratamento entre as situações.

Contudo, pode-se perceber que, mesmo transitoriamente, a redução do patrimônio positivo de uma pessoa é um dado importante a se considerar, em conjunto com a prática de outros atos que, para serem garantidos por sua vez, necessitam do patrimônio íntegro do sujeito. Essa transitoriedade não é sinônimo de garantia, portanto. Enquanto não pago o preço, o credor pode, sim, ter comprometido o seu próprio estado de solvência perante outras relações, nas quais figure como devedor. Esse é que é o ponto de preocupação para a tutela do crédito.

Longe de se afirmar uma rigorosa intervenção sobre a mobilidade patrimonial de um sujeito, ao mesmo tempo não se pode ignorar que uma efetiva tutela de crédito tenha que necessariamente considerar algumas circunstâncias de limitação dessa mobilidade, por afrontar à ética negocial, ao princípio da boa-fé que preconiza o comportamento leal.

Obviamente, se o devedor, alertando seu possível credor de que não há como garantir a recomposição do seu patrimônio garantidor, como na hipótese acima aventada, aquele mesmo assim decide pela contratação, não há como ser alegado posteriormente que tenha o devedor sido desleal com o seu credor. No entanto, em caso contrário, a ausência do dever de informação pode ensejar efeitos inesperados para o devedor, caso venha a cair em insolvência.

Não se pode afirmar que, em toda e qualquer situação de atos ou negócios que impliquem em redução do patrimônio positivo de uma pessoa, de modo transitório ou definitivo, seja apta a fazer incidir uma consequência jurídica, como a responsabilização ou a ineficácia, porém, algumas situações podem ser vislumbradas nessa condição.

É o caso, por exemplo, de alguém que resolve doar anualmente valores para instituições de caridade, sem controle permanente do impacto dessas liberalidades, chegando ao esvaziamento patrimonial, que venha a comprometer a satisfação de seus credores. O fato de não manter um controle sobre a própria capacidade de liberalidade pode ser considerado uma falta de sua parte. No caso de pessoas físicas, é sabido que tal controle pode ser ainda mais difícil de ser realizado e, conseqüentemente, exigido. Todavia, essa atitude temerária, embora não realizada na intenção de fraudar credores, em última instância, causou o mesmo resultado: a frustração do crédito.

Seria injusto punir alguém que tenha sido movido por padrões altruísticos de solidariedade, por isso não se pode sempre encontrar no sujeito o fundamento da cassação dos efeitos do ato praticado. Voltando-se para o seu credor, por sua vez, não se concebe deixar o mesmo sem garantia de satisfação do crédito. Então, embora não tenha o devedor agido intencionalmente para lesar o seu credor, a sua ação, objetivamente considerada, causou o mesmo resultado. Neste sentido, a liberalidade deverá ter o seu efeito cassado, a fim de recompor o patrimônio garantidor do devedor.

Se o patrimônio, embora reduzido, por atos ou negócios de um sujeito, não sofre alteração em sua função garantidora, nada há a considerar. Apenas diante da sua insuficiência, abre-se as questões acerca da recomposição pela ineficácia.

Diante, pois, de atos praticados sem correlação direta com a intenção de lesar credores, mesmo constatada a redução nociva de bens, não se poderia definir rigorosamente como fraude, já que, para alguns, a configuração desta necessita da intenção dolosa. Nesse aspecto, agiu corretamente o legislador falimentar brasileiro, quando distinguiu os atos objetivos (atos não intencionais) e os atos subjetivos (atos intencionais), como espécies do gênero fraude contra credores.

A redução voluntária de bens pode ser parcial ou total (esvaziamento) e será ineficaz sempre que comprometer a satisfação de outros créditos, a fim de permitir a correta instalação do concurso de credores e o cumprimento do processo de execução concursal da insolvência civil. Para caracterizá-la, basta que o ato praticado esteja relacionado à redução da garantia necessária para a satisfação dos credores, independentemente da intenção de lesar. Ou seja, é suficiente a frustração do crédito e a correlação com o ato redutor do patrimônio, objetivamente considerado.

A doutrina empresarialista mais recente não tem oferecido considerações mais rigorosas acerca dessa distinção, em função da própria lei falimentar atual, já que considera todas as situações decorrentes dos artigos 129 e 130 como ineficazes, independentemente de quaisquer outras circunstâncias que possam conduzir à invalidade do mesmo ato. Contudo, já foi grande a preocupação dos doutrinadores nacionais, como Trajano de Miranda Valverde (2001, p. 375-376), que considerava fraude apenas os atos intencionais, por isso era correta a distinção entre atos subjetivos (revogáveis) e atos objetivos (ineficazes).

A dificuldade de se construir uma teoria geral de fraude se inicia pela própria etimologia da palavra, pois é um conceito volátil que serve a inúmeras situações, em que pese a extração de um denominador comum, que é a intenção. Fraude é uma expressão, que, em sentido vulgar ou comum, congrega uma infinidade de condutas.

Não é incomum se ver associada a fraude ao ardil, à malícia e ao dolo. Por isso, convencionou-se distinguir, nesta tese, a fraude contra credores subjetiva, para as situações em que uma pessoa, agindo de má-fé, realize atos ou negócios em claro intuito de frustrar a solvência do crédito, e a fraude objetiva, para circunstâncias determinadas, aferidas objetivamente, que não dependem da verificação do ânimo subjetivo de fraudar. Nas palavras de Rolf Madaleno (2009, p. 305), ão plano jurídico, fraude é sinônimo de lesão causada pela conduta desleal (...) A fraude é um artifício que se estabelece pelo engano, pela astúcia imposta com a vontade de extrair um indevido proveito deste dissimulado ardilö. Daí se falar em fraude objetiva e fraude subjetiva.

A fraude subjetiva caracteriza-se pela intenção do sujeito de lesar o credor (ato subjetivamente apreciável) e a lesão efetivamente causada pela redução do patrimônio positivo, que serve de garantia geral. Não é requisito o concurso com terceiros para alcançar o resultado nocivo, embora muitas vezes isso possa ocorrer.

Se o elemento intencional é que define a fraude, então não é componente categorial a anterioridade do crédito frustrado, pois o agente pode se conduzir intencionalmente para

frustrar crédito ainda a se contrair, em período posterior a esse ato, daí se tratar de crédito futuro.

Considerando que a ineficácia pode se dar em razão da invalidade, da rescisão ou da resolução de negócios, bem como de fatores já predispostos, como o termo, o encargo ou a condição, e até mesmo em razão da lei, faz-se necessário referir em qual dessas modalidades se insere a consequência da fraude. São oportunas, nesse sentido, as lições de Marcos Bernardes de Mello (2009, p. 31), para quem categorias eficaciais são õtodas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos õnusõ. Por isso, cuida-se aqui de analisar a ineficácia dos atos praticados em fraude contra credores, atuais ou futuros, seja para impedir a consequência pretendida, seja para cassar a consequência já produzida. Na linguagem técnica do autor referido (2009, p. 68), trata-se de deseficacização:

A eficácia de ato jurídico pode ser desconstituída por meio de resolução *stricto sensu*, anulação, revogação e rescisão. Essas espécies atuam no mundo jurídico em dois de seus planos: (a) no plano da existência, desjudicizando o negócio jurídico a que se referem, excluindo-o do mundo jurídico, e (b) no plano da eficácia, em geral, desconstituindo, *ex tunc*, a eficácia que tenha sido por ele (negócio jurídico) irradiada. Assim, o negócio jurídico que *era*, por consequência da resolução, da anulação, da revogação ou da rescisão, *deixa de ser* no mundo jurídico e, simultaneamente, pede, em regra, toda a eficácia que produziu; os efeitos que dele se irradiaram são desmanchados e devem ser tratados como se nunca houvessem existido. A deseficacização, nessas espécies, é total, repondo-se os figurantes ao estado anterior. (...) Se os efeitos são daqueles que, por sua essência, não podem ser desconsiderados, porque impossível de restaurar-se o estado anterior, a deseficacização impõe que haja reparação por meio de indenização.

Finalmente, vale registrar que a distinção entre atividade empresária e atividade não empresária apenas se justifica quando se dá com rigor, não deixando margem a dúvidas quanto à espécie de uma ou õtra, naqueles sistemas que adotam a dualidade de regulamentações. A falta desse rigor pode conduzir ao uso indevido das leis civil e falimentar, acobertando injustiças e perpetuando diversas fraudes, que deveriam ser combatidas na origem.

#### **4.3 O segundo problema: unificação ou dualidade de tratamentos na fraude contra credores?**

Deve-se ter notado, ao longo do presente estudo, que tanto na seara civil, quanto na empresarial, a redução patrimonial de bens, que implica na fraude contra credores, se prende a um fato relevante: lesão ao direito do credor em ter satisfeito o seu crédito. Contudo, na

fraude civil, a dilapidação de bens voltados para fraudar credores implica na invalidade relativa do ato ou do negócio, enquanto na fraude empresarial cuida-se de ineficácia relativa à massa falida.

Considerando que, no direito romano, o sentido do direito se estabelecia no ato processual de realizar a justiça, era de se entender que a fraude cometida durante o processo pudesse implicar na ineficácia dos atos voltados à redução da garantia patrimonial dos resultados pretendidos. Não havia que se falar, neste sentido, em vícios de vontade ó que eram, para os romanos, o erro, a coação e a simulação ó como causas invalidantes do negócio encetado para fraudar credores.

Portanto, a consequência da redução patrimonial fraudulenta, na seara processual executória, é, até os dias atuais, de ineficácia, como figura expressamente no artigo 792, do Código de Processo Civil brasileiro, já referido.

Como já visto, e nunca é demais repetir, a fraude contra credores não é vício de vontade, não se refere a um defeito subjetivo do negócio jurídico, muito pelo contrário, trata-se de um resultado pretendido realizado deliberadamente, com o claro objetivo de reduzir a garantia patrimonial de satisfação do crédito gerado pela relação obrigacional encetada com outrem.

Também não é a fraude sempre um defeito do negócio, já que este se realiza ó em muitas das vezes ó mediante o cumprimento de todos os seus pressupostos de validade (capacidade, legitimidade, manifestação sem vícios, objeto, forma). Por isso mesmo, há de comportar também a possibilidade de ineficácia, como ocorre na Lei de Falência e Recuperações, em que a fraude não é tratada como vício de vontade, nem como um defeito invalidante do negócio jurídico. Seguindo a tradição romana, cuida da redução patrimonial fraudulenta como um ato válido, porém sujeito à ineficácia, ou à revocação, no sentido de retornar à massa falida os bens ora alienados para reduzir a garantia efetiva.

A lei falimentar refere duas situações distintas: atos realizados sem conluio fraudulento e atos realizados com conluio fraudulento, sendo este elemento subjetivo o que caracteriza a ineficácia dos atos dos artigos 129 e 130, respectivamente. Quanto ao elemento objetivo, nota-se que a lei não faz referência a nenhum ato especificamente, devendo-se concluir que os atos podem ser efetivamente os mesmos.

Em razão dessa distinção legal de conceitos, optou o legislador por dois procedimentos igualmente distintos, como se depreende do artigo 132: ãa ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta...ö, e do artigo 129, parágrafo único: ãa ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante

ação própria ou incidentalmente no curso do processo. Não parece que tenha o legislador adotado um único procedimento para as duas circunstâncias, pois na primeira hipótese, ausência de conluio, pode o juiz reconhecer de ofício, no mesmo processo falimentar; entretanto, se alegada por algum credor prejudicado, tal deve se dar em ação apartada, de forma autônoma ou incidental, devendo-se provar apenas o elemento objetivo a ser enquadrado no artigo 129. Por outro lado, ao tratar da ação revocatória, o legislador elegeu como legitimados ativos o administrador judicial, qualquer credor da massa falida ou o representante do Ministério Público. Neste caso, deve haver comprovação dos elementos objetivo e subjetivo, quais sejam, além do ato de redução patrimonial e o efetivo prejuízo à massa falida, também o *consilium fraudis*.

Para a melhor compreensão acerca das duas espécies de ineficácia trazidas pela lei ora analisada, é indispensável o conhecimento do significado da expressão *revocatória*, que se inicia pela própria etimologia da palavra: trata-se de revogação ou genuinamente revocação?

Chama-se revogação o ato de suprimir o efeito de um negócio jurídico pela própria vontade do seu agente (MELLO, 2009a, p. 68). É possível encontrar significados semelhantes na palavra revocar, em português e em espanhol. Em português, revocar quer dizer chamar para trás, mandar voltar, chamar de novo, evocar; referir ao tempo presente (coisas passadas); mas também pode significar anular; revogar, restituir (FIGUEIREDO, 2013).

Em espanhol, revocar, oriunda do latim *revocare*, representando verbo que refere a uma ação de repetição, como se depreende do prefixo *re+vocare*, pode ser tomado como chamar de novo, mas também pode ser entendido como retratar, reduzir, voltar atrás, entre outras significações. O sentido de voltar atrás pode ser aplicado na vida jurídica. Nesse sentido, revocar é deixar sem efeito uma concessão, um mandato ou resolução; em segundo plano, apartar, retrair, dissuadir alguém de um desígnio; em terceiro, fazer retroceder certas coisas, mas também pode significar voltar a chamar (que vem de sua etimologia e que não se usa atualmente) (Real Academia Espanhola, 2014).

Quanto à palavra *revogação*, do verbo transitivo revogar, quer significar tornar nulo; desfazer; tirar o efeito; fazer que deixe de vigorar: revogar uma lei (FIGUEIREDO, 2013). Etimologicamente, *re+vogar*, expressão de origem do vocábulo latino *revocare*, que remete à mesma explicação acima já listada, tem, portanto, o mesmo significado que revocar. Apelar para o sentido etimológico da palavra, neste caso, não traz nenhum esclarecimento significativo sobre a escolha do legislador ao utilizar a expressão ação revocatória ao invés de ação revogatória.

Para Rubens Requião (1995, p.191), a ação revocatória é uma criação genuína do direito falimentar, que não deve ser confundida com ação pauliana ou ação de nulidade, vez que seu objetivo se justifica na própria etimologia da palavra revocar e não revogar. Revogar é tornar nulo, desfazer, enquanto revocar é chamar para trás, chamar novamente, mandar voltar. Apesar dessa observação, o próprio autor não afasta a ideia de que o fundamento de tal revocatória é mesmo a ação pauliana dos romanos.

Para Spencer Vampré (1922, p. 429), o legislador brasileiro construiu um instituto especial, com características próprias, e que não guarda relação alguma com a ação pauliana do direito civil, pois não trata de nulidade ou anulação dos atos.

O objetivo da revocatória não é declarar nulo o ato, mas apenas suprimir sua eficácia e, mesmo assim, de forma relativa, apenas em relação à massa falida (REQUIÃO, 1995, p. 192), ou seja, o valor dos bens que saíram do falido continua a responder pelo débito do falido em favor dos credores falenciais (PACHECO, 1977, p. 34).

Depreende-se da atual Lei de Falência e Recuperações que, apesar das denominações distintas, trata, em realidade, de ineficácia nas duas situações, uma por determinação legal como espécie de limitação externa de efeitos jurídicos, no artigo 129 (ineficácia relativa), e outra por nulidade, no artigo 130, não se cogitando simplesmente de autorização legal para voltar atrás no ato já encetado, como faz crer o sentido etimológico da palavra, o que poderia levar à confusão de que caberia ao administrador judicial, ao credor ou ao representante do Ministério Público o direito de pleitear a ação, a depender de sua vontade. Ao contrário, as disposições do artigo 130 implicam em gravidade maior do que as referidas no artigo anterior, por acobertar o elemento subjetivo da intenção de fraudar, motivo pelo qual também se considera ato ilícito penal. Trata-se, pois, de dever do administrador judicial e do representante do Ministério Público, como autoridades investidas do poder de fiscalização e defesa dos interesses coletivos, o ajuizamento da ação judicial de revocação do artigo 130, e não da escolha subjetiva de desfazer o negócio.

Esclarecido isto, resta analisar se a ineficácia da lei falimentar tem como causa a nulidade do negócio, motivado pela intenção de prejudicar os credores da massa falida, recaindo, então, na causa jurídica do negócio, já aqui analisada por ocasião da fraude contra credores da lei civil, ou se a causa é simplesmente legal, em razão de uma escolha do legislador, como expressão da política legislativa. Com isso, será possível aproximar os dois sistemas, traçando um desenho comum.

Antes, contudo, vale apontar que ao tratar como anulável o negócio jurídico encetado com o objetivo de fraudar credores, admitiu o Código Civil a possibilidade de convalidação

do ato fraudulento, nos termos do artigo 172. E mais: permitiu, ainda, a possibilidade de novação das dívidas anuláveis, como se depreende do artigo 367, podendo conduzir, indubitavelmente, a uma situação de fraude à lei. Quanto à anulação, é o suficiente o credor prejudicado não poder tomar conhecimento da fraude para agir dentro do prazo legal do artigo 178, para gerar os nefastos efeitos pretendidos. Cuidando a lei de nulidade, tal já não pode ocorrer, como bem definiu o próprio artigo 367, do Código Civil, que não admite a novação de dívidas originárias de negócios nulos.

Tal é também o entendimento de Alessandro Sanchez, que afirma: õestamos diante de ineficácia de atos externos e posteriores ao estado de insolvência, assim, tais atos devem ser declarados nulos, inválidos e não somente os seus efeitosö (2012, p. 22). Todavia, o referido autor não distingue quanto aos atos dos artigos 129 e 130, considerando, para os efeitos de nulidades, ambas as situações.

Há que se distinguir quando tenha ou não havido a intenção fraudulenta, como quis a lei, justamente em razão da escolha do legislador em definir a fraude contra credores falimentar como ato ilícito penal com fundamento no seu elemento subjetivo<sup>51</sup>. Assim, já referiu José de Oliveira Ascensão (2010, p. 22): õum estado ou um acontecimento não são lícitos ou ilícitos por si. A ilicitude é uma qualificação da ação. Só o homem pode agir ilicitamente, porque só ele pode rebelar contra a ordem jurídicaö.

No artigo 130, da Lei de Falência e Recuperações, é inegável que o agente econômico age conforme sua vontade, conhecendo sua condição precária de garantia patrimonial, contudo realiza os atos de comprometimento ou redução de bens, que resulta na incapacidade de satisfazer aos credores existentes e, muitas vezes, prejudicando também novos credores.

A ineficácia do artigo 129, da lei falimentar, não se baseia em ilícito, enriquecimento ilícito, fraude ou má fé, mas simplesmente no dano aos credores (PACHECO, 1977, p. 34). Esse pressuposto do dano, que independe da fraude, também se percebe em algumas situações já enfrentadas no direito italiano, como fundamento da ação revocatória. Foi o caso de uma família proprietária de empresa falida<sup>52</sup>, cujos bens pessoais remanescentes em nome dos titulares foram transferidos aos filhos, formando um truste familiar<sup>53</sup>. O Banco credor alegou

---

<sup>51</sup> Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem para si ou para outrem. Pena ó reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

<sup>52</sup> Sentença nº 1.462, de 14 de março de 2013, do Tribunal de Nola, Itália.

<sup>53</sup> No direito italiano, é permitida a constituição de um fundo patrimonial familiar, mediante a composição de bens móveis ou imóveis, com uma destinação específica, que se separa do patrimônio dos seus titulares, em benefício da família, constituindo então um fundo independente dos bens familiares. O truste familiar, por sua

simulação e moveu ação revocatória ordinária, contudo o juiz rejeitou a simulação, considerando ter havido apenas a fraude ó dilapidação dos bens em prejuízo dos credores ó e reconheceu a ineficácia de tal disposição. Para o magistrado, o truste é um ato a título gratuito, assim, para motivar a ação revocatória é suficiente o evento danoso, que existe quando todos os bens imóveis do devedor são transferidos para um patrimônio distinto, no caso em apreço, dos filhos, beneficiários da disposição. O dano é considerado *in re ipsa*, dispensando então a prova de conluio (*consilium fraudis*).

Cuida-se de ineficácia relativa dos atos praticados em prejuízo dos credores concursais na falência sem intenção de fraudar, no artigo 129, e com intenção de fraudar, no artigo 130, resultando no primeiro caso de ação declaratória de ineficácia e no segundo caso de ação revocatória. A respeito da ineficácia relativa, já se pronunciou Pontes de Miranda (1965a, p. 41):

Diz-se que há ineficácia relativa quando o negócio jurídico é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras. Não se há de confundir com a anulabilidade, dita, atecnicamente, nulidade relativa, porque, de regra, o ato jurídico anulável é eficaz, até que, com a desconstituição, se faça ineficaz, *ex tunc*; nem com a resilição, que é ineficácia a partir de certo momento, por se ter resolvido, *ex nunc*, o ato jurídico.

Ou seja, o ato é existente, válido e eficaz, pois pode produzir efeitos normalmente se não for declarada sua ineficácia nem for objeto de ação revocatória, neste caso poderá ser ineficaz relativamente à massa falida, o que significa dizer que poderá produzir seus normais efeitos em relação a outras situações, como a impossibilidade de restituição de imposto pago em razão dos atos *inter vivos*, ou mesmo do recolhimento das taxas cartorárias. Em Pontes de Miranda (1965a, p. 42), a consequência da revogação é simples alteração do suporte fático do ato ou do negócio, seja realizada pelo próprio agente (como ocorre na doação) ou por terceiro (como na fraude falencial). No caso da fraude civil, o ato é existente, mas inválido, somente alcançando seus normais efeitos, se convalidado pela inércia do credor prejudicado. Assim, é existente, poderá ser válido e plenamente eficaz; ou é existente, mas poderá ser reconhecido inválido e, com isso, ineficaz.

De tudo o que já foi visto até então, o quadro geral da fraude contra credores é o seguinte: a) a fraude contra credores tem dois tratamentos distintos, no direito privado brasileiro; b) no direito civil, a fraude contra credores é defeito invalidante do negócio jurídico, da espécie anulabilidade; c) no direito empresarial, a fraude contra credores é ato ineficaz, sujeito à simples declaração judicial de ofício ou mediante provocação, ou pode ser

---

vez, implica numa transferência de bens sem destinação específica, motivo pelo qual a movimentação do fundo patrimonial é mais limitada do que no truste (DØARGENTO, 2015, p. 1-6).

objeto de ação revocatória, movida pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo membro do Ministério Público; d) seja no direito civil, seja no direito empresarial, a fraude contra credores tem como agente um devedor insolvente, em face de um credor já constituído, não admitindo, no direito civil, por figura legal, a fraude contra credores futuros, mas se pode encontrar algumas permissões legais quanto à irrelevância da anterioridade do crédito na Lei de Falência e Recuperações, por deseficacização derivada (incisos IV e V, do art. 129); e) a fraude contra credores, no direito civil, tem sanção de natureza exclusivamente civil, enquanto, no direito empresarial, tem sanção de natureza civil e de natureza penal (crime falimentar, art. 168, da Lei de Falência e Recuperações); f) na lei processual civil, a fraude cometida contra os credores, após instalada a ação judicial (qualquer que seja ela, como a de cobrança, confissão de dívida, protesto de título, etc.), o ato é ineficaz, para assegurar a execução forçada; g) no direito do trabalho, a fraude cometida no intuito de frustrar a aplicação da lei, em prejuízo dos trabalhadores, acarreta a nulidade do ato.

Embora a fraude demande regulamentações diferentes em razão da especialidade quanto à matéria, no que se refere ao direito privado o estranhamento se dá pela escolha dos critérios legais de distinção. Sabe-se que a razão da separação do direito civil e do direito empresarial se dá por questões pragmáticas, mas encontra na ciência a sua justificativa teórica: seu objeto, suas categorias e sua classificação. A pretensão de uma teoria geral de obrigações não conflita com a necessidade de regulamentos específicos acerca das peculiaridades de cada ramo do direito, do mesmo modo a unificação de conceito-base de fraude contra credores não ameaça a autonomia do direito empresarial frente ao direito civil.

As razões do legislador empresarial se distanciam do legislador civil por levar em consideração a realidade econômica do direito empresarial, muito mais suscetível de sofrer a influência do mercado do que o direito civil. Não se pode olvidar que as raízes históricas do direito mercantil levaram em conta a necessidade, à época, de uma tutela privilegiada do comerciante, pela ausência de políticas públicas que protegessem a atividade econômica. Foram as corporações de ofício que contribuíram decisivamente na elaboração de um direito especializado, contudo sua pretensão era a tutela do comerciante, de forma direta, e o comércio, de modo indireto. As contingências econômicas e sociais impulsionaram a revisão desse direito corporativista e privilegiado, deslocando para o centro das garantias legais a empresa (como sinônimo de atividade) e não mais o agente negocial. Inverteu-se a tutela: ao se tutelar a empresa de forma direta, também se está tutelando o empresário, mas agora de modo indireto. É o que preconiza atualmente o princípio da função social da empresa.

Contudo, muitos institutos que, contemporaneamente, só se encontram no direito empresarial, em razão dessa especialização da atividade econômica (por exemplo, como ocorre com a recuperação judicial ou extrajudicial) não encontra mais razão de ser. Percebe-se que as interferências econômicas, mesmo que não se deem na mesma medida, são também extremamente importantes nas relações negociais civis.

O conceito próprio de empresa, remontando à origem do verbo latino *inprehendendi-ensum*, que quer dizer descobrir, ver, perceber e que fora tomado na Alta Idade Média como sinônimo de ação, atividade (SOTO, 2001, p. 41-42), não distingue a espécie de ação. A ideia de empresa como atividade econômica especializada só toma corpo para a economia quando associada ao empreendedorismo (SOTO, 2001, p. 43). A especialidade da ação é que qualifica o termo empresa contemporaneamente, mas apenas por medida estratégica de tutela jurídica. Sob a perspectiva da economia, a atividade criativa é que se destaca. Certamente, para que esse desenvolvimento se dê adequadamente, ou seja, para que os fins sejam alcançados (por exemplo, o implemento de uma ideia criativa, como uma invenção) os meios são necessários. A empresa é uma ação finalística, cujos meios são especializados para a obtenção dos resultados pretendidos. A depender do modelo estatal, o interesse em acompanhar essa atividade pode resultar numa intervenção maior ou menor, a fim de preservar a livre concorrência, evitar a exploração nociva da mão-de-obra e o descumprimento dos negócios em geral.

É inegável que o reconhecimento de uma conformação das fontes, que compõem o mesmo sistema jurídico, permite a aplicação de dispositivos de lei por extensão ou analogia, contudo isso pode gerar alguma insegurança jurídica, se não forem claros os parâmetros utilizados pelo julgador nessa aplicação. Não é demais registrar que o conceito de fonte não se limita à lei, já que tem se entendido como fonte todo ato que produz norma, não importando o nome que se dê, a sua origem ou o seu procedimento; daí se falar em conceito de fonte material e de fonte formal (GUASTINI, 2010, p. 45-46).

Isso se justifica diante da realidade que se impõe, pois no âmbito das questões contratuais, especialmente quanto ao instituto da fraude, o tratamento diferenciado dos credores civis ou falenciais pode implicar em desfavorecimento da proteção do crédito. Observe que a especialidade da atividade acima referida atrai uma legislação específica para o controle da própria atividade, contudo não significa conceito especializado de crédito ou de credor.

Nesse sentido, o tratamento isonômico da fraude contra credores no direito civil e no direito empresarial não se justifica apenas por questões práticas, mas também ó e talvez de

forma mais relevante ó por motivos lógicos. A Lei de Falência e Recuperações brasileira é o resultado de estudos mais recentes sobre o fenômeno econômico, e por isso apresenta de forma mais realista e menos idealista a função social da empresa. Diante dessa constatação, a fraude contra credores ali é encarada como conduta gravosa do falido, não só por ferir a ordem natural do adimplemento de dívidas, mas porque tal conduta impacta gravemente a circulação de riqueza.

O conceito mesmo de atividade empresária, extraído da lei civil, em seu artigo 966, chega a ser relativamente frágil quando confrontado com o de atividade econômica não empresária, não sendo incomum a escolha pelo enquadramento num ou noutro regime se dar apenas em razão da escolha pessoal do agente econômico. Várias situações foram ambigualmente tratadas, talvez de forma até estratégica.

A ruptura entre o direito civil e o direito empresarial se deu de modo abissal como forma de afirmação deste ramo em relação aquele outro, a perpetuação dessa separação é que se pode apontar como prejudicial. Igualmente é a crítica de Gladston Mamede (2015, p. 28), reproduzida com suas próprias palavras:

A bem da verdade, essa distinção entre atividades negociais simples e atividades negociais empresárias tem raízes antigas, hoje injustificadas, a distinguir o espaço aristocrático (agrário), compreendido como o civil, e o espaço mercantil. Contudo, reitero, a sociedade contemporânea não mais compreende o espaço civil como o ambiente do *pater familias* (o patriarca, o cabeça do casal), compreendido como o senhor (*dominus*). É uma atividade essencialmente econômica, na qual homens e mulheres, novos e velhos, são compreendidos em igualdade de condições, sem nobreza, como atores sociais e econômicos. O Direito Empresarial deve evoluir para o Direito de todas as atividades negociais, dando-lhes tratamento uno, salvo particularidades especiais de uma ou outra. É no que creio e o que proponho.

Na tentativa de superar as dificuldades legais, procura-se sobrelevar os aspectos mais contundentes da atividade empresária, destacando elementos caracterizadores que suporiam a distinção de uma atividade não empresária, como organização, habitualidade e atividade típica, com produção e circulação de bens e serviços. Contudo, nem sempre esses elementos, mesmo em conjunto, poderão afastar a confusão.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 42), as duas importantes consequências do tratamento distinto da atividade econômica se dá pela execução judicial concursal do patrimônio do empresário, de um lado, e a possibilidade de recuperação do outro, não restando mais nenhuma outra distinção relevante entre as relações do empresário com os demais particulares e aqueles que exercem atividades não empresárias, como profissionais intelectuais e cooperativas, tornando-se cada vez mais dispensável distinguir a natureza civil ou empresária de uma atividade econômica.

Assim, algumas vezes não é a lei, objetivamente, que distinguirá atividade econômica empresária e atividade econômica não empresária. Isso pode ser resultado da escolha do agente, em atenção a seus interesses pessoais. Neste sentido, se o tratamento legal da fraude civil não permite hoje a interrupção de efeitos de um negócio verdadeiramente fraudulento, seja pelo decurso do prazo decadencial de ajuizamento da ação anulatória, seja por não poder atingir negócios praticados antes da constituição do crédito inadimplido, resta por se tornar mais atraente a atividade econômica não empresária.

Não é incomum se encontrar atividades econômicas praticadas em moldes tipicamente empresariais, mas não sujeitas à legislação empresarial, como a prestação de serviços advocatícios (por expressa vedação legal), ou atividades educacionais, artísticas, científicas, religiosas, esportivas e partidárias (exploradas por verdadeiros conglomerados, com volumosa movimentação de recursos econômicos e patrimoniais, que se encontram na ambiguidade do parágrafo único do artigo 966).

Se no passado já não era tão fácil distinguir tais atividades, a linha tênue atual tornou ainda mais difícil essa separação. Para muitos, tudo se resume a atividade econômica, não se justificando mais distinguir se a atividade é empresária ou não.

O Código Civil goza ainda da qualidade de eixo do direito privado, justamente em função da regulamentação unitária das obrigações civis e mercantis, daí ser costumeiramente denominada de lei básica (BRANCO, 2009, p. 104). Todavia, a separação da atividade permanece, por determinação constitucional, mantendo autônomos os ramos do direito privado, em direito empresarial e direito civil.

Não se quer aqui questionar a autonomia de nenhum desses ramos, pois tal não é objeto desta tese. Tais considerações foram traçadas exclusivamente no sentido de apontar o prejuízo havido no tratamento diferenciado das leis civil e falimentar na fraude contra credores, a partir da definição das espécies de atividade econômica.

Nesse aspecto, não há que distinguir espécies de atividade, mas simplesmente considerar a sua capacidade de gerar relações creditícias, ou, como diria Enzo Roppo (2009, p. 8) ãna ideia de *operación económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter ó explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente ó para a ideia de operação económicaö. Por operação econômica entende o autor toda e qualquer operação onde exista circulação de riqueza, seja de modo atual ou potencial, de uma pessoa a outra, não se limitando essa riqueza apenas ao dinheiro ou outros bens materiais, mas também todos os bens suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas propriamente ditas.

A crítica a essa ausência de uniformidade já era destacada na década de sessenta do século passado, pelo fato de nunca ter havido consenso na criação de um sistema de repressão uniforme para a fraude, nem por parte da jurisprudência nem pela doutrina, apesar do reconhecimento da importância de uma teoria geral de fraudes (LIMA, 1965, p. 12).

No direito português, o próprio conceito de falência foi substituído pelo de insolvência, não importando se tratar de pessoa singular ou coletiva, patrimônio autônomo ou não, de pessoa comerciante ou não (BRANCO, 2015, p. 14).

A necessidade de um sistema uniforme não atende apenas a uma questão teórico-acadêmica. Foi demonstrado exaustivamente que o tratamento dual, do que se cunhou denominar fraude contra credores, está atualmente incorreta e se apresenta insuficiente para uma eficaz tutela do crédito, seja em razão das disparidades conceituais de fraude, seja em função dos elementos que a compõem, culminando pelas consequências diversas, que podem funcionar como verdadeiras rotas de fuga para a irresponsabilidade, propiciando a manutenção de situações extremamente injustas. É o caso da convalidação de negócio fraudado, de natureza civil, pelo consenso dos negociantes, não tendo o terceiro prejudicado conhecido a fraude dentro do prazo decadencial de quatro anos (nos termos do artigo 178, do Código Civil), o que leva à impossibilidade do manejo de outros meios de defesa de seu direito de crédito.

De todo modo, não se pode ignorar que também uma teoria geral de fraudes não se sustenta sem considerar necessariamente as peculiaridades de suas espécies, por isso a pretensão de uma generalidade talvez nunca se efetive.

Sabe-se que o conceito mesmo de fraude é plural, pois pode se referir a diversas espécies de fraudes. É a crítica contundente de Rafic Itani (2012, *passim*), em tese de doutorado da Université Saint-Joseph de Beyrouth, ao confrontar a proposta de José Vidal (1957, *passim*), que elaborara um esboço de teoria geral de fraudes no direito francês. Para Itani, a teoria geral de fraudes reflete uma visão típica do período histórico em que foi pensada, mas a globalização, as mudanças legislativas e o vanguardismo jurisprudencial renderam à teoria de Vidal uma incapacidade de adaptação a esse novo estado de coisas. Em sua concepção, a fraude é um conceito proteiforme, que não pode se limitar a um regime unitário determinado, contudo a partir dela é possível extrair duas categorias fixas de fraudes específicas, tendo como elemento de comunicação a sanção: uma categoria de fraudes sancionadas pelos mecanismos clássicos, como ineficácia, inoponibilidade e nulidade, algumas vezes associada à indenização; e uma categoria de fraudes sancionadas de outras maneiras, fruto da conjugação de aplicação judicial e legislação.

Na verdade, o que busca o autor libanês é chamar atenção para um dado efetivo: há situações que podem ser resolvidas pelos instrumentos clássicos do direito, mas há situações novas, que não requerem sanções convencionais, por restarem inadequadas, especialmente porque não se pode conceber a mesma sanção para as variadas hipóteses de fraudes cometidas nos múltiplos aspectos jurídicos, como no direito contratual, no direito securitário, no direito de família, no direito das sucessões, no direito empresarial, no direito tributário, no direito processual, enfim, no direito obrigacional em geral.

Essa constatação, contudo, tem como ponto de partida o fato de conceber a fraude como fonte de sanção, nesse sentido fraudes de natureza distinta ensejam sanções diversas, daí a impossibilidade de se pensar numa teoria unitária de fraude.

Como já foi visto aqui, o direito brasileiro faz referência expressa a três grupos de fraudes: à lei, à execução e aos credores. Certamente, cada uma dessas espécies comporta sua própria teoria. O que não se pode conceber é uma diversidade de teorias para a mesma categoria de espécie, pois é isso que origina um tratamento distinto prejudicial à própria aplicação do direito. Se, dentro da mesma categoria especializada, são identificados elementos suficientes que autorizem subcategorias, pode-se pensar numa teoria geral que não conflita com as peculiaridades das subespécies. Porém, se, dentro da mesma especialização, são localizadas figuras que não guardam correlação entre si, que justifique sua manutenção como espécie da mesma categoria, então deve-se destacá-la da categoria, criando-se outra para comportá-la.

Assim, não se tem como impossível cientificamente categorizar as espécies de fraudes, a fim de construir para cada uma delas as suas próprias regras e teorias, mas deve-se respeitar o princípio do tratamento unitário para as espécies da mesma categoria.

Se a espécie da qual se cuida aqui é a fraude contra credores, obviamente a natureza desses credores poderá criar subespécies de categorias de fraude, mas ainda assim cuida-se da mesma fraude contra credores. Não justifica, nesse sentido, um sistema jurídico apartado para a mesma fenomenologia.

As medidas judiciais que são encontradas atualmente na lei civil e na lei falimentar brasileira, subsidiadas pela lei processual geral, dão conta de que para os atos praticados em fraude contra credores no direito civil, cabe a ação pauliana; no direito empresarial, a ação declaratória de ineficácia e a ação revocatória. No caso do direito civil, a ação pauliana tem como objetivo a declaração de invalidade relativa, que tem efeito *ex nunc*, cassando os efeitos do ato fraudatório a partir da sentença, ou seja, permanecem no mundo os efeitos que se realizaram até então. Na lei falimentar, por seu turno, a ineficácia do ato realizado em fraude

pode ser declarada de ofício pelo juiz universal dos procedimentos de recuperação judicial, extrajudicial ou de falência, podendo ser também alegada em contestação, reconvenção ou em ação própria, que pode ser autônoma ou incidental ao processo principal; bem como, reconhecida em ação revocatória.

Não se pretende repetir, neste momento, tudo o que já foi amplamente discutido acerca da invalidade e da ineficácia dos atos realizados em prejuízo dos credores, interessa verificar agora tão somente quais os meios processuais adequados à tutela efetiva do crédito ameaçado pela manutenção dos atos redutores do patrimônio positivo do devedor.

Em legislações que adotam um sistema de garantias do crédito em título ou capítulo específico de lei, como no português, a fraude é apenas uma das situações que são apontadas como prejudiciais à satisfação do credor. Nesse sentido, todo e qualquer ato intencional que venha resultar no esvaziamento patrimonial lesivo, deve ser considerado ineficaz, sem que, todavia, dependa necessariamente de uma declaração de invalidade prévia. Perceba-se que pode até estar associado a uma situação de invalidade, pois é comum a associação de atos simulados ou dissimulados nas hipóteses de fraude, mas esse não é um critério excludente de ineficácia, quando se tem como parâmetro a tutela do crédito, e não mais o defeito do negócio.

Já foi demonstrado que, na fraude contra credores, e nos atos que não implicam fraude, não há rigorosamente um defeito do negócio realizado. A questão se resume ao resultado final, caso fossem mantidos os normais efeitos do negócio. O empobrecimento do devedor diante do seu credor, em razão de fato de terceiro, localiza-se na base objetiva do negócio. Embora não se trate de nenhuma hipótese de revisão contratual ou de resolução, por não se enquadrar nas previsões normativas da teoria da imprevisão nem da cláusula *rebus sic stantibus*, cuida-se de um refinamento dessas teorias, indo além da relatividade dos negócios, para se alcançar as circunstâncias que ligam o contratante com terceiros, que são seus credores.

Os negócios que se interligam pela conexão subjetiva, por terem como elemento de ligação o mesmo sujeito contratante, justifica uma análise conjunta dos atos praticados em torno da situação que lhe empobrece patrimonialmente, ferindo de morte a garantia geral de satisfação do crédito. Mais uma vez, deve-se deixar claro que não se trata de toda e qualquer circunstância que pode induzir à cassação do seu efeito jurídico esperado. Obviamente, não se pode considerar ineficaz um ato que tenha sido atingido pelas hipóteses de excludente de responsabilidade civil (porque aqui não responde o agente, liberando seu patrimônio da garantia), como caso fortuito e força maior, por exemplo.

A concepção de consequências distintas para os atos ineficazes previstos na lei falimentar, tem como pressuposto o agente negocial. A partir dele, é possível separar os atos intencionais dos não intencionais para a prática do dano.

Isso significa dizer que, embora seja admissível analisar a ineficácia da lei falimentar sob a ótica processual, não é correto qualificar a ineficácia em objetiva e subjetiva, como fez Clara Azzoni (2012), pois o que se está a distinguir aqui é a causa do negócio, realizado pelo agente. Se é intenção do contratante lesar seus credores, atuais ou futuros, cuida-se de fraude subjetiva; se esta não é sua intenção específica, trata-se de fraude objetiva. Não é correto dizer, portanto, que a ineficácia seja objetiva ou subjetiva, pois não se trata de deseficacização, em relação ao sujeito ou ao negócio; a ineficácia opera no mesmo sentido, como bem reconheceu a mesma autora (2012, p. 373).

Cuida-se, portanto, de suprimir ou não a eficácia de um ato jurídico que tenha potencialmente o condão de causar a insatisfação de um crédito, já constituído ou a constituir, conforme se adegue à teoria dos atos suspeitos ou ao termo legal da lei falimentar, ou ainda à intenção específica do devedor em lesar seu credor. Para tanto, não se exige, necessariamente, a prova da invalidade, posto que também atos válidos poderiam ter sua eficácia suprimida, em prol da manutenção do patrimônio garantidor da realização do crédito.

## CONCLUSÕES

O contrato, na sua condição de espécie de negócio jurídico, foi objeto de inúmeras obras que trataram de suas vicissitudes, especialmente ao longo dos últimos cem anos. Paradoxalmente, o negócio jurídico enquanto gênero ficou relegado a segundo plano, como se não tivesse sido atingido igualmente pelas profundas mudanças sociais ocorridas no mesmo período. É indiscutível que o contrato tenha ocupado lugar central dos ordenamentos jurídicos e, com isso, atraído a atenção da ciência, em razão da sua característica primordial, que é a circulação da riqueza.

De outra parte, a composição e a movimentação de bens, dentro e fora do patrimônio de uma pessoa, não se deve somente aos contratos, mas também aos atos jurídicos em sentido estrito, como o reconhecimento de filiação, por exemplo; e os negócios unilaterais, com destaque para as promessas de negócios e os testamentos. O contrato é espécie de ato jurídico, de modo que as mudanças, sociais e jurídicas, também afetam os atos e negócios unilaterais. Nesse sentido, a principiologia social dos contratos estende-se também aos atos jurídicos em sentido amplo, submetendo-os ao controle dos princípios da boa-fé e da função social. Se praticados com má-fé ou sem causa (função) social, pode resultar na sua invalidade ou ineficácia.

O fato do contrato ter ocupado, com exclusividade, a atenção dos juscivilistas e, conseqüentemente, dos legisladores, propiciou um certo engessamento de outros institutos jurídicos, mesmo a ele relacionados, como os defeitos do negócio e, em especial, da fraude contra credores.

Das origens romanas pouco se guardou na moderna concepção de fraude contra credores, no direito brasileiro. De natureza originalmente processual, a fraude era sancionada com a ineficácia do ato praticado no curso da *actio*, e assim foi recepcionada na lei processual civil brasileira de 1973, como fraude à execução, nos termos do seu artigo 590.

Mas não havia uniformidade no ordenamento, uma vez que, em 1850, por ocasião do Código Comercial, a fraude contra credores em sede falimentar foi positivada como espécie de nulidade dos atos realizados, por ocasião da falência ou da concordata do comerciante. Entretanto, na mesma lei era possível identificar atos do comerciante que conduziam à nulidade (quando estivesse em conluio com terceiro, *v.g.*) e atos que conduziam à ineficácia dos atos praticados em fraude, como no caso do termo legal. O legislador de então não distinguiu com rigor os dois planos negativos dos atos jurídicos.

Em lei especializada de 1908, tratou o legislador brasileiro de construir um microsistema de direito falimentar, cuidando das normas de natureza material e procedimental, inclusive instituindo tipos penais específicos sobre a fraude contra credores. Nesta, deu-se a opção do legislador pelo plano geral da ineficácia dos atos praticados em fraude contra credores, no ambiente falencial, o que foi mantido pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, e pela atual Lei de Falência e Recuperações.

No Código Civil, de 1916, a fraude contra credores foi disposta como vício do negócio jurídico, a ensejar invalidade relativa. O negócio seria válido até o e enquanto o não fosse objeto da ação pauliana, que tinha como finalidade a cassação dos efeitos do negócio, a partir da decisão judicial, devendo os bens retornarem ao patrimônio do devedor e seguirem normalmente para execução, em benefício da coletividade de credores exequentes.

O Código Civil, de 2002, por sua vez, repetindo dispositivo revogado, manteve a fraude contra credores como defeito do negócio jurídico, a ser atacado pela ação pauliana, que só poderia ser manejada pelos credores diretamente prejudicados, dentro do prazo decadencial de quatro anos, sob pena de convalidação do negócio fraudulento. Igualmente como a lei que a antecedeu, não distinguiu a fraude subjetiva da fraude objetiva, impedindo com isso a caracterização da fraude contra credores futuros.

Não deixou de haver críticas a este Código Civil, que ficou muito aquém do que se esperava de uma legislação nascida já no século XXI, apesar de ter sido concebida no século anterior. A despeito de sua ideia original ter sido fruto de grandes saberes, mostrava-se já obsoleto para a realidade atual.

A ação pauliana romana era de natureza rescisória, portanto operava no plano da ineficácia. Apesar disso, foi introduzida no direito civil brasileiro na condição de ação invalidante, contribuindo para um tratamento confuso, se comparado ao direito comercial da mesma época.

Contudo, as críticas foram singelas e apenas alguns ergueram a voz contra o tratamento equivocado. A seu tempo, Alvino Lima chamou atenção para os problemas que poderiam surgir, em razão de um tratamento distinto no direito mercantil e no direito civil, pugnando por uma teoria geral da fraude.

Restou demonstrado que o desenho atual da fraude contra credores, do direito civil, tem se revelado cada vez mais ineficiente para realizar seu objetivo de garantir a satisfação do crédito. Concebida na era do Estado liberal, no qual o contrato era a expressão da autonomia individual para regular os próprios interesses, a figura da fraude limitava-se a invalidar os atos de disposição de bens ou de redução de garantia, que implicassem na insolvência do devedor,

apenas depois de constituída a relação creditícia. Desse modo, não havia como alcançar os atos praticados intencionalmente para lesar os futuros credores.

O advento do Estado social, pautado nos princípios da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da garantia geral, fez surgir um novo sistema de tutela do crédito, no qual desloca-se a importância da proteção para o próprio crédito, na qualidade de objeto de realização das necessidades humanas. Isso coaduna-se com a exigência de condutas compatíveis com os princípios da boa-fé, da garantia geral e da função social (do contrato, da empresa, do crédito) e do reposicionamento do homem frente ao patrimônio. A era da funcionalização deu outro sentido às mesmas figuras de direito, sobrelevando os interesses metaindividuais à tutela específica.

Porém, é na contemporaneidade, pós-Estado social, que se consolidam as teses pós-positivistas do direito, pela superação dos formalismos exacerbados e pela afirmação da função social dos negócios em detrimento da autonomia absoluta do indivíduo. Ao mesmo tempo se reconhece a força normativa dos princípios, que passam a ser considerados como verdadeiro *locus* dos valores emanados do sistema jurídico e a ponderação desses valores alcança seu ápice, agora para conformar a hermenêutica constitucional com os demais instrumentos normativos do ordenamento.

O confronto da lei civil, de 2002, com a lei falimentar, de 2005, realizado nesta pesquisa, revelou que o legislador empresarialista foi mais sensível às mudanças sociais e econômicas das últimas décadas, por isso a lei falimentar pode ser apontada como paradigma ao enfrentamento do problema sugerido. Entretanto, a harmonização do sistema jurídico não implica no desprezo à consequência da invalidade dos atos praticados em fraude, nos moldes da lei civil, posto que esta pode ser aplicada diante da fraude praticada sob amparo dos defeitos do negócio jurídico ali mesmo previstos: erro, dolo, coação, simulação, abuso de direito.

Com relação à fraude contra credores futuros, aí sim, faz-se necessária uma operação hermenêutica mais acurada. Certamente, e em primeiro plano, o fato da lei falimentar se impor sobre a lei civil, quanto à eventual solução de fraudes cometidas contra credores futuros, não desrespeita as necessárias diferenças entre os sujeitos exercentes de atividades econômicas empresárias e não empresárias. Justamente em função dessa dicotomia material, achou-se importante distinguir os métodos de interpretação legislativa entre analogia, extensão e a harmonização do ordenamento, a fim de verificar se é possível a aplicação da lei falimentar aos sujeitos não empresários, nas questões de fraude objetiva, sem ferir o direito material.

As críticas tecidas em torno do tratamento distinto da fraude contra credores no direito privado, não se deveu ao fato da autonomia dos direitos civil e empresarial, que se reconhecem legítimas e imprescindíveis, mas em grande medida pela ausência de uma definição comum às duas leis do próprio conceito de fraude contra credores.

Nesse ponto, a questão é saber quando um ato pode ser considerado fraudulento, diante da ausência de comprovação da intenção específica de lesar. A ideia de uma teoria de tutela do crédito se consolida pela conservação da garantia patrimonial, por isso, mesmo diante de atos não intencionais, se houve prejuízo ao credor em razão de uma inadimplência circunstanciada, tais atos devem ser sancionados, mesmo que apenas temporariamente, com a sua ineficácia. É o que se extrai da análise dos atos suspeitos e do termo legal da lei falimentar. Trata-se de fraude objetiva.

Não seria possível defender uma fraude contra credores futuros sem, previamente, distinguir essas duas circunstâncias, pois não se pode falar em fraude contra credores futuros quando alguém reduz seu patrimônio voluntariamente, em razão das condições normais de negociação, vindo a faltar, no futuro, com a solvência de novas obrigações em razão daquela diminuição. Assim, pode-se configurar fraude contra credores futuros quando estiverem presentes os elementos subjetivo (*consilium fraudis*: malícia, ardil, dolo) e objetivo (*eventus damni*: finalidade de insolvência, causação de dano), quando a intenção predeterminada à insolvência para fraudar credores é o elemento necessário para o sancionamento dos atos encetados para driblar os futuros credores. Já nas hipóteses em que se dispensa o elemento subjetivo, a fraude objetiva, há de se configurar de modo circunstanciado, através de atos previamente indicados, como ocorre com os atos suspeitos e o termo legal.

A unificação na definição da fraude contra credores é, portanto, o meio hábil para a construção da fraude contra credores futuros, sem que se corra o risco de maiores confusões terminológicas, ou de qualquer outra ordem, que possa impedir a sua aplicação apropriada.

A fraude contra credores pode operar no plano da validade e no da eficácia. Quando a fraude for cometida pelos meios dos defeitos dos negócios, está-se no plano da validade. Daí porque a fraude pode conduzir à ineficácia do ato ou do negócio, independentemente da comprovação dos meios que resultariam na sua invalidade. Contudo, uma vez provada a simulação, o erro, o dolo ou o abuso do direito que serviriam de meios à fraude, o ato poderia ser anulado nos termos da lei civil.

Por outro lado, se a fraude não se realiza pelos meios intencionais acima referidos, mas dentro do período suspeito ou do termo legal da insolvência, mediante a prática de atos objetivamente considerados e, por isso, independentes de qualquer outro vício do negócio,

fica evidente que a consequência da ineficácia figura como uma via eficiente de tutela do crédito. A dispensa da comprovação do requisito intencional da fraude (*consilium fraudis*), poderia resultar em verdadeira in consequência para o devedor, apesar da lesão ao direito de crédito do seu credor, especialmente no caso de credores futuros, originando uma sequência de prejuízos sucessivos nas cadeias obrigacionais àquela conexas.

A ineficácia pode, ao menos, assegurar a possibilidade de execução concursal sobre os bens do devedor, em face de sua insolvência, ou a execução individual como medida assecuratória de futuros danos, por isso se mostram adequados os instrumentos processuais de declaração de ineficácia e a revocatória falimentar.

Quanto às hipóteses de fraude subjetiva e objetiva, a utilização do método de interpretação integrativo pela harmonização das fontes legais (conformação constitucional), pelo qual a lei falimentar poderia ser aplicada aos casos de natureza civil, e não somente aos casos de natureza empresarial, pode resolver o problema da lacuna no ramo do direito civil, em relação aos credores futuros. A tutela mais ampla do crédito, cuja função social é vetor de conformação constitucional como medida garantidora da realização individual, é alcançada na interpretação sistemática de complementaridade, pelo recurso da fraude objetiva da lei falimentar, corroborada pela ideia de flexibilização dos meios processuais, para garantia da finalidade perseguida.

A fraude objetiva civil pode ser cometida dentro do período suspeito ou do termo legal da insolvência, nos mesmos moldes do que já ocorre no direito empresarial, permitindo ao julgador declarar a ineficácia dos atos encetados em momentos próximos à decretação da insolvência, evitando o esvaziamento patrimonial que viria a prejudicar o processo executório. Assim, a possibilidade de aplicação da lei falimentar aos casos de natureza civil, apenas operacionalizam o princípio da garantia geral do patrimônio, servindo de importante recurso à tutela do crédito.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

ABRÃO, Nelson. **Da ação revocatória**. São Paulo: EUD, 1980.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** ó para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBERO, Fernando Cerdá; GARGALLO, Ignacio Sancho. Quiebras e suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal. **Colección Estudios Económicos**, n. 25. Barcelona: La Caixa, 2001. Disponível em: <[www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es)>. Acesso em: 10 dez 2015.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo**. 2002. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) ó Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

AQUINO JR., Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**. 2010. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) ó Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**, v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** ó da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 90, 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292>>. Acesso em: 12 set 2014.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico ó existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2007.

AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória**: a dimensão da dicotomia ãineficácia objetiva e ãineficácia subjetiva (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05). 2012. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) ó Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BAQUERO, Édgar Ramírez. **La ineficacia en el negocio jurídico**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais ó o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Organizador). **A nova interpretação constitucional ó ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2012, p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Organizador). **A nova interpretação constitucional ó ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2012, p. 1-48.

\_\_\_\_\_. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 05 mar 2015.

BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Tradução por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação da lei dos atos jurídicos ó teoria geral e dogmática**. Tradução por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONIZZONI, Maria de Lourdes; ALVES, Maria Cilene P. G.; BITTENCOURT, Marlene A. S. O ñnegócio jurídicoõ no Código Civil e o Direito Romano. In: **Revista do Curso de Direito**, v. 3, n. 3. Universidade Metodista de São Paulo, 2009, p. 139-168.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos ó interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, José Manuel. **Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa ó Da falência punitiva à insolvência reconstitutiva**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 28 jul 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Falência e Recuperações)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em: 28 jul 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 28 jul 2015.

\_\_\_\_\_. **Projecto do Codigo Commercial do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro: Typografia Imp. e Const. de Seignot-Plancher e Cia., 1834. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227302>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011 (institui o Código Comercial)**. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 10.096/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Cláudio Santos**, j. em 27.08.1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 77.326/SP, 3ª Turma, Min. Rel. Waldemar Szveiter**, j. em 04 jun 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 143.046/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ari Pargendler**, j. em 16.12.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 299.742/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro**, j. em 23.06.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 121.428/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira**, j. em 01.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 595.631/SC. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi**, j. em 08.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 650.032/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr.**, j. em 23.11.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 622.984/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda**, j. em 07.04.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 506.312/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki**, j. em 15.08.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 468.062-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins**, j. em 11.11.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 938.607/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin**, j. em 14.04.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.092.134/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi**, j. em 05.08.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.216.673/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Otávio de Noronha**, j. em 02.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.163.114/MG, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão**, j. em 16 jun 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP. Segunda Turma, Rel. Min. Hermann Benjamin**, julgado em 14.02.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.200.112/RJ, 2ª Turma, Min. Rel. Castro Meira**, j. em 07 ago 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 459.352/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva**, j. em 23.10.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.326.394/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi**, j. em 12.03.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.217.593/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi**, j. em 12.03.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 870.624/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti**, j. em 05.03.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 375, Corte Especial**, em 18.03.2009. Disponível em: Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 37800-94.2011.5.13.0000**, j. em 30.04.2013. Disponível em: Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial 153 da SDI-2**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Disponível em: Acesso em: 20 jul. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. São Paulo: RT, 1989.

\_\_\_\_\_. **Fraude contra credores**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**, v. V, tomo I. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005.

CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CID, Ignacio Sánchez. **La repudiación de la herencia en el código civil**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.

CIMINO, Iacopo Pietro. **Manuale operativo per la tutela del credito**: aggiornato alle modifische del código di rito. Matelica: Halley, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**, v. 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORTEZ, Renata; FREITAS, Rosalina. **Dialogando sobre o novo CPC**. Curso de extensão. Recife: Instituto George Browne, 2015.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 8ª reimpressão, 2013.

DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David; CAMARGO, Elizeu Amaral. Coordenado por Renan Lotufo. **Lacunas no ordenamento jurídico**. Barueri: Manolo, 2005.

D'ARGENTO, Romolo. **Gli strumenti di protezione del patrimonio familiare: Fondo Patrimoniale e Trust**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=9387>>. Acesso em: 03 mar 2015.

EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta**. 2011. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) ó Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós- Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado / orgs. Angré Luis Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 289-308.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. In: DIDIER JR., Freddie; EHRHARDT JR., Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico ó homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-150.

FAZZIO JR., Waldo. **Lei de falência e recuperações**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Luís Carvalho. **Teoria geral do direito civil português, v. II**. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito ó técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Cândido. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2010. E-book. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>>. Acesso em 25 jul. 2015.

FONSECA, Ana Taveira da. **Da recusa do cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito** ó em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação. Coimbra: Almedina, 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v. I. Tradução por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GERSON, Luiz Carlos Branco. **Função social dos contratos ó interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa fé, perspectivas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto**: fondamenti teorici. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010.

GUIMARÃES, Octavio Moreira. **Da boa-fé no direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista, tomo II. Tradução por Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

HOHENDORFF, Rachel von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil** ó a gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá, 2014.

ITÁLIA. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 (Codice Civile). Aggiornato al con le modifichie apportate, da ultimo, dalla L. 6 maggio 2015, n. 55, dalla L. 27 maggio 2015, n. 69, dal D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 22 set. 2015.

ITANI, Rafi. **La theorie des fraudes spéciales** ó Essai de classification: étude comparative entre les droits français, libanis, pays arabes et musulman. Beyrouth: Bruylant, 2012.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, v. 251, jun. 1995. Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 1996.

JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo**: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução por Paulo Cardoso C. Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Base del negocio juridico y compliment de los contratos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

\_\_\_\_\_. **Derecho de obligaciones**, v. 1. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. Tradução por Javier Torres Nafarrate, com colaboração de Brunhilde Erker; Silvia Pappé; Luis Felipe Segura. México, D.F.: Universidade Iberoamericana, 2002.

JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução por Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil ó obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Fatos jurídicos como fontes das obrigações. In: DIDIER JR., Freddie; EHRHARDT JR., Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico ó homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 489-498.

\_\_\_\_\_. **Direito civil ó contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito civil ó parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e processo**: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória. 2009. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) ó Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MADALENO, Rolf. 2009. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, v. 4. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial brasileiro**, v. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Empresas familiares** ó administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios. São Paulo: Atlas, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Holding familiar e suas vantagens** ó planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012c.

MANHÃES, Guilherme da Silva. Efeitos do contrato perante terceiros: Revisitando o princípio da relatividade subjetiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7370&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7370&revista_caderno=7)>. Acesso em 21 jul. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior de Magistratura de Sergipe**, n. 7. Aracaju: ESMESE, 2004, p. 15-54.

\_\_\_\_\_. (Coordenadora). **Diálogo das fontes** ó do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>>. Acesso em: 23 mar 2015.

MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em: 3 jul 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

MENDONÇA, Delosmar; MACEDO, Elaine Harzheim; TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROS, Wellington Pacheco. 6. ed. **Tutela diferenciada**. Curitiba: IESDE Brasil, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coordenadora). **Diálogo das fontes** ó do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. Publicado na **Revista Jurídica 311**, setembro 2003. Disponível em: <<http://amdjus.com.br/doutrina/civil/240.htm>>. Acesso em: 09 mar 2015.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2008.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NONATO, Orosimbo. **Fraude contra credores** (da ação pauliana). São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1969.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2002.

OST, François. **A Natureza à margem da lei** ó a ecologia à prova do direito. Tradução por Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções** ó falência e concordatas, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, n. 31, jul./set., 2007a.

\_\_\_\_\_. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, Juan Ignacio. **Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores em el código civil español**. Sevilla: Pinelo Talleres Gráficos, 2001.

PINHEIRO, Frederico Garcia. **Releitura da fraude contra credores à luz da teoria da ineficácia relativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 997, 25 mar, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8162>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito privado**, tomo XXVIII. São Paulo: Borsoi, 1960.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**, tomo I. São Paulo: Borsoi, 1965.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**, tomo V. São Paulo: Borsoi, 1965a.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**, tomo II. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**, tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PORTUGAL. **Decreto Lei 47344/66, 25 novembro** (Código Civil). Versão actualizada, com a Lei n. 150/2015, de 10/09. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis)>. Acesso em: 10 dez 2015.

PROJETO CÓDIGO CIVIL DE 2002. **Exposição de Motivos**, parte geral. Disponível em: <<http://carlosnascimento.adv.br>>. Acesso em: 29 abr 2014.

QUATRARO, Bartolomeo; GIORGETTI, Mariacarla; FUMAGALLI, Alberto. **Revocatoria ordinaria e fallimentare** ó azione surrogatoria, Tomo I. 2. ed. Roma: Giuffrè Editore, 2009.

RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept**. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

REAL ACADEMIA ESPANHOLA. **Diccionario de la lengua española**. 23ª edición. 2014. E-book. Disponível em: <[http://www.rae.es/sites/default/files/Dossier\\_Prensa\\_Drae\\_2014\\_5as.pdf](http://www.rae.es/sites/default/files/Dossier_Prensa_Drae_2014_5as.pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

RECUEIL DALLOZ. **Sanction de la fraude: nullité ou inopposabilité?** Disponível em: <[http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AVRIL\\_2011/D2002-2217.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AVRIL_2011/D2002-2217.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**, v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RODRIGUES, Rosane Aparecida. **Fraude às relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** ó parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUEZ, Jaime Eduardo Melendez. **Historia institucional del Monte de Piedad Vidal-Ruiz (1890-1985)**. 1998. Tese. Licenciatura em História. Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de las Americas-Puebla. Disponível em: <www.catarina.udlap.mx>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica** ó sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

\_\_\_\_\_. As ideias constitucionais em uma perspectiva histórica. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219-225.

\_\_\_\_\_. Sobre a teoria geral do direito civil. In: In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 485-489.

SANCHEZ, Alessandro. Ações de ineficácia e revocatória de atos no processo falencial brasileiro. In: **Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Coordenação: Gilberto Gomes Bruschi e Outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS JR., E. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SARAIVA, Luiz Fernando. O Homem Benfazejo: Bibliotheca Constitucional do Cidadão Brasileiro, Mercado Editorial, Cidadania e a Construção do Império Brasileiro, Rio de Janeiro 1831ó1832. **Outros tempos**, v. 11, n. 18, 2014, p. 208-232. Disponível em: <www.outros tempos.uema.br>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras.** Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A\\_Triplice\\_Transformacao\\_do\\_Adimplemento.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf). Acesso em: 10 jan. 2014/2014.

SERPA LOPES, Miguel de. **Curso de Direito Civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no Código Civil, doutrina e jurisprudência**, v. 1. São Paulo: Forense, 1972.

SINAY, Rafael. **Funcionalização das relações obrigacionais ó a cessão de posição contratual e a cessão de carteira de clientes.** In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo (Coordenador). **Direito das relações patrimoniais ó estrutura e função na contemporaneidade.** Curitiba: Juruá, 2014.

SOMBRA, Thiago Luís S. **Adimplemento contratual e cooperação do credor.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SOTO, Jesús Huerta de. **Socialismo, cálculo económico y función empresarial.** 2. ed. Madri: Unión Editorial, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3 ó teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. São Paulo: Gen/Método, 2013.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código civil: esboço.** Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das leis civis.** Brasília: Senado Federal, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito**, Studia Juridica, n. 48. Colloquia 6. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000.

\_\_\_\_\_. (Coordenador). **A parte geral no novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEDORO JR., Humberto. Dos efeitos dos negócios jurídicos no novo Código Civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. p. 91-123. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1215/1148>>. Acesso em: 07 abr 2015.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. As normas jurídicas e a sanção premial como induzimento às condutas desejáveis. In: DIDIER JR., Freddie; EHRHARDT JR., Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico ó homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 597-618.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências** (Decreto nº 7.661/45), v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VAMPRE, Spencer. **Tratado elementar de direito comercial**, v. 3. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1922.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil ó parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIDAL, José. **Essai d'une theorie generale de la fraude em droit français**. Paris: Dalloz, 1957.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Tradução por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.