

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

FRAUDE CONTRA CREDITORES ATRAVÉS DE ATO GRATUÍTO

HELENO VERECHIA

BUENOS AIRES - 2014

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não seria possível sem a receptividade, o incentivo e o entusiasmo dos Professores, doutores e juristas escol: Alejandro Laje - Álvaro Daniel Ruíz - Carlos Burger - Claudia Valls - Eduardo E. Sisco - Eugenio Zaffaroni - Javier Baños - Joaquim Miranda - Jasube Gouveia - Marcos Córdoba - Mario Gambacorta - Mario Valls - Teodora Zamudio

DEDICATÓRIA

A minha esposa ROSÁRIA GUARITA SANDOVAL VERECHIA
A minha filha CLEÓPATRA FERNANDES VERECHIA
Aos meus netos ANDRE MATHEUS E MARIA VITÓRIA
Ao jurista escol MARIO VALLS
À jurista escol TEODORA ZAMUDIO

VERECHIA, Heleno – 1945

1. Título. Fraude Contra Credores Através de Ato Gratuito
2. Palavras chave: Direito Civil. Defeitos do Ato Jurídico. Fraude Contra Credores.

Obrigações

CDU

347.141

347.442.21-81

347.141.81

347.442.21

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Sumario

Resumo	4
Resumen	4
Abstract	5
Résumé	5
Sinopsi	6
1. Introdução.....	7
2. Sinopse da história da fraude contra credores	9
2.1. Fraude contra credores no direito romano	9
2.2. Na Idade Média	12
2.3. Na Idade Moderna	15
2.4. No Direito Brasileiro	16
2.4.1. Projetos ao Código Civil de 1916.....	19
2.4.2. Projeto Teixeira de Freitas.....	21
2.4.3. Projeto Felício Dos Santos	24
2.4.4. Projeto Coelho Rodrigues.....	26
2.4.5. Projeto Clóvis Beviláqua	27
2.4.6. Código Civil de 1916.....	31
2.4.7. Projeto do Código Civil de 1975	33
2. Da fraude contra credores.....	35
2.1. Conceito da fraude contra credores	35
2.2. Elementos constitutivos da fraude contra credores.....	39
2.2.1. Eventus damni	41
2.2.2. Consilium fraudis	44
2.3.3. Scientia fraudis	52
2.3. Anterioridade do crédito.....	54
2.4. Nexo de causalidade entre o ato fraudulento e o dano.....	57
2.5. Revogação do ato fraudulento	60
2.6. Finalidade dos elementos constitutivos	69
2.7. Ônus da prova.....	70
2.8. Em caso de dúvida.....	76
3. Garantia patrimonial	78
3.1. Considerações sobre o princípio da garantia patrimonial	78
3.2. Responsabilidades do devedor.....	82
3.3. Responsabilidade do espólio, feita a partilha.....	86
3.4. Exceções á garantia patrimonial	89
3.5. Bens do devedor em poder de terceiros	96
3.6. O local dos bens.....	100
3.7. Bens insuficientes	103
3.8. Poder de disposição de bens pelo devedor.....	109
4. Conclusão	113
5. Bibliografia	118

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Resumo

O Instituto da Fraude Contra Credores é oriundo do Direito Romano com a criação da lei Poetalia Papira 387 a.c..

No Brasil o prefalado Instituto não foi disciplinado nas Ordenações do Reino, todavia permitia-se que os atos praticados em fraude contra credores fossem revogados com fundamento nos Princípios Gerais do Direito Romano.

O aludido instituto foi inserido pela primeira vez no Direito Pátrio na Lei 2024 de 17 de dezembro de 1908, que reformou a lei de falências.

Esse só veio a ser regulamentado através do Código Civil de 1916, como instituto.

Aquele instituto até a presente data mesmo com as alterações adequando-o à doutrina e a hermenêutica dos Tribunais Pátrio no Código Civil atual, não apresentou grande evolução.

A principal finalidade do nosso trabalho é demonstrar, dentro da lógica do direito, em quais circunstâncias a doação com reserva de usufruto constitui fraude contra credores.

Nesse trabalho defendemos a possibilidade de serem considerados como praticados em fraude contra credores os atos praticados através de doações antes de ser constituído o crédito, com isso defendemos a descon sideração do princípio da anterioridade do crédito na hipóteses de doações.

Palavras Chave: Defeitos do ato jurídico, Fraude, Obrigações.

Resumen

El Instituto de Fraude Contra Los prestamistas se deriva de la ley romana con la creación de la ley Poetalia Papira 387 ac.

En Brasil, el Instituto prefalado no fue disciplinado en las Ordenanzas del Reino Unido, sin embargo, permitió que los hechos imputados en el fraude contra los acreedores fueron revocadas en la base de los principios generales del Derecho Romano.

El instituto antes mencionado se insertó por primera vez en la Ley 2024 Ley de Paternidad el 17 de diciembre de 1908, que reformó la ley de quiebras.

Esto sólo vino a ser regulado por el Código Civil de 1916, según el instituto.

Ese instituto hasta la fecha a pesar de los cambios que evocan el de la doctrina y los tribunales de la hermenéutica para padres en el actual Código Civil, no se ha desarrollado en gran medida

El objetivo principal de nuestro trabajo es demostrar, dentro de la lógica de la ley, en qué circunstancias la donación con reserva de usufructo constituye un fraude contra los acreedores.

En este artículo defendemos la posibilidad de ser considerado como acusado en el fraude contra acreedores los actos realizados por las donaciones se harán antes del crédito, nos encontramos con el desconocimiento del principio de crédito previa en los casos de donaciones.

Palabras Clave: Defectos legales en el acto, el fraude, Obligaciones

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Abstract

The Institute of Fraud Against Lenders is derived from Roman law with the creation of the law Poetalia Papira 387 ac.

In Brazil the prefalado Institute was not disciplined in the Ordinances of the UK, however, allowed that the acts charged in fraud against creditors were revoked on the basis of general principles of Roman law.

The aforementioned institute was first inserted in the Parenting Act 2024 Law on December 17, 1908, which reformed the bankruptcy law.

This only came to be regulated by the Civil Code of 1916, as the institute.

That institute to date even with the changes suiting the the doctrine and hermeneutics Courts Parenting in the current Civil Code, not greatly developed.

The main purpose of our work is to demonstrate, within the logic of the law, under which circumstances the donation with reservation of usufruct constitutes fraud against creditors.

In this paper we advocate the possibility of being considered as charged in fraud against creditors acts performed by donations be made before the credit, we stand with the disregard of the principle of prior credit in cases of donations.

Keywords: Legal defects in the Act, Fraud, Obligations.

Résumé

L'Institut de la fraude contre les prêteurs est dérivé du droit romain avec la création de la loi Poetalia Papira 387 ac.

Au Brésil l'Institut prefalado n'a pas été discipliné dans les ordonnances du Royaume-Uni, cependant, admis que les actes reprochés à la fraude contre les créanciers ont été révoqués sur la base des principes généraux du droit romain.

L'institut précité a été inséré en premier dans la loi 2024 Parenting Act le 17 Décembre 1908, qui a réformé le droit de la faillite.

Cela ne vint à être régie par le Code civil de 1916, comme l'institut.

Cet institut à ce jour, même avec les changements convenant à la doctrine et herméneutique tribunaux parentalité dans le Code civil actuel, pas très développé.

Le but principal de notre travail est de démontrer, dans la logique de la loi, les circonstances dans lesquelles le don sous réserve d'usufruit constitue une fraude contre les créanciers.

Dans cet article, nous préconisons la possibilité d'être considéré comme chargé de la fraude contre les créanciers actes accomplis par des dons soient faits avant que le crédit, nous sommes à la méconnaissance du principe de crédit avant en cas de dons.

Mots-Clés: Vices juridiques dans la loi, la fraude, Obligations.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Sinopsi

L'Istituto di frode contro Lenders è derivato dal diritto romano con la creazione della legge Poetalia Papira 387 ac.

In Brasile l'Istituto prefalado non è stato disciplinato nelle ordinanze del Regno Unito, tuttavia, ha permesso che gli atti praticati in frode ai creditori sono state revocate sulla base dei principi generali del diritto romano.

L'istituto di cui sopra è stato inserito nella legge 2024 Parenting legge 17 dicembre 1908, che ha riformato la legge fallimentare.

Questo è venuto solo per essere regolata dal codice civile del 1916, in quanto l'istituto.

Tale istituto fino ad oggi, anche con le modifiche atto a soddisfare la dottrina e l'ermeneutica Corti Parenting nel vigente Codice Civile, non molto sviluppato.

Lo scopo principale del nostro lavoro è quello di dimostrare, entro la logica della legge, in quali circostanze la donazione con riserva di usufrutto costituisce frode nei confronti dei creditori.

In questo lavoro sosteniamo la possibilità di essere considerati come addebitato in frode ai creditori atti da donazioni da effettuare prima che il credito, ci troviamo con la violazione del principio del credito preventiva in caso di donazioni.

Parole Chiave: vizi giuridici in atto, la frode, Obblighi.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

1. Introdução

O Instituto da Fraude Contra Credores tem a sua origem no Direito Romano com início da responsabilidade patrimonial e com o advento da Lei Poetalia Papira 387 a.C..

No Brasil tal instituto não foi baseado nas Ordenações, apesar de permitir a revogação dos atos praticados em fraude contra credores calcados nos princípios do Direito Romano. O instituto foi regulamentado através de lei com advento da lei com advento do Código Civil Brasileiro de 1916.

Dessa data até nossos dias, não houve avanço em relação ao Instituto da Fraude Contra Credores.

O objetivo desse trabalho é ressaltar em quais circunstâncias o ato praticado pelo devedor constitui fraude contra credores.

Nas sugestões aventaremos a hipótese da viabilidade do princípio da anterioridade do crédito poder ser desconsiderada desde que o ato seja praticado através de ato gratuito para fraudar o credor.

A escolha do tema foi feita pela sua importância e por ser inédita quase incógnita.

A matéria é quase inexistente a nível nacional e internacional, por mais que pesquisasse sobre a mesma. Quando trataram sobre essa matéria o fizeram de forma genérica.

A nível nacional o único que abordou sobre o assunto foi o mestre Yussef Said Cahali em um fragmento de uma página e meia, na lapidar obra intitulada “Fraude Contra Credores” editada pela Editora Revista dos Tribunais, 1.ª edição 1989, às fls. 230-1.

A nível internacional apesar de termos compulsado mais de uma centena de obras não encontramos nenhuma monografia específica sobre o mesmo.

Nas bibliografias das obras pesquisadas não fazem menção à desconsideração do princípio do princípio da anterioridade do crédito. Por isso julgamos inédita essa monografia.

O tema limitar se a ao estudo de uma única modalidade de fraude contra credores.

A revisão literária sobre a matéria se limita em pesquisa das obras enunciadas na bibliografia, que são submetidas à crítica projetada à luz da comparação entre as diversas doutrinas, jurisprudência e de nossa legislação.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Tal comparação é feita entre o pensamento jurídico nacional e estrangeiro, de onde pinçamos os fragmentos mais importantes das obras pesquisadas cujo teor é inserido nessa monografia.

Levantamos as seguintes hipóteses: a ciência do direito é uma ciência dinâmica, que está sempre em evolução, isto é, acompanha o movimento e as transformações sociais da cultura mundial.

Apresentamos sugestões ao Código civil Pátrio para o aprimoramento e modernização do aludido código no que tange ao instituto ora estudado

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

2. Sinopse da história da fraude contra credores

2.1. *Fraude contra credores no direito romano*

Compulsando a arqueologia jurídica, encontramos registrado na mesma, a fase que antecedeu o Instituto da Fraude Contra Credores, e as causas que levaram a sua criação. A sua evolução no Direito Romano e a emigração deste instituto para o Direito dos povos do Sistema Germânico – Romano.

Encontramos no Direito Romano os princípios de todo o processo de execução.

Esse processo em Roma em sua fase embrionária seguia as regras das *manus injectio*, a primeira forma do processo civil romano. Caracterizava-se pelo emprego de gestos e palavras solenes e pelo rigor excessivo, segundo os registros encontrados nas institutas de Gaio.

Naquelas institutas, o jurisconsulto romano dá o seguinte exemplo a fim de ilustrar o rigorismo para resolver uma ação, por haverem sido cortadas suas videiras, perdera a causa unicamente porque, em vez de empregar a expressão genérica *árvore*, de acordo com a Lei das XII Tábuas, usara do termo *videiras* (4.11). Prosseguindo, no (4.30) declara Gaio, que, quem houvesse praticado um menor erro, perderia o litígio: *ut vel Qui minimum errasset, litem perderet*.

O procedimento da *manus injectio* dava-se da seguinte forma: a presença do magistrado o acusado poderia confessar a sua dívida e dentro de trinta dias deveria reparar o dano. Se nesse prazo satisfizesse a dívida, estava findo o processo como caso julgado. Entretanto, se não cumprisse o compromisso dentro do prazo acordado, dava-se a *manus injectio*, isto é, o devedor poderia ser preso e conduzido ao tribunal à presença do magistrado, como reza o artigo 5º da Tábua III, da Lei das XII Tábuas: e Esgotado os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado a presença do magistrado. ¹

A citada lei previa ainda o *vindex*. Esse é terceira pessoa estranha a relação comercial dos contendores, que interessando pela solução do litígio, assume a responsabilidade do devedor de pagar o débito contraído. No caso de o *vindex* assumir o débito do devedor,

¹ Cf. SAMPAIO LACERDA, J.C. Aspecto do Processo Civil Romano, Estudo sobre (123)as “*legis Actiones*”, Arquivo Judiciário, v.36, pág.111.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

desonerava-o da responsabilidade para com o credor primitivo. Entretanto, se não aparecesse alguém que assumisse a responsabilidade do devedor, ou seja, o vindex, o devedor poderia ser levado para a casa do credor, que poderia segundo o artigo 6º da referida tábua ser amarrado com um nervo de boi ou com grilhões de quinze libras, no máximo ou menor, ficando ao livre arbítrio do credor. O dito artigo diz o seguinte: “Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ao menos se assim quisesse o credor” Lei da XII, Tábuas III artigo 6º.²

Um aspecto que entendemos que deve ser ressaltado, é, a intocabilidade do patrimônio do devedor que apesar de ter sido reduzido praticamente a prisioneiro do credor, o devedor, continuava com os seus direitos referentes à cidadania e ao seu patrimônio, podendo o mesmo ser mantido pelo seu patrimônio.

O artigo 7º da Lei e Tábua aludida registra o seguinte: “ O devedor preso viverá à sua custa, se quiser, se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por um dia uma libra de pão ou mais, a seu critério”.

A prisão supracitada tinha duração de 60 dias, o período em que o devedor ficava preso, era um espaço de tempo previsto pela lei, para que, o credor e o devedor entrassem em entendimento para o pagamento do débito, pois, era lícito que as partes acordassem em que o pagamento poderia ser feito através de trabalho do devedor. Isto é, apesar do devedor ter sido reduzido à condição de prisioneiro do credor, este, permanecia com a sua capacidade contratual. Portanto, era amparado pela aludida lei o pacto feito pelo credor com o devedor a respeito do pagamento da dívida. Justificando com isso a prisão do devedor pelos sessenta dias, em que o devedor ficava à disposição do credor.

Entretanto, passados os sessenta dias sem que as partes fizessem qualquer acordo a respeito da dívida, e não tivesse surgido um vindex, que poderia ser um parente, um patrono, pagasse a dívida pelo mesmo, a lei dava duas opções para o credor em relação ao devedor, isto é, o devedor poderia ser condenado à morte, ou, então, vendido em hasta pública, onde era apregoado, e aquele que pagasse mais seria o proprietário do devedor que passava a ser propriedade do comprador. Era vendido o devedor nas feiras, no comitium. Esta venda era feita a estrangeiros, portanto conhecia como transtiberium. A venda do devedor como escravo

² (168) Lei das XII Tábuas, Obra Citada T.III, art. 6º (168) Ibidem, art.7º

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

obedecia a regra contida no artigo 8º da III Tábua (Lei das XII Tábuas) vazado nos seguintes termos: “Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao comitium”.³

Na hipótese de haver mais de um credor, a lei acima referida previa, para esses casos, a solução de forma bárbara, pois, previa, para a hipótese no caso do devedor não ser vendido até o terceiro dia de feira, a seguinte solução: o devedor poderia ser morto, e o seu corpo ser dividido em tantas quantas partes foram os credores. No caso do devedor dever a 10 (dez) credores, o seu corpo era dividido em 10(dez) partes, tocando uma parte do corpo a cada um dos credores.

Porém, há divergência na interpretação do artigo 9º da III Tábua da Lei das Doze Tábuas. Há doutrinadores que o interpreta como sendo não o corpo do devedor que era dividido, mas sim o resultado do preço conseguido com a venda do mesmo.

Outros entendem que eram realmente divididas as partes do corpo do devedor. Esta corrente doutrinária justifica a sua interpretação no fato de que os credores, diante do prejuízo em espécie, preferiam receber as partes do corpo do devedor, que com o recebimento das mesmas, satisfaziam os seus egos com o gozo e prazer da divisão do corpo do devedor, como uma forma de compensação pelo seu prejuízo.

Entendemos as polêmicas travadas sobre a citada hipótese. Pessoalmente abraçamos a interpretação literal do mencionado artigo, que trás no seu bojo o seguinte: “ Se são muitos os credores é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor e, tantos pedaços quanto sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. Todavia a interpretação do supratranscrito artigo é de uma claridade solar, de que era realmente dividido o corpo do devedor. Portanto, calcado naquele artigo podemos dar a assertiva de que era realmente dividido o corpo do devedor.

Segundo o mestre Sampaio Lacerda: “Ao lado do processo da manus injectio havia duas modalidades de execução patrimonial: a actio pignoris capio e a bonorum sectio”, esta última privativa do erário contra os seus devedores. A pignoris capio uma das ações da Lei visava também os fins de Ordem Pública. Dava-se a apreensão de bens do devedor, sempre

³ (168) Lei das XII Tábuas T.III art. 8º

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

executada por delegado do Estado, quando se tratasse de *aes militaris*, *aes equestri*, *aes horiarum*, isto é, contra aquele que era encarregado de pagar o soldo aos soldados, ou contra quem devia fornecer forragem para os cavalos, ou contra aqueles que devessem tributos.

A rigidez e a impiedade das regras do antigo Direito Romano determinaram a formação de uma espécie de contrato de caráter costumeiro e que teve até bastante aceitação. Era o *nexus*, pelo qual o devedor sem recursos, para solver sua dívida, antes de se iniciar contra ele a execução obrigava-se voluntariamente a prestar serviços ao credor, como escravo a fim de, com o seu trabalho satisfazer a dívida. Esse sistema, todavia gerou abusos insanáveis que muito concorreram para que se produzisse uma reação violenta contra a forma de execução pessoal. A situação, aliás, agravou-se em consequência de um fato ocorrido, conforme narra Tito Lívio (VIII, 26). Trata-se de Caius Publítius, jovem romano que foi feito *nexus* para pagamento de uma dívida assumida, por necessitar de meios para realizar os funerais do progenitor. O credor, homem de tendências degeneradas e pouco escrupuloso, não simpatizando com Caius, impôs-lhe penosos castigos. Diante, pois, dos escândalos, passou a vigorar em 428, a Lei Poetália Papiria, que suprimiu o direito de morte ou de venda e deu como garantia só os bens do devedor, estabelecendo, desse modo, a transição de execução pessoal para a execução patrimonial.⁴

2.2. Na Idade Média

No ano de 395 inicia-se a Idade Média, que dura até o ano de 1453, com a tomada de Constantinopla pelos Turcos Otomanos. Na Idade Média temos parte do Direito Romano no Baixo Império. Chama-se baixo Império o período que compreende o período de 284 DC, ou seja, o período que vai da morte de Diocleciano até a morte de Justiniano.

Neste período o imperador firma definitivamente o seu poder total. Torna-se absoluto, invocando a vontade divina como fonte e inspiração de sua autoridade. Até então o imperador repartia o poder com o Senado.

As fontes do Direito Romano no Baixo Império eram as Constituições Imperiais, denominadas *leges*. Era as únicas fontes do direito naquele período, isto porque, das várias modalidades de constituições imperiais do período anterior *edicta mandata*, *decreta rescripta* desaparecem as três últimas, restando apenas a *edicta*, mas, com uma ressalva: as “*edictas* ou

⁴ Cf SAMPAIO LACERDA J.C Manual de Direito Filamentar – Editora Livraria Freitas Bastos S/A- 11ª edição 1982. Fls. 26-7.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

leges edctales, de agora são ordens expedidas pelo imperador ao Senado ou a qualquer funcionário”.

Ainda no período do Baixo Império, temos as famosas compilações de leis conhecidas como Pré-Justinianéias, Justinéias ou Pós- Justinianéias.

O mestre J. Cretela júnior ressalta; *Codificações podem ter caráter oficial ou caráter particular, isto é, podem ser elaboradas por iniciativa as de imperadores ou, antes de Justiniano, houve codificações particulares e oficiais. Entre as codificações particulares devemos distinguir o Codex Gregirianus, o Codex hermogenianus, os Fragmenta Vaticana Juris Ramani, a Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio e o Livro de Direito Sírio-Romano. O destaque dado pelo citado mestre, tem por objetivo localizar cada diploma no tempo, a fim de saber sua época se antes de Justiniano, depois de Justiniano e na época de Justiniano.*

A figura do Imperador Justiniano na Idade Média é de um valor ímpar para o Direito Romano, para o Direito Universal, pois, o seu trabalho em prol das letras jurídicas, foi de extraordinário valor, perpetuando o mesmo no tempo e imortalizando, o imperador como o inimigo do sono. Seu maior valor como obra jurídica a sistematização em um só corpo, o numerosíssimos textos de lei das épocas anteriores a da própria época, cuja sistematização foi feita por sua ordem.⁵

Continuando enfatiza J.Cretella Júnior: *O Direito de Justiniano, agrupado numa única obra, o Corpus Juris Civilis, constitui por assim dizer, o Direito Romano propriamente dito, que Savigny denominou de Direito Romano Atual, quando em vigor no Império Germânico.*

A denominação Corpus Juris Civilis foi dada pelos glosadores da Escola de Bolonha, no século XII, para distinguir esse conjunto de outro, denominado Corpus Juris Canonici.

O nome original era apenas o de Corpus Juris, mais alguns atribuem a Dionísio Gotofredo (1583) a expressão Corpus Juris Civilis, que teria sido usado na edição feita por aquele erudito, no Renascimento.

⁵ Cf. (44) CRETELA JÚNIOR, J, Curso de Direito Romano. Edi- curso de Direito romano, Editora Forense – S/A, Rio de Janeiro RJ., 8ª Edição – 1983, pág.68.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Chama-se, pois, Corpus Juris Civilis o conjunto do Direito Romano (oposto ao Corpus Juris Canonici), compilado no século VI da era cristã por ordem do Imperador Justiniano e, logo a seguir, posto em vigor em toda parte do império sob seu domínio.

Compreende os seguintes conjuntos apresentados cronologicamente: a) Código Antigo (529); b) Digesto (533); c) Institutas (533), d) Código Novo (534); e) Novelas.⁶

É no Corpus Juris Civilis que encontramos os princípios básicos, que servirão de base para a construção do Instituto da Fraude Contra Credores, hoje inseridos no nosso Código Civil.

Com o fim do período histórico do Direito Romano no Baixo Império, no ano de 565 d.C., inicia-se o período do Direito Bizantino (do nome Bizantino, cidade grega construída no Bósforo, no VII século antes de Cristo, mudada para Constantinopla, no quarto século de nossa era, por Constantino, equivalendo hoje à parte antiga da cidade de Istambul, na Turquia, é o espaço de tempo que vai desde a morte do Imperador Justiniano (565) até a tomada de Constantinopla pelos Turcos, em 1453.

Direito Bizantino é o conjunto de regras jurídicas justinianéias que continuaram em vigor de 565 a 1453, mas modificadas e adaptadas à vida dos povos do novo império.

O Direito Bizantino, em vigor nos países sujeitos à dominação bizantina, encontra dificuldades de aplicação nos tribunais, quando invocado. A língua latina, cada vez mais afastada das fontes, é mesmo estudada e insuficiente para exprimir os novos casos que surgiram. Já é difícil, nessa época a compreensão da língua em que foi redigido o Corpus Juris Civilis de Justiniano.

A evolução do Direito, no mundo Bizantino traz como consequência o aparecimento inevitável de situações jurídicas novas, não previstas nas antigas e imobilizadas compilações latinas, excelentes apenas para épocas mais antigas.

Para contornar as dificuldades emergentes ordenaram que fizessem outras compilações oficiais, em língua grega, adaptáveis a nova realidade jurídica. Surge assim a Egloga Legum Compendiaria, a Lex Rhodia, o Prochiron Legum.

Neste período, com o domínio dos povos bárbaros, culturalmente inferiores aos romanos, houve um retrocesso no processo de execução. Isto porque os bárbaros invasores

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

mesclaram o seu Direito ao dos conquistados, resultando um direito rudimentar, igual ao do período regido pelas XII Tábuas. Porém, em determinados casos usavam o novo sistema do Direito Romano, ora a execução recaía sobre o patrimônio do executado, ora recaía sobre a própria pessoa.

Portanto, podemos afirmar que na Idade Média, não houve nenhum avanço no campo do Instituto da Fraude Contra Credores.

Lecionando sobre a matéria o mestre Sampaio de Lacerda, enfatizou: Com a invasão dos povos bárbaros no Império Romano, o processo de execução por dívidas passou a basear-se na execução individual, que se efetuava ou sobre os bens móveis ou sobre a própria pessoa do devedor, caso fosse este solvente ou insolvente, respectivamente. Os imóveis eram naturalmente excluídos pela natureza do regime de propriedade eminentemente corporativo. Usava-se o sequestro de bens do devedor para os casos de fuga do devedor. Havia não só a perda da propriedade como também da administração. Diferia, portanto, da *cessio bonorum venditio* porque nesta os bens eram guardados para atender à *causa rei servandae causa*". (122)⁷.

2.3. Na Idade Moderna

A Idade Moderna marca o seu início com o fim do Império Romano, em 1453, com a tomada de Constantinopla pelos Turcos. Apesar de o Império Romano ter ruído, o Direito Romano continua até os nossos dias a refletir-se ora menos ora mais intensamente nos sistemas jurídicos ocidentais.

É válida a assertiva de vários doutrinadores do Sistema Germânico-Romano, ao afirmar que é impossível qualquer estudo com finalidade de descer em profundidade na maioria dos institutos de Direito Privado, sem que se lance mão dos respectivos protótipos romanos.

Lecionando sobre a matéria o mestre J. Cretela Júnior enfatizou: “Eis porque se diz, sem erro, que o Direito Romano não morreu: continua vivo, embora com as necessárias transformações, nos representantes dos sistemas jurídicos de base romanística”.⁸

⁶ Cf. (44) Cretela Júnior, j. id., ib., pág. 69-70.

⁷ Cf. (122) SAMPAIO DE LACERDA. J.C. ob. cit. pág. 27 – 28.

⁸ (44) CRETELA JÚNIOR, J., obra cit., pág. 79. “Pode-se mesmo afirmar: é impossível qualquer estudo mais profundo da maioria dos institutos do direito privado, sem chegar aos respectivos protótipos romanos.”

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O Instituto da Fraude Contra Credores, é um instituto de origem romana como já enfatizamos no subtítulo nº.1 deste capítulo. O Direito Italiano foi estruturado em cima dos Princípios Gerais do Direito Romano, portanto, é receptor direto do Direito Romano, que teve um papel importante, neste período, o de fazer penetrar sua influência nos países do Sistema Germânico-Romano, e com isso virgulando-os com os Princípios Gerais do Direito Romano.

Na Idade Moderna, o Direito Pátrio era regido pelo Direito Português transplantado de Portugal para o Brasil, entretanto, quanto ao Instituto da Fraude Contra Credores, o Direito Português, não tinha nenhuma lei que o regulamentasse contra credores, salvo nas jurisprudências do Reino, que por sua vez eram calcadas no Direito Romano. Esta matéria será estudada no subtítulo a seguir.

2.4. No Direito Brasileiro

O Instituto da Fraude contra Credores, no Brasil Colônia, não tinha leis próprias para regular as atividades privadas. Era regido pela legislação portuguesa, isto é, aquela legislação era aplicada no Brasil para aqui solucionar todas as espécies de conflitos.

Por ocasião do descobrimento do Brasil, Portugal era regido pelas Ordenações Afonsinas, na qual predominavam os princípios do Direito Romano, e do Direito Italiano, resultando, no submetimento do devedor a um rigor excessivo.

As Ordenações Filipinas transcrevendo uma lei especial de 1597, trataram, em título especial dos mercadores que “quebram”, comparando-os a criminosos (Livro V, Título 66). Tais Ordenações foram depois modificadas pelo Alvará de 13 de novembro de 1756, que serviu de modelo à terceira parte de nosso Código Comercial, de 1850, que foi considerado por Sá Viana importante marco legislativo. Proclamada a independência, continuou o país a reger-se pelas leis portuguesas, mandando a Lei de 20 de outubro de 1823 de acordo com a Lei da Boa Razão, que se aplicasse o antigo direito dos povos cultos, ou melhor, “das nações cristãs iluminadas e polidas”. Por esse motivo, muitas vezes, conforme informação de Carvalho de Mendonça aplicou-se de preferência o Código Comercial Francês.

Continuando enfatiza Sampaio de Lacerda,

“A Constituição do Império de 1824, havia prometido um Código Civil e um Código Criminal e, em 1830, foi promulgado este último, que prescreveu penas para os crimes falências, cuja qualificação seria feita na conformidade das leis do comércio. Em 1850,

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte a falência, intitulando-se a “Das Quebras”, tendo o Decreto 738, de 1850, estabelecido o processo para as falências (artigo 102 a 187)”.⁹.

Apesar de todo este avanço jurídico pelo Direito Pátrio, o Instituto da Fraude Contra Credores, não foi até então concluído nos dispositivos legais, do nosso direito, continuando, a ser resolvido os problemas dos atos praticados em fraude contra credores, através das jurisprudências do Reino, mas o Direito Português, não tinha inserido em suas leis ou ordenações nenhuma lei que fizesse referência à fraude contra credores. Porém, é necessário que ressaltemos que, no Brasil, era permitida a revogação de atos abusivos, sendo estes revogados a pedido da parte prejudicada, dirigida ao juiz deferia o pedido do prejudicado calcado no princípio geral do Direito Romano, *fraus omnia corrumpit*, com o decorrer dos tempos foi se formando uma jurisprudência sobre a matéria através da qual era embasado o fundamento para outras decisões.

Na falta de lei que regulasse a matéria, os juristas brasileiros, mesmo após ter o país desvinculado das leis portuguesas, e até que, não fosse regulamentado o Instituto da Fraude Contra Credores pelas leis do país, fundamentavam os seus pedidos nas jurisprudências referidas.

A primeira lei brasileira, que tratou a respeito da fraude contra credores, foi pertinente ao Direito Falimentar, a lei 2.024 de 17 de dezembro de 1908, que reforma a Lei de Falência, sua seção V, trata da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência, que reza o seguinte:

Art.55. Não produzirão efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico devedor, seja ou não intenção deste fraudar os credores:

1º - Os pagamentos de dívidas não vencidas realizados pelo devedor, dentro do termo legal da falência, por qualquer meio de extinguir o direito do crédito, inclusive o desconto dos próprios títulos;

2º - Os pagamentos de dívidas vencidas e exigíveis, realizados dentro do termo legal da falência por qualquer meio que não seja em dinheiro ou em título de comércio;

⁹ Cf. (122) SAMPAIO DE LACERDA, J.C., ob. cit. pág.31.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

3º - As hipotecas e outras garantias reais inclusive a retenção, constituídas dentro do termo legal da falência tratando-se de dívida contraída antes deste termo:

4º - Todos os atos a título gratuito, salvo obediência à lei ou si se referirem a objetos de valor menor de 300\$, desde dois anos antes da declaração judicial da falência, façam ou não parte de contratos onerosos;

5º - A renúncia à sucessão, legado ou usufruto, até dois anos antes da declaração judicial da falência.

6º - A restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial;

7º - As inscrições de hipotecas e as transcrições inter vivos por títulos onerosos ou gratuitos de imóveis susceptíveis de hipoteca, realizadas após a decretação do sequestro ou a declaração da falência.

Art. 56. Os bens deverão ser revogados, também relativamente a massa, todos e quaisquer atos, enquanto não prescritos, praticados pelo devedor, na intenção de prejudicar credores, provando-se fraude de ambos os contraentes.

Art. 57. Os bens deverão ser restituídos a massa em espécie, com todos os acessórios, e, não sendo possível dar-se-á a indenização.

Art. 58. A restituição dos frutos, incluídos os que se deixaram de perceber, será devida nos casos de má-fé, convivência, fraude ou conhecimento do estado do devedor. Em todo caso, sê-lo-á desde a propositura da ação e compreenderá os pendentes ao tempo da aquisição.

§ 1º. O donatário de boa fé restituirá somente na proporção daquilo com que se achar argumentado o seu patrimônio por efeito da doação.

O réu não poderá opor compensação nem convenção.

§ 2º. A apelação será recebida no efeito devolutivo e os autos subirão dentro do prazo de 15 dias, depois de intimadas as partes da sentença, independente de traslado, salvo si alguma das partes o requererem, pagando-o à sua custa.

§ 3º. O juiz não está adstrito às regras de direito quanto à prova da fraude ou má fé, mas decidirá conforme a sua livre e íntima convicção, fundamentando a sentença com fatos e as razões que motivem a sua decisão.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Art. 61. A revogação do ato poderá também ser alegada e pedida em exceção ou embargos a execução ou em ação executiva.

Parágrafo único. O juiz poderá, a requerimento, dos liquidatários, ouvidas três testemunhas, ordenar como medida preventiva da ação revogatória, o sequestro dos bens como retirados do patrimônio falido e em poder de terceiros.

Do despacho do juiz, que indeferir ou ordenar o sequestro cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo.

Art.62. A revogação do ato poderá ser decretada, embora, para a celebração dele, procedesse sentença executória, ou fosse consequência de transação ou de medida executória para garantia da dívida de seu pagamento.

Revogado o ato, ficará de pleno direito rescindido a sentença que o motivou e a consequente execução.

2.4.1. Projetos ao Código Civil de 1916

A sociedade brasileira ansiava por um código que disciplinasse as leis civis. A necessidade era exigida pela consciência jurídica. O estado de espírito era voltado para a codificação. A necessidade era exigida pela consciência jurídica. A prova dessa consciência jurídica encontra-se nos livros de doutrina, nos quais acusavam a dissonância entre o instrumento legislativo posto a disposição dos juristas em frente da expansão científica que ocorria nos “países - sol” do Direito.

O sempre lembrado Clóvis Beviláqua, manifestando-se sobre o tema, escreveu: Se há necessidade claramente acusada pela consciência jurídica entre nós, é, creio eu, a da codificação das leis civis. Testemunhos irrecusáveis desse estado de espírito se nos deparam nos livros de doutrina que assinalam, deplorando, a dissonância entre o instrumento legislativo de que serve e a expansão científica que os deslumbra; na Jurisprudência que se esforça por adaptar vetustos preceitos, criados por uma organização social diferente, a novas formas de relações jurídicas: nas insistentes tentativas, por parte dos poderes públicos, de compendiar num todo sistemático e legislação civil, tão vasta e tão complexa; na aprovação

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

geral com que têm os competentes secundado esses esforços, infelizmente até hoje infrutíferos.¹⁰

Compulsando a nossa arqueologia jurídica, encontramos ali, a promessa solene de D. Pedro I, em 25 de março de 1824, de um código civil para o país. A promessa vem inserida no art. 179 § 18: Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade. A promessa é uma promessa de status constitucional, entretanto, ao que tudo parece, ao poder legislativo, deu mais importância ao Código Criminal do que ao Código Civil, isto é, preferiram aquele código a este, pois: O Código Criminal, foi promulgado em 1830. Muitos anos se passaram para que, procurassem dar cumprimento à promessa constitucional referente ao Código Criminal pouco se fez esperar pois, foi promulgado em 1830, muitos anos se passaram sem que, em relação ao Código Civil se procurasse dar cumprimento à promessa constitucional, embora em 1850 fosse codificada a parte especial do Direito privado, que se refere aos comerciantes. As relações comuns continuaram a ser reguladas pela legislação anacrônica, recebida da antiga metrópole, com as modificações sugeridas pelas conveniências do momento. Daí a falta de sistematização, a incongruência que se notava em nosso Direito Civil e a necessidade urgente, que se sentia, de sua codificação. (56)¹¹.

A ideia de codificação das leis tornou-se vencedora, em quase todos os países cultos, a codificação se mostrava de forma clara e precisa, num conjunto todo sistemático, uniformizando o Direito e facilitando o trabalho dos advogados e juízes que segundo a doutrina dominante, encontravam na antiga modalidade larga porta para o arbitrário.

Lecionando sobre a matéria o mestre Espinola registrou: “Entre nós desde muito tempo se fazia sentir a falta da codificação do Direito Civil. À parte alguns díscolos, a opinião geral do país a reclamava com insistência e por isso desde os tempos monárquicos, várias foram as tentativas para se dar ao Brasil um Código que lhe regule as relações de Direito Privado. Cinco empreendimentos desta natureza devem ser aqui indicados: do último, resultou o Código Civil Brasileiro, promulgado a 1º de janeiro de 1916 e em vigor a partir de 1 de janeiro de 1917”.¹²

¹⁰ (56) BEVILAQUA, Clóvis, Apud, Eduardo Espinola, ob., cit. pág. 15-6-7.

¹¹ ESPINOLA, Eduardo, Sistema do Direito Civil Brasileiro. Editora Rio, Rio de Janeiro RJ, Edição Histórica, 1977, pág.10.

¹² Cf. (56) ESPINOLA, Eduardo, ob., cit. pág. 11-3.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Para que fosse promulgado o Código Civil, foram necessários longos anos de debates dos membros do Poder Legislativo da época, aos quais foram submetidos vários projetos para que fossem avaliados e dentre os projetos apresentados fosse escolhido o melhor. Várias emendas foram feitas ao projeto aprovado, e cada um defendia com ardor pelos membros do Senado e da Câmara dos Deputados.

Os projetos foram apresentados por jurisconsultos de envergadura nacional e internacional: a) Projeto Teixeira de Freitas; b) Projeto Felício dos santos; c) Projeto Coelho Rodrigues; d) Projeto Clóvis Beviláqua.

2.4.2. Projeto Teixeira de Freitas

O primeiro jurisconsulto brasileiro a ser convidado pelo governo do Império para que elaborasse um projeto do Código Civil, foi o Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, em 1851, que recusou o convite.

Em 22 de dezembro de 1858, o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, na época era o titular da pasta o Conselheiro Tomás Nabuco de Araújo, foi autorizado pelo governador do Império, a contratar, com um jurisconsulto de sua escolha, a confecção do Projeto do Código Civil para o Império do Brasil. Foi escolhido o eminente civilista Dr. Augusto Teixeira de Freitas, que com o Governo celebrou o contrato de 11 de janeiro de 1859.¹³

Aquele jurisconsulto foi celebre pelo fato de ter em 1858, consolidado o Direito Civil Brasileiro, que havia sido encarregado pelo Governo do Império, em 1855, sendo apresentado naquele ano o seu trabalho, que o parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. – Considerações preliminares: - “Consolidação das leis civis é, como observa Sílvio Romero, um dos pontos culminantes do pensamento teórico entre nós, na esfera do Direito Civil Brasileiro que nos legou o Império, sólida construção de ciência e de direito prático.

A referida Consolidação, é, considerado pelos doutos em direitos da nossa época, como uma rica coleção de leis do Império, que veio facilitar e servir de ponto de partida para a codificação do nosso Direito Civil.

Eduardo Espindola enfatizou sobre a matéria o seguinte: Ainda assim, árduo foi o trabalho, que, no desempenho deste encargo, teve o eminente jurisconsulto: procurou

¹³ Cf. (56) ESPINOLA, Eduardo, id., ib., 13-4.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

primeiramente fazer um esboço completo de toda matéria, para extrair depois o projeto definitivo do Código. Já bem adiantado se achava este esboço colossal”. “Edifício de grandes proporções.

O preclaro mestre define o dito esboço com as palavras do mestre Clóvis Beviláqua: Edifício de grandes proporções (4.908 artigos), e de extraordinária solidez, trabalho sobre a rocha dos bons princípios pela mão vigorosa de um artista superior”. Continuando Espindola: “quando, compenetrado da necessidade de alterar profundamente todo o seu plano, se dirigiu ao Ministro da justiça, propondo a elaboração de um “Código Geral”, que compreendesse dois livros – o primeiro sobre as causas jurídicas e o segundo sobre os efeitos jurídicos – e um código civil sobre : 1º os efeitos civis; 2º os direitos pessoais; 3º os direitos reais. Declara então Teixeira de Freitas que, não sendo aceito o seu plano, e limitaria à publicação do complemento do esboço, exonerando-se de todas as demais obrigações do contrato.

Apesar do parecer favorável da seção de justiça do Conselho do Estado, não aceita a proposta, rescindindo-se contrato.

O instituto da Fraude Contra Credores, foi inserido no esboço do Projeto do Código Civil de Teixeira de Freitas, nos artigos 528, 529, 530, 534, 535, 538, 549,543 e nos seus incisos e parágrafos, a seguir transcritos:

Art. 528. Haverá fraude, quando os atos entre vivos, posto que não tenham sido simulados, foram toda via celebrados por algum devedor na intenção de prejudicar à seus credores.

Art. 529. Todo o credor prejudicado, e em casos de falência de comerciantes os representantes da massa falida, podem por ação de nulidade demandar a revogação de tais atos fraudulentos, nos termos que abaixo se declara.

Art. 530. Os credores prejudicados, á quem compete esta ação revogatória, são unicamente os quirografários, que já eram credores da data em que os atos fraudulentos foram celebrados.

Art. 534. Não procederá esta ação:

1º - Se os autores não provarem ter havido prejuízo motivado pelo ato arguido de fraudulento, ainda mesmo que provem ter havido má fé. Consiste o prejuízo na insolubilidade do devedor.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

2º - Se igualmente não provarem ter havido má fé, ainda mesmo que provem ter havido prejuízo. Consiste a má fé, no conhecimento desse estado de insolubilidade.

Art. 535. “quando a ação for proposta por um credor prejudicado, haverá insolubilidade, se esse credor provar que por causa do ato arguido ficará o devedor sem bens alguns, ou com bens insuficientes para o seu pagamento”.

Art. 538. Se aos atos forem contratos gratuitos (art.442), bastará provar que houve má fé tão somente da parte do devedor.

Art. 540. Podem ser revogados por esta ação:

1º- Todos os atos translativos de propriedade e bem assim os de remissão de dívidas.

2º- Os de renúncia, abstenção, ou desistência de direitos: não sendo estes de tal natureza, que só pelo devedor possam ser adquiridos ou exercidos.

3º- Os pagamentos de dívidas não vencidas.

4º- Os de hipotecas, anticrese, e penhor por dívidas também não vencidas; ou já vencidas, mas originariamente contraídas sem estas garantias.

Art. 542. “Cessará esta ação, quando for proposta pelo credor prejudicado, se o devedor, ou o terceiro que com ele tratara, pagarem dívidas; ou se o devedor vier á adquirir novos bens, pelos quais o credor prejudicado possa ser integralmente pago”.

Art. 543. “Por efeito desta ação, se for julgada procedente, serão as partes restituídas á situação em que se achavam antes dos atos fraudulentos, e os bens distribuídos serão aplicados ao pagamento do credor prejudicado, e de outros credores se houverem, ou não pagamento do passivo nos casos de falência de comerciantes”.

Ao nosso modesto entendimento, o esboço do projeto do Código Civil, elaborado pelo mestre Teixeira de Freitas, no tocante ao Instituto da Fraude Contra Credores, caso fosse aprovado, deixaria a desejar em alguns pontos. Chega divorciado dos países-sol do Direito. Estes há muito, dispensaram o requisito da má fé por parte do devedor para que fique caracterizada a fraude contra credores. Conclui-se a má fé do devedor pelo simples fato do mesmo ter conhecimento do seu débito, se este sabe que está devendo, tem conhecimento de que se diminui o seu patrimônio estará prejudicando os credores caso os remanescentes não forem suficientes para satisfazer o seu débito. No caso específico dos atos gratuitos as leis dos

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

ditos países já dispensavam de qualquer prova referente a má fé ou a boa fé das partes. Para que o credor legitimasse para a propositura da paulina, bastava provar unicamente que do ato gratuito, seria necessário que estivesse presente a má fé do devedor, caso contrário não ficaria caracterizada a fraude contra credores, com algumas exceções doutrinárias.

Entretanto, apesar de não ter conseguido a aprovação de um novo plano para elaborar outro projeto do Código Civil, totalmente diferente daquele esboço que havia apresentado, a cultura do grande mestre é reconhecida e festejada pela sua grande contribuição para o Direito Pátrio.

Sobre o grande mestre Teixeira de Freitas, escreve Clóvis Beviláqua: - “É uma página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, essa em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heroica abnegação de um estoico, ao que ele julgava a verdade científica.”¹⁴.

Sobre a obra do grande mestre enfatizou Espinola: “Embora não se convertesse em lei, o Esboço veio a constituir uma das produções de mais valor da jurisprudência brasileira e nele mui largamente se inspirou o Código civil Argentino”.

2.4.3. Projeto Felício Dos Santos

No ano de 1878, o jurisconsulto Dr. Joaquim Felício dos Santos, ofereceu-se ao Governo, pondo-se a disposição para continuar a elaboração do Projeto Código Civil Brasileiro, que foi aceito pelo Governo. Após três anos aquele jurisconsulto apresentou o seu trabalho, um extenso trabalho, o qual intitulou – Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro, com 2.692 artigos.¹⁵.

O seu projeto era dividido em Títulos, que segundo Espinola sua divisão era: 1º- Um título preliminar, que dispunha sobre a publicação, efeitos e aplicação das leis em geral; 2º- Uma parte geral subdividida em 3 livros, que se ocupava respectivamente das pessoas em geral, das coisas em geral e dos atos jurídicos em particular.

Para avaliar o projeto, foi nomeada uma comissão da qual faziam parte os Drs. Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino de Andrade, Antônio Coelho Rodrigues e Antônio Ferreira Viana, sendo presidente o primeiro.

¹⁴ Cf. (56) BEVILÁQUA, Clóvis, Apud, Eduardo Espinola, ob. cit. pág. 15-6-7.

¹⁵ (166) Projeto do Código civil Brasileiro Felício dos Santos

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Discorrendo sobre o parecer emitido pela comissão encarregada para emitir parecer sobre os apontamentos; Espinola enfatizou: - “Nomeada uma comissão para emitir parecer sobre os Apontamentos, reconheceu a vantagem de serem aceitos como base para uma revisão ulterior”. A 27 de setembro do mesmo ano a comissão opinava que: “ tendo os apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro súbito mérito, como trabalho preparatório, podia o seu autor, retocando-se com arte, aparelhar um Projeto em condições de franca revisão.

O governo, pouco depois, resolveu converter a comissão revisora em comissão permanente para elaborar um projeto definitivo, nomeando para também fazer parte da mesma o Dr. Felício dos Santos.¹⁶

O mestre Felício dos Santos inseriu o Instituto da Fraude Contra Credores, no seu projeto do Código Civil no artigo 246, que foi vazado nos seguintes termos:

Art. 246. Os credores podem impugnar os atos de seus devedores, que foram prejudiciais aos seus direitos, conforme a boa ou a má fé da parte, e a natureza dos mesmos atos, nos termos seguintes:

1º- Se o ato for oneroso, só poderá ser anulado tendo havido má fé, tanto da parte do devedor, como da outra parte;

2º- Se o ato for a título gratuito, para ser anulável basta Ter havido má fé da parte do devedor ou da outra parte;

3º- Entende-se de má fé tanto o devedor que, conhecendo seu estado de insolvência, aliena bens em prejuízo do credor, como o que os adquire conhecimento da insolvência do devedor;

4º- Se o ato simulado, presume-se praticado de má fé pelo devedor e pela outra parte.

O Instituto de Fraude Contra Credores naquele projeto, está no mesmo nível do projeto do grande mestre Teixeira de Freitas, também ficando a desejar para época em que foi elaborado pelas mesmas razões atribuídas ao daquele jurisconsulto.

¹⁶ Em 1882, retiram-se dois membros da comissão cujos lugares não foram preenchidos, dando igualmente sua demissão o Dr. Felício dos Santos, o qual, entretanto, apresentou à comissão permanente, que foi dissolvida em 1886. O gabinete de 7 de julho de 1889, presidido pelo Visconde de Ouro Preto, preocupou-se com a elaboração urgente do Código Civil e assim em 1º de julho foi nomeada para esse efeito uma comissão de sete membros. Trabalhava regularmente, quando sobreveio a República, ficando ainda desta vez malograda a tentativa de codificação Cf. (56) ESPINOLA, Eduardo, id., ib., pág. 16-7-8.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Apesar de demonstrar um grande poder de síntese está estribado nos Princípios Gerais do Direito Romano, entendemos Ter este projeto deixado em espaço muito grande para a doutrina, e a jurisprudência, captar o instituto.

2.4.4. Projeto Coelho Rodrigues

Em 15 de julho de 1890, logo após ter sido proclamada a República, o governo Republicano celebra contrato com o Dr. Antônio Coelho Rodrigues, para que o jurisconsulto organizasse um Projeto de Código civil. Após dois anos e meio, em janeiro de 1893, o jurisconsulto apresenta o seu projeto ao Governo, para que fosse avaliado. Submeteu-se o projeto à apreciação da Comissão encarregada para avaliar o projeto, formada por três juristas, sendo relator o Dr. Torres Neto.¹⁷

O projeto submetido a apreciação da comissão não foi aceito, ficando o país novamente sem o seu código civil.

Sobre o projeto Coelho Rodrigues disse o mestre Espinola: O Coelho Rodrigues inspirou-se amplamente no Código de Zurich e nos princípios predominantes na Alemanha: A classificação da matéria é exatamente a da escola alemã: tem uma lei preliminar compõe-se de 39 artigos e trata-se “da publicação da lei e dos seus efeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objeto”; a parte geral se subdivide em três livros: 1º- das obrigações; 2º- da posse: da propriedade e dos outros direitos reais; 3º- do direito da família; 4º- do direito das sucessões. (56)¹⁸.

O Instituto da Fraude contra Credores é registrado no Projeto Coelho Rodrigues, nos artigos 339, 340, que são redigidos nos seguintes termos;

Art. 339. Haverá fraude nos atos vivos, ainda que verdadeiros, sempre que forem praticados com a intenção de lesar direito de terceiro. A este competirá, em todo caso, ação para anular no todo ou em partes, na conformidade do artigo seguinte.

Art. 340. Considera-se lesivo ao direito de terceiros qualquer ato de tramitação gratuita de bens, ou remissão de dívidas, feito pelo devedor já insolúvel em consequência do mesmo ato. Este poderá ser anulado pelos credores, no todo, se for preciso, ou somente quando baste para o seu pagamento.

¹⁷ Cf. (165) Projeto do Código Civil, Coelho Rodrigues.

¹⁸ (56) ESPINOLA, Eduardo, ob., cit. pág. 17-8.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O Dr. Antônio Coelho Rodrigues, redigiu os artigos do seu projeto, em uma linguagem clara, porém em muitos pontos foi muito omissivo. Dentre estes podemos destacar o princípio da anterioridade do crédito, que é um dos requisitos exigidos por quase todos os códigos do Sistema Germânico-Romano. O ilustre jurisconsulto não faz nenhuma menção sobre o mesmo. Outro ponto falho que podemos citar é o relacionado com os atos gratuitos, pois, não faz nenhuma referência à exigência da má fé ou da boa fé, por parte dos participantes da fraude contra credores. O artigo 340 não se refere ao credor mais sim a terceiros, portanto, entendemos que estendeu a fraude contra credores a outros prejudicados com o ato, deixando de contemplar unicamente o credor. Portanto ampliou o instituto em causa.

Todavia, entendemos ser louvável a intenção do jurisconsulto, pelo fato de ter deixado para que a doutrina e a jurisprudência elaborassem o entendimento final através de seu próprio entendimento.¹⁹

2.4.5. Projeto Clóvis Beviláqua

No início de 1889, o Governo Republicano, dá um passo acertado no sentido de dar ao país um Código Civil, ao convidar o preclaro mestre Clóvis Beviláqua, jurisconsulto culto, com várias obras editadas na área do Direito Civil, dentre elas: Direito da Família, o Direito das obrigações, o Direito das Sucessões. Como se pode ver dos títulos referidos, o mestre já havia escrito sobre quase todas as matérias referentes ao Direito civil. Na época o mestre era lente catedrática de Legislação comparada na Faculdade de Direito de Recife.

Sobre a escolha do ilustre Dr. Clóvis Beviláqua para elaborar o projeto do código civil manifesta o mestre Dr. Epitácio Pessoa com as seguintes palavras: “O Dr. Clóvis Beviláqua estava como que naturalmente indicado para a grandiosa empresa, não só como um dos nossos mais profundos jurisconsultos, mas, também por já haver desenvolvido em eminentes obras o Direito das Sucessões – quase todo o Direito Civil.²⁰”

O sempre lembrado Clóvis Beviláqua deixa juristas, magistrados, estudantes de Direito, mestres do Direito da época, e a própria população em geral, impressionados com a rapidez com que elaborou o seu projeto. Iniciou a elaboração do projeto em abril de 1889 e o concluiu no mês de novembro do mesmo ano, em apenas 8 meses.

¹⁹ (166) Anteprojeto Coelho Rodrigues.

²⁰ Cf. (56)ESPINOLA, Eduardo, ob. cit. pág. 18-9.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Concluído o majestoso Projeto do Código Civil, Dr. Clóvis Beviláqua, entrega-o ao governo, que determinou que fossem ouvidos alguns juriconsultos de renome. Antes que estes juriconsultos dessem seu parecer sobre o projeto, resolveu-se constituir uma comissão revisora para que avaliasse o projeto.

A comissão revisora foi composta dos seguintes membros: Conselheiro Olegário Herculano de Aquino e Castro, Conselheiro Joaquim da Costa Barradas, Dr. João E. Sayão de Carvalho, Dr. Amphilófilo B.F. de Carvalho e Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida, sob a presidência do Ministro da Justiça. A comissão examinou profundamente o Projeto do Código Civil do Dr. Clóvis Beviláqua, e após terem se reunido em 51 (cinquenta e uma) sessões, onde foram analisados os aspectos do projeto, os trabalhos foram encerrados em agosto de 1900. O governo não se deu por satisfeito com a revisão da Câmara Revisória e determinou que fosse feita uma nova revisão, porém, esta seria feita com a anuência do autor do projeto. Segundo Eduardo Espinola: - “Esta segunda revisão se efetuou em 12 sessões, havendo depois uma leitura em três sessões e em princípio de novembro era definitivamente aprovado o projeto”.

Em mensagem de 17 de novembro de 1900, o Presidente da República submeteu ao Congresso o Projeto Clóvis Beviláqua com as alterações feitas pela Comissão Revisora.

Resolveu a câmara nomear uma Comissão Especial, composta de 21 membros, representando todos os estados e Distrito Federal, para estudar e discutir o projeto. Determinou-se também que, durante o período entre a sessão de 1900 e a de 1901, fossem ouvidos os Tribunais Federais e os do Estado, as Faculdades de Direito, os governadores e o Instituto da Ordem dos Advogados e os juriconsultos de nota.

O parecer da comissão Especial foi redigido por Silvio Romero, em 18 de janeiro de 1902. Aprovava o projeto com muitas modificações introduzidas durante as 65 reuniões em que fora examinado. No debate, além dos membros da comissão, intervieram alguns juriconsultos estranhos ao corpo legislativo que tinham sido convidados pelo Presidente da Comissão. É de notar o papel saliente do autor do projeto e do Conselheiro Andrade Figueira, cujas ideias foram muitas vezes vencedoras.

Submetidos à câmara, foi o projeto em poucos dias analisado e aprovado, sendo logo remetido ao Senado. Este nomeou uma comissão sob a presidência do eminente Conselheiro

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Rui Barbosa, o qual, em brilhante parecer de 3 de abril de 1902, criticou vigorosamente o projeto, especialmente sob o ponto de vista da redação.

Seguiu-se homérica discussão sobre o assunto, tomando a defesa contra o Conselheiro Rui Barbosa, além do autor do projeto primitivo, o Dr. Carneiro Ribeiro, a quem, na qualidade de gramático insigne, fora, por breves dias encarregados da correção do trabalho.

Houve a defesa do Prof. Carneiro Ribeiro, a brilhante réplica de Rui Barbosa e a erudita tréplica do Prof. Carneiro.

Só em 1912 concluiu o Senado a sua empresa e remeteu para a Câmara, a 31 de dezembro, o projeto com grande número de emendas. As emendas são aprovadas pelo Senado em sua maior parte. Apenas 186 emendas modificaram a substância do projeto.

Na Câmara se nomeou uma comissão de 21 membros, para o estudo dessas emendas. Convocado extraordinariamente o Congresso, por decreto de 6 de fevereiro de 1913, especialmente para os trabalhos de Código, a referida comissão apresentou o seu parecer, a 2 de abril. Apesar de encerrada a discussão, as emendas não foram inteiramente votadas, na sessão extraordinária, nem ainda nas ordinárias de 1913 a 1914. Só em 1915 a Câmara recusara, e esta, por sua vez, insistiu em repelir 9 dessas emendas. Finalmente as comissões reunidas do Senado e da Câmara prepararam a redação definitiva, sendo o projeto aprovado em dezembro de 1915, sancionado e promulgado a 1º de janeiro de 1916 em Decreto, sob nº 3.071.

No projeto primitivo apresentado pelo jurisconsulto Clóvis Beviláqua, o Instituto da Fraude Contra Credores estava inserido nos artigos 106 a 113 com a seguinte redação:

Art. 106 – Os aspectos de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, praticados pelo devedor já insolvente ou tornado tal consequência de sua liberalidade, poderão ser anulados pelos credores quirografários do agente, como lesivos dos seus direitos.

Somente os credores que já o eram ao tempo da realização dos atos considerados fraudulentos podem pedir rescisão deles.

Art. 107 - Também só consideram lesivos dos credores quirografários, e por isso, anuláveis, os contratos onerosos de devedor insolvente, quando os pactuantes tiverem procedido de má fé. Esta se presume: a) quando a insolvência for notória, ou, pelos mesmos,

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

houver razão para ser conhecida da pessoa que contrata com o insolvente; b) quando o preço da coisa transferida pelo devedor for consideravelmente inferior ao corrente.

Art. 108 – Si o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pagado o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á fazendo depositá-lo em juízo, com citação edital de todos os interessados.

Art. 109 – A ação rescisória, nos casos dos arts. 106-107, somente procederá contra o devedor insolvente e a pessoa que com ele celebrou estipulação considerada fraudulenta. Não será admitida contra ulteriores adquirentes ainda mesmo se afirme terem procedido de má fé.

Art. 110 – O credor quirografário que recebe do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, fica obrigado a repor à massa tudo quanto recebeu dela.

Art. 111 – Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas ainda não vendidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor quirografário.

Art. 112 – Presume-se, porém, de boa fé e válidos:

1º - Os negócios ordinários indispensáveis á manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola ou industrial do devedor;

2º - Os pagamentos de dívida vencida;

3º - Os atos pelos quais o devedor contrate novas dívidas, ainda que estas sejam garantidas.

Art. 113 – Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante da decisão reverterá em proveito da massa.

Se os atos revogados tinham somente por objeto atribuir direitos de preferência por hipoteca, anticrese ou penhor, a sua nulidade importará somente a perda desses direitos acessórios.²¹

Após longas polêmicas sobre aquele instituto, após o estudo de várias sugestões apresentadas, para sua alteração, chegamos ao disposto no Código Civil já aludido. Um instituto dentro dos moldes mais avançados para a época que foi elaborada e aplaudida pelos jurisconsultos, sendo ratificado pela hermenêutica dos Tribunais Pátrios.

²¹ Cf. (166)Projeto do Código Civil Clóvis Beviláqua, Rio de Janeiro RJ. Imprensa Nacional Ed. 1915.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

2.4.6. Código Civil de 1916

Com a sanção e promulgação de 1º de janeiro de 1916, através do Decreto Nº 3.071, está aprovado o Projeto do Jurisconsulto Clóvis Beviláqua, como o Código civil Brasileiro, que segundo o que diz o artigo 1.806, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917.

Esse Código Civil Brasileiro, assim que foi publicado, foi reconhecido como um código de nível internacional.

Sua importância no meio jurídico internacional é notada, graças ao nível científico, ao método adotado, a clareza de sua linguagem, à escolha da doutrina que, de forma geral a informaram.

Tão logo foi publicado o Código Civil, começam surgir às primeiras doutrinas sobre o Direito Civil, que segundo o mestre R. Limongi França: “Publicado o Código do Direito Civil Brasileiro, como por um toque de magia, floresceu opulentamente, não através de manuais limitados, senão por meio de extensos tratados, de dezenas de volumes, na sua maioria em comentário aos artigos do novo ordenamento.

É assim que aparece a obra de Ferreira Coelho, de Eduardo Espínola e Espínola Filho, de Carvalho dos Santos e, sobretudo a obra monumental, de mão coletiva, sob a direção de Paulo Lacerda, o Manual do Código Civil. Desde então começam também a surgir os trabalhos de Pontes de Miranda, os quais, ora reunidos e complementados, estão formados o impressionante Tratado do Direito Privado.

Dignas de nota são também obras menores, mas nem por isso, destituídas de grande importância como o Código Anotado de João Luiz Alves e o Manual de Direito Civil do inolvidável Spencer Vandré.

Parece, entretanto, “que nenhuma obra de direito civil se publicou e tão cedo se publicará, de tamanho significado, como o do erudito, límpido, lapidar, definitivo, Código Civil comentado, em seis volumes, do mais acata os nossos civilistas: o próprio mestre Beviláqua”.²²

Prosseguindo registrou o mestre: a importância daquele no exterior. A longa trabalhosa e dramática elaboração do nosso Código Civil não foram em vão. Graças ao afincado,

²² (68) FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva de Direito, Editora Saraiva S^a, pág. 393, vol. 15.ed. 1977.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

ao patriotismo e ao elevado nível científico de quantos nele trabalharam, desde a Consolidação Teixeira de Freitas até os últimos debates na Câmara e no Senado, a obra que se levou a efeito, revelou-se lapidar, já no método adotado, já na escolha das doutrinas que, no modo geral a informaram.

Assim, o Código Civil uma vez promulgado surgiu no panorama jurídico das nações civilizadas com um ordenamento da sua época, por todos os motivos respeitáveis.

Isso deu azo a que fosse traduzido para o Francês e para o alemão (v. – Code Civil des États-Unis du Brésil. Trad. De Goulé, Daguin e D'Ardenne de Tizac, Paris, 1928; e Brazilien Código Civil. Trad. De Pontes de Miranda, Frtz Gericke e Karl Heinsheimer, Berlim, 1928).

O Código Civil Brasileiro tem influído mesmo na elaboração de outros ordenamentos, como o Código Chinês (v. Ho Tchon-Chan. Code Civil Chinois. Changai-Paris, 1913). “A própria reforma do Código Civil português de 1966, teve os olhos postos em nosso ordenamento, especialmente quanto aos aspectos que concernem a nossa maior fidelidade às tradições luso-brasileiras”.²³

O Instituto da Fraude Contra Credores, no Código Civil Brasileiro de 1916, foi inserido nos artigos 106-113, que são vazados nos seguintes termos:

“Art. 106 – Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzida à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos” (art. 109).

Parágrafo único. Só os credores, que já eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação.

Art. 107 – Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 108 – Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pagado o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com citação edital de todos os interessados.

²³ (68) Ibidem pág. 393-4.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Art.109 – A ação, nos casos dos arts. 106 e 107 poderão ser intentadas contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

Art.110 – O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

Art.111 – Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Art. 112 – Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor.

Art. 113 – Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. “Se os atos revogados tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, anticrese ou penhor sua nulidade importará somente na anulação da preferência ajustada”.

O Instituto de Fraude Contra Credores conforme foi redigido, ficou nivelado aos dos códigos melhores do mundo. Isto é, para época em que foi escrito, o instituto preenchia todas as lacunas desejadas pela comunidade jurídica da época. Até hoje o instituto pode ser considerado como perfeito, porque, apesar da evolução do direito no seu todo, esta evolução não atingiu o instituto da fraude contra credores a ponto de deixá-lo ultrapassado.

Os países-sol do direito, nada de novo introduziram no Instituto da Fraude Contra Credores, naqueles países, está adaptado às necessidades sociais de seu povo, porém obedece aos mesmos princípios adotados no Código Civil Brasileiro

2.4.7. Projeto do Código Civil de 1975

O projeto do Código Civil de 1975 é resultado da aprovação pela Câmara dos Deputados do anteprojeto de 1973 que por sua vez, é o anteprojeto de 1972, revisado, isto é, segundo Ana Valdez A. N. de Alencar: Aquele reproduz o mesmo anteprojeto do Código Civil (1972) depois de revisado, acompanhado de uma exposição de motivos de caráter geral, assinado pelo professor Miguel Reale. A seguir as exposições de motivos complementares

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

trazem a assinatura dos juristas responsáveis pela elaboração das partes ou livros da proposição: José Carlos Moreira Alves (parte geral), Agostinho Neves de Arruda Alvim (direito das Obrigações); Sylvio Marcondes (Atividade Negocial); Ebert Viana Chamoun (Direito das Coisas); Clóvis do Couto e Silva (Direito da Família). Embora não haja participado da comissão, o professor Mauro Brandão Lopes figura entre esses expositores como signatário da exposição sobre os títulos de crédito.

Os autores do Anteprojeto do Código Civil, a partir da coesão do código como lei fundamental do direito privado inteiraram-lhe no contexto, em termos de unificação, toda a matéria do direito das obrigações. Dela excluíram apenas assuntos suscetíveis de mutações incessantes, ou subordinados a regras de natureza internacional, como é o caso da letra de câmbio, da nota promissória e do cheque, como resulta na exposição de motivos o professor Miguel Reale.²⁴

Esse projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados através de votação do plenário, que recebeu o nº 634-B, publicado no Diário do Congresso Nacional, de 17 de maio de 1984.

Para que este projeto venha substituir o Código Civil de 1916 resta ainda ser aprovado pelo Senado Federal onde se encontra para ser votado.

Neste, o Instituto da Fraude Contra Credores obedeceu aos mesmos princípios em que foi construído o Código Civil de 1916, sendo apenas adequado à interpretação doutrinária e a hermenêutica dos nossos tribunais, tentando resolver as polêmicas sobre os pontos mais controversos que pairam sobre o instituto. Tentam facilitar a interpretação do instituto pelos advogados, doutrinadores e juízes, pois visa sanar as dificuldades encontradas para a aplicação daqueles dispositivos, que a muito, vem sendo resolvidos através da doutrina e jurisprudência dominante, objetivando solucionar tais dificuldades e polêmicas através do próprio diploma inovado.

²⁴ Cf. (167) Projeto do Código Civil de 1975.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

2. Da fraude contra credores

2.1. Conceito da fraude contra credores

É relevante iniciarmos nosso estudo, a partir da etimologia da palavra fraude.

Etimologicamente a palavra fraude é derivada do latim “*fraus, fraudis* (engano, má fé, logro), *entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever*”.

Segundo o mestre José Cretella Júnior é: *Fraus, fraudis. F.Cic fraude, fraudulência; engano, oculto. Cic. Detrimento ou dano se causa a outro. Crime, delito. Veg. Perigo. Fraudem facere legi: Plaut. Torcer, violentar o sentido da lei. Nezea res mhi sit fraudi: Cic. Não me cause prejuízo esta coisa. Sine fraude: Caes. Sinceramente. Fraus capitalis: Liv. Crime capital. Sine fraude. Liv. Sem dano. Hor. Sem culpa.*²⁵

Alias, segundo os ensinamentos de José Lello e Edgar Lello: Fraude, s.f.(lat. Fraude), dolo, engano, burla. Contrabando, falsificação de marcas e de produtos industriais. Aqueles que fraudam habitualmente: a fraude zomba da lei. Pia fraude, engano para um fim piedoso ou caritativo. Fraude a lei, designa-se assim qualquer ato aparentemente legal praticado com manha para se ladear ou sofismar certa proibição da lei nacional.

Fraude comercial é a fraude praticada pelos comerciantes, sobretudo os retalhistas de gêneros alimentícios, quando fazem misturas nocivas ou substituem artigos de boa qualidade por outros de qualidade inferior, ou vendem, enfim, gêneros avariados ou impróprios para consumo, tudo no intuito de aumentar os lucros com prejuízo do consumidor. Fraude fiscal, fraude muito freqüente nas relações do contribuinte com a Fazenda Nacional, nos delitos de contrabando e nas declarações para pagamento dos vários impostos.²⁶

Visto o significado etimológico da palavra fraude, passamos para o seu significado jurídico, porém antes de adentrarmos no seu significado atual, achamos interessante ver os significados que tinha a palavra fraude no Direito Romano e como foi introduzida no Direito Pátrio. Isto é, sempre houve o mesmo significado ou já houve significado diverso?

²⁵ Cf. (45) CRETELLA JÚNIOR, José e CINTRA ULHÔA, Geraldo de, dicionário latino Português, Cia Editora nacional São Paulo – SP. 3ª Ed. Comentada e Ver. 1953.

²⁶ CUNHA GONÇALVES, Luiz da, Tratado de Direito civil. Editora Max Limonad, São Paulo SP. Ed. 1956: vol.V

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Segundo o mestre J. Cretella Júnior, a palavra fraude fraus “é palavra que, no Direito Romano, apresenta vários sentidos, ora empregados com o sentido geral de manobras fraudulentas, ora com o sentido de dolo tem, portanto a palavra fraude uma acepção técnica”.²⁷

Lecionando, o mestre Clóvis Beviláqua ensina: “*O vocábulo fraude trouxe do Direito Romano uma vacilação de significado que passou para o Direito Francês e o Pátrio*”. Realmente os romanos, às vezes, designavam por fraus, qualquer ardil ou embuste empregado no intuito de enganar; outras vezes, fraus equivalia à simulação, como na frase “*fraudem legi facere*”.²⁸

O Código Comercial Pátrio registra em seu bojo esta vacilação, empregando a palavra fraude com outro significado. Isto é, emprega a palavra como sinônima de simulação.

Dentre os gigantes da doutrina do Direito Brasileiro, no período entre a promulgação do Código Comercial e até a promulgação do Código Civil, tivemos juristas de alto nível que empregaram a palavra fraude com o significado diverso do atual, como o jurista Coelho da Rocha empregando a palavra fraude como sinônimo de dolo.

As letras jurídicas brasileiras devem ao grande mestre Teixeira de Freitas, a fixação da distinção da palavra fraude entre os outros significados herdados do Direito Romano, herdados legisladores pátrios e dos doutrinadores do pré-Código Civil Brasileiro de 1916. Esse mestre deu relevo à distinção entre o vocábulo fraude e os outros dois vocábulos, conseguindo fixar o significado atual da palavra fraude, no contexto jurídico nacional.²⁹

Discorrendo sobre a matéria, calcado em Teixeira de Freitas, o mestre Clóvis Beviláqua registrou: “*Fraude é o artifício maliciosos para prejudicar terceiros, de persona ad personam*”.³⁰

O que caracteriza a fraude é: a má fé e o ânimo de prejudicar terceiro. O primeiro elemento aproxima-a do dolo e o segundo dele distingue. O dolo praticado por um dos agentes ou por terceiro, visa a induzir em erro o outro agente. Na fraude não é nenhuma das partes que se pretende enganar, podem ambas estar de acordo. O dolo vicia o ato, na sua

²⁷ Cf. (44) CRETILLA JÚNIOR, José, ob., cit. 316-7.

²⁸ (16) BEVILÁQUA, Clóvis, Teoria Geral do Direito Civil, Revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, RJ. Editora Rio, Ed. Histórica – 2ª Ed. pág.227

²⁹ Cf. (16) BEVILÁQUA, Clóvis, ob. cit. pág. 227-8.

³⁰ (16) Ibidem, pág., 27-8

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

formação, em virtude de erro, em que, intencionalmente, se fez cair o agente. Na fraude, o ato é, psicologicamente, perfeito; macula-o, porém, o intuito moral; *fraus non in consilio sed in eventu*.

Também não se confunde a fraude com a simulação maliciosa, porque, na simulação fraudulenta, as partes realizam aparentemente um ato, que não tinha de praticar, e na fraude o ato é verdadeiro, mas realizado para prejudicar terceiro ou iludir disposição de Lei.

A definição do que é Fraude Contra Credores, deve anteceder o seu conceito de Fraude Contra Credores. Assim se entende todo ato praticado pelo devedor com intenção de fraudar os seus credores do que é devido.

Nesta razão, qualquer manejo ou maquinação oculta do devedor, para fugir ao cumprimento de suas obrigações, seja desfalcando seu patrimônio, por meio de alienações ou de quaisquer outros atos de disposição, que se mostrem injustos e prejudiciais aos interesses de seus credores, caracteriza-se Fraude Contra Credores.

Conceituar a Fraude Contra Credores é uma tarefa dada aos doutos na matéria, porém, calcado na melhor doutrina e nas melhores hermenêuticas dos tribunais nacionais e estrangeiros, arriscamos a conceituá-la. O nosso conceito de Fraude Contra Credores é: *Fraude Contra Credores é, todo o ato praticado pelo devedor, que passa torná-lo insolvente ou agravar a sua insolvência, tendo como efeito direto o prejuízo de seus credores.*

O mestre Vandr e a conceitua como: *“Fraude Contra Credores   o artificio malicioso pelo qual um insolvente faz contrato verdadeiro para prejudicar o seu credor”*.³¹

Segundo S lvio Rodrigues: *“Diz-se haver fraude contra credores, quando o devedor insolvente, ou na eminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas”*.³²

Aliás, a fraude   a manobra, a técnica para prejudicar terceiro.

³¹ Cf. (137) VANDR E Manual de Direito Civil, vol. I. pág. 300.

³² RODRIGUES, S lvio, Direito Civil, Parte Geral. Editora Saraiva S/A . Edi o Revista e atualizada. 8  edi o. Vol. 1, pág. 225. Ed. 1977.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Todavía, lecionando sobre a matéria enfatizou R. Limongi França: “na acepção tecnológica estrita, a fraude é o particular expediente utilizado por algum devedor no sentido de lesar seus credores”.³³

O grande mestre Clóvis Beviláqua, ao comentar o Código Civil, registrou: “*Fraude, no sentido em que o termo é empregado pelo Código Civil, nesta seção, é todo ato prejudicial ao credor “eventus damni”, por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência*”.³⁴

Podemos observar que os conceitos acima referidos, são todos construídos segundo a influência dos Princípios Gerais do Direito Romano, sobre os quais foi edificado no nosso Instituto da Fraude Contra Credores.

Nas Inst. Liv. IV, Tít. VI, temos no seu parágrafo 6º: Item, si quis in fraudem creditorum rem suam al cui tradiderit: bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id bonis debitoris mansisse.³⁵

A tradução é: Da mesma forma, quando um devedor aliena coisa sua em fraude de seus credores, estando estes aparelhados com sentença de seqüestro, podem estes credores anular a alienação e exigir a coisa, isto é, alegar que a coisa não fora entregue e assim continuava entre os bens do devedor.

Outro princípio que nos parece ter influenciado nos conceitos da fraude contra credores, pois, constitui um dos requisitos caracterizadores da fraude contra credores, o princípio que vem descrito no Livro XIII, Tít. VIII, que é redigido nos seguintes termos:

Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

Traduzindo-se: Que sejam restituídas todas as coisas conseguidas por Fraude quanto aos créditos.

Porém o princípio geral foi registrado no Digesto, Livro L, Tít. XVII, de diviersis juris antiqui. Frg. 206 de Pomponius, vazado nos seguintes temos: jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem.

³³ (67) FRANÇA, Rubens Limongi, obra citada pág. 167

³⁴ (17) BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado. Editora Rio – Rio de Janeiro – RJ. Edição Histórica, 5ª tiragem. Vol. 1. Editado em convênio com a Universidade Gama Filho.

³⁵ “CORPUS JURIS CIVILIS” Paris – França, Editora Galisset . Ed. 1881.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Ou seja: É que equitativo, por direito natural, que ninguém venha locupletar-se com prejuízo alheio.

Modernizando estes princípios chegamos aos conceitos atuais de fraude contra credores. Isto é, os conceitos modernos, não mais são do que a modernização e a lapidação dos contidos no Direito Romano, demonstrando mais profundidade e erudição.

2.2.Elementos constitutivos da fraude contra credores

O desmembramento da fraude contra credores em elementos, não é coisa nova, pois, pesquisando o Instituto da Fraude Contra Credores no Direito Romano já encontramos esse desmembramento. Em relação à matéria o Direito Romano esteve num nível elevado para época em que foi edificado.

Giambattista Impallomeni, ao discorrer sobre *Revoca Degli Atti Fraudolenti Nel Diritto Romano Classico*, enfatiza. “*Para constituir em ato fraudulento devem concorrer dois elementos: um objetivo (evento damni) e outro subjetivo (consilium fraudis)*”.³⁶

Ocorre isto não só quando o ato tenha resultado prejuízo aos credores, mas também quando o fraudador tenha o realizado com a intenção, quanto menos, com a consciência de dar o prejuízo.

A operação é enunciada, em vários lugares, concernentes à manumissão fraudulenta, como a *restitutio* e o *interdetto*, e é deduzido também pelo dispositivo combinado com vários textos concernentes ora ao momento objetivo, ora ao subjetivo e ao doloso.

A afirmativa de Impallomeni, foi calcada nos fragmentos do *Digesto*, no tocando à manumissão fraudulenta, D. 40, 5, 4, 19; D.42, 8, 15; C. 7,11,1; no concorrente a regra jurídica é enunciada no D. 50, 17, 79.

O mestre Pontes de Miranda ao referir-se sobre o elemento objetivo *eventus damni* em sua obra *Tratado de Direito Privado*, registrou: *O nome eventus damni é pós clássico; porque todos os textos, em que aparece de forma interpolados. O problema, no direito clássico, era já sem interesse, devido à bonorum venditio e suas particularidades processuais. No direito justinianeu, a medida constrictiva é para satisfação do credor, e não para coerção do devedor. Sem insolvência, alegada e aprovada não há ação toca a qualquer credor, dentre os*

³⁶ Cf. IPALLOMENI, Giambattista, *Stud sui mezzi de revoca degli at (74) atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova Itália, Edição de 1958, pág. 120

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

anteriores, que reste insatisfeito. (L. 10, § 6-8, D, quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur, 42-8, textos cheios de interpolações de palavras). Credores posteriores são ilegítimos: quando lhes nasceu o crédito, o patrimônio já estava diminuído; ou quando se deu o fato jurídico (não só negócio jurídico) já o defict existia. Não importava se era líquido.³⁷

Apesar da grande autoridade do grande mestre Pontes de Miranda, ter fundamentado a sua afirmação nos gigantes do Direito Alemão e no Direito Francês, não concordamos com o preclaro mestre, isto porque, no nosso modesto entendimento, se acolhermos a acertiva dada pelo mesmo, estaria pondo em dúvida todo o Direito Romano, portanto, ficamos com o que está registrado nos princípios gerais do Direito Romano, pois, o Instituto da Fraude Contra Credores no nosso Código Civil, foi estruturado em cima de tais princípios.

No que diz respeito ao elemento objetivo da fraude, *eventus damni* acolhemos a acertiva do grande mestre italiano Giambattista Impallomeni, Professor da Universidade de Pádua, Itália, que em sua obra “*Studi Sui Mezzi di Revoca Delhi Atti Fraudolenti Nel Diritto Romano Clássico*”, obra pesquisada diretamente nas fontes do Direito Romano, nos afirma que o *eventus damni* é do período do Direito Romano Clássico.

Entendemos que a conclusão do mestre italiano, foi extraída de fontes mais seguras, pelos seguintes fatos: a) fruto de uma pesquisa feita diretamente das fontes do Direito Romano; b) por se tratar de uma especialização sobre a revogação dos atos fraudulentos do Direito Romano Clássico; c) por tratar de um especialista no assunto.

No Direito Pátrio, os elementos constitutivos da fraude contra credores, são os mesmos do Direito Romano Clássico, porém, com pequenas alterações nas regras da caracterização da fraude contra credores.

O elemento objetivo da fraude contra credores no Código civil é elemento fundamental para que se caracterize a fraude contra credores, isto é, sem o mesmo não se caracteriza a fraude contra credores. Este elemento é o “*eventus damni*”, que será estudado no próximo subtítulo.

³⁷ Cf. (110) PONTES DE MIRANDA, F.C., tratado de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – SP. 4ª edição – 1983. Pág. 429

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O elemento subjetivo é um dos elementos caracterizadores da fraude contra credores, porém, pode haver a fraude contra credores, sem que o mesmo esteja presente no ato. Este elemento é o “consilium fraudis” que enfocaremos no devido momento.

2.2.1. Eventus damni

O eventus damni é pressuposto necessário para que o ato do devedor venha se caracterizar como realizado em fraude contra credores. Ele representa o dano, o prejuízo dos credores. Para que o ato venha acarretar prejuízo, ou dano dos credores é necessário que o ato praticado tenha diminuído o patrimônio do devedor a ponto de torná-lo insolvente ou agravado.

O prejuízo cristaliza-se no ato do devedor de desviar o seu patrimônio e, com isso impedindo que os credores possam receber os seus créditos. Isto é: “A” devedor de determinada quantia a “B” sendo possuidor de uma fazenda avaliada em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) perfazendo o seu patrimônio o valor de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais). Suas dívidas para com “B” são no valor de R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais), percebe-se que o seu ativo ultrapassa o seu passivo em Cr\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais). “A” vendo aproximar o vencimento do seu débito resolve vender estes bens a “C” pelo valor avaliado, e não paga “B”. A garantia de “B”, não existe mais. Portanto, se este executa “A”, não vai encontrar o que penhorar, a execução seria inócua, porque não teria o que penhorar. A consequência do referido ato foi de trazer o estado de insolvência do devedor, portanto caracterizando a fraude contra credores.

Todavia, há casos em que ocorre a diminuição do patrimônio do devedor sem que fique caracterizada a fraude contra credores, como poderemos ver no exemplo a seguir: “A” possui uma fazenda avaliada em Cr\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), 1.000 (um mil) bois avaliados em Cr\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) e uma casa residencial no valor de Cr\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), perfazendo um patrimônio de Cr\$350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais). Ressaltamos que “A” tem uma dívida para com “B” no valor de Cr\$320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais).

Antes de vencer a sua dívida “A” vende a “C” a sua casa residencial por Cr\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais), abaixo do valor de mercado Cr\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Após Ter vendido aquela casa, uns trinta dias, porém, antes do vencimento do seu débito, há surto de peste bovina e dizima todo rebanho bovino, diminuindo o seu patrimônio em Cr\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) tornando com isso insolvente para honrar seu compromisso para com “B”.

Na hipótese levantada, não há que se falar em fraude contra credores, isto é, o fato de “A” Ter vendido a sua casa residencial a “C”, não o reduziu a insolvência, mas sim o que o colocou em estado de insolvência foi a peste bovina que matou todo o seu rebanho. A morte do rebanho não pode ser imputada a “A”, pois foi um fato imprevisível que o reduziu a insolvência.

“C”, não tem legitimidade para invocar a ação pauliana, para revogar o ato da venda da casa a “C”, porque com a venda da mesma, “A” continuou com patrimônio suficiente para satisfazer o seu débito. O que o tornou insolvente para satisfazer o seu débito. O que o tornou insolvente foi o fenômeno natural da peste bovina.

É evidente que a simples diminuição do patrimônio do devedor não autoriza a revogação do ato, pois o *eventus damni* só se verifica quando esta diminuição compromete o direito do credor, de maneira tal, que o mesmo não possa receber o que lhe é devido; desde, porém, que o ato do devedor não acarreta um prejuízo desse porte, não haverá para o credor o direito de impugná-lo.

“Um mínimo grau de prejuízo pode, entretanto, autorizar a revogação, desde que atinja o direito do credor muito embora não se possa formular, desde logo, um princípio absoluto; em cada caso concreto cumpre o juiz avaliar a situação do devedor”.³⁸

Albertini lecionando sobre a matéria enfatizou: *Caracteriza-se o prejuízo mais exatamente em função da lesão causada pelo ato impugnado, da garantia representada para o credor sobre os bens do devedor: a revogatória não trás em si a satisfação do credor, mas apenas a repristinação da garantia representada pelos bens do devedor; resulta daí que se considera com seu pressuposto, sob o aspecto objetivo, a lesão da garantia e não a impossibilidade da execução forçada.*³⁹

³⁸ cf. (80) LIMA, Alvinio, A Fraude no direito Civil. Editora Saraiva, S/A . São Paulo – SP, 1965

³⁹ (70) GIORGI, Giorgio. Teoria Delle Obrigazioni. Torino - Itália. Editora Utet – Edição 1917. 179

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

E assim vista a questão, o dano, como requisito da revogatória, pode qualificar-se como dano atual: este se identifica na lesão que o ato impugnado terá causado à garantia representada pelos bens do devedor.

Prosseguindo enfatiza Albertini: *A lesão da garantia compreende o conceito de diminuição patrimonial, mas, não coincide com ele; pode, assim, haver lesão da garantia ainda o propósito de atos de disposição que não diminuem o patrimônio do devedor. Como no caso de uma venda de imóvel a justo preço: o ato não diminui o patrimônio do devedor, mas pode lesar a garantia patrimonial, pois um imóvel é indubitavelmente melhor garantia que uma soma em dinheiro.*

Nicolo ensina que: *“Quando o ato fraudulento compromete a garantia patrimonial, total ou parcialmente, dos seus credores, ainda não se concretizou o dano dos mesmos, por quanto, em regra, só com a execução do crédito poderemos determinar, de modo absoluto e real, a extensão do dano sofrido pelo credor”.*

Mas se o dano ainda não pode ser determinado, nem por isso está o credor impossibilitado de agir com a revogatória, desde que seja manifesto o perigo do dano, isto é, desde que, em virtude do ato fraudulento do devedor, já se concretizou a simples possibilidade de que a atuação do direito do mesmo credor corre o risco de ser frustrada, no todo ou em parte. *“Não se trata de determinar um dano já verificado, mas, a violação de uma obrigação do devedor, que subsiste sempre que resulte diminuída ou extinta a garantia, de maneira tal que o credor sofrerá o prejuízo, não podendo receber o valor de seu crédito”.* (99)

Aliás, o *eventus damni* é, o elemento objetivo do ato fraudulento, requer que o ato tenha dado lugar a insolvência ou agrava esta. Isto é, diminuído o ativo executível, seja aumentado o número dos credores concorrentes.

O princípio é fundamentado sobre base de ordem absolutamente lógica: o interesse para impugnar o ato pode subsistir somente na presença do dano; este deve ainda ser demonstrado para que faça valer o meio revogatório.

Magistralmente enfatizou Ângelo Maierini: Também no Direito Moderno a Ação Pauliana requer o concurso de duas condições fundamentais; o prejuízo dos credores derivado do ato fraudulento e a fraude; mas este vocábulo como já vem no estudo sobre o Direito

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Romano, compreende no seu mais amplo sentido também o “*eventus damni*”; e de outra parte de o ato fraudulento não haver realmente provocado dano aos credores, se não obstante aquele ato, o patrimônio do devedor fosse ainda suficiente para pagar-lhes, perderiam os credores o interesse, base indispensável daquela ação.

É necessário ainda que os devedores, contra os quais vão promover a Pauliana, sejam insolventes. Exige que a insolvência derive do ato fraudulento ou que já existisse anteriormente.⁴⁰

O *eventus damni* é sempre essencial para o exercício da ação pauliana. Este é um ponto da doutrina, sobre o qual não há divergências. Sem o *effectus damni praejudicium* não pode ser intentada a ação pauliana, pela intuitiva razão de que sem o dano, não teria o credor nenhum interesse de agir.

2.2.2. *Consilium fraudis*

Consilium Fraudis é a conivência das vontades do devedor e do participante da fraude contra credores, para a prática do ato que vai resultar no prejuízo do credor. Isto é, normalmente parte da iniciativa do devedor, que procura pessoa de sua confiança para ajudá-lo na realização da fraude, ocorre sempre quando o devedor prevendo sua impotência em relação ao seu débito e para não pagar o credor, a fim de locupletar-se a suas custas, faz um plano com auxílio ou aprovação de terceiros para desviar os seus bens. Entretanto, pode haver o *consilium fraudis* sem que o comprador tenha conspirado com o devedor o desvio dos bens, para isso basta que este tenha conhecimento de que da situação financeira do credor, isto é, que com o ato será reduzido a insolvência ou agravado esta. O Código Civil prevê o conhecimento do dano pelas circunstâncias aparente nos casos de insolvência notória do devedor, que o comprador não pode deixar de conhecê-la. Este conhecimento tem o nome técnico jurídico de *scientia fraudis*, que será estudado no próximo subtítulo.

O *consilium fraudis* é o segundo elemento do ato fraudulento, o elemento subjetivo, o de realizar o ato fraudulento com o escopo de prejudicar os credores.

Este elemento foi transmitido para o Direito Pátrio, pelo Direito Romano. Nós encontramos este vocábulo já insculpido naquele Direito.

⁴⁰ MAIRINI, Ângelo, *Della Revoca degl. Atti. Fraudolenti*, anotado por Giogi Giorgio – Firenze – Itália - Editora Casa Editrice Libreria, Fratelli Cammelli, Edição 1898, pág. 156.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O grande mestre Italiano Giambattista Ipallomeni, no seu magnífico trabalho sobre o *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano Cássico* enfatizou: “*O consilium fraudis é também para o direito clássico, o segundo elemento, o subjetivo, do ato fraudulento*”.⁴¹

Continuando enfatiza o mestre: como é condição indicada assim, com mais acerto, indicaremos este momento subjetivo com a denominação de *consilium fraudis*. Essa recorre aos textos originais evitando os compiladores, como no D. 46,3,96 pr,e D,36,1,69,(67), e, relativos aos interditos fraudatários. Isto faz supor que a palavra *consilium* já era conhecida também pelos juristas clássicos e que, da conclusão nem todos os textos de onde foram retirados, podem deduzir, por isso interpolados⁴²

O elemento subjetivo, isto é, a intenção de provar prejuízos dos seus credores, necessariamente deve ser deduzida pelos elementos do fato objetivo, que cada caso particular apresenta. E assim, pela jurisprudência clássica, é considerado em fraude o devedor que haja sabendo que vai comprometer ou agravar a própria insolvência. Quem executa um ato, conhecendo os seus efeitos, também o realiza em fraude contra credores em *consilium fraudis*. É, portanto, aos efeitos práticos, a intenção maléfica de provocar dano a legítima expectativa dos seus credores que vai a tudo assemelhar ao conhecimento de provocar seu prejuízo. Este princípio é seguido por Giuliano no fr. 17,1, relativo ao interdito, por Pomponio no D. 40, 9, 23, e por Paulo no D. 40, 9,16,5, relativamente a *manumissão*.⁴³

O mestre Schulz, referindo-se à matéria enfatizou: *Evidentemente relacionando a uma mais ampla teoria sobre o anmus, mantém que a concepção clássica do elemento subjetivo do ato fraudulento, difere da Justineana. Para esta última o consilium consiste na própria maquinação e no designo direto de dar prejuízo aos credores: para a clássica (ao contrário o elemento subjetivo consiste na pura consciência de tornar insolvente ou de agravar a própria insolvência, e ainda de provocar danos aos seus credores. A base do próprio assunto a autores que sustentam a origem pós clássica e jutineana da expressão consilium fraudis naquele ponto estariam a indicar a maquinação do dano.*⁴⁴

⁴¹ Cf. (74) IMPALLOMENI, Giambattista, *Studi sui mezzi de revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*. Padova – Itália, Editora Cedam. Ed. 1958 pág. 123-4.

⁴² (74) Id. Ib., pág. 123-4

⁴³ (74) Id. Ib., pág. 124

⁴⁴ cf. (74) IMPALLOMENI, Giambattista, ob. cit. pág. 124

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Ipallomeni ao analisar o comentário feito por Schulz chega a seguinte conclusão: “*A nosso juízo, porém esta tese não é persuasiva. Antes de tudo a palavra consilium recolhe no D. 46,3,96, pr. E D. 36,1,69 (67),2, que devem manter genuínos. A origem também e a mesma pós clássica da expressão, este exprime igualmente ao verdadeiro espírito clássico (que não varia, a este propósito, daquele pós clássico e giustineano)*”.⁴⁵

O consilium fraudis, segundo o Código Civil Brasileiro, é dispensável para que fique caracterizada a fraude contra credores, isto porque, aquele código reconhece a fraude contra credores, sem que haja a intervenção de coparticipante na prática do ato fraudulento, isto é, exige-se só o conhecimento do débito pelo devedor. Portanto, parte da premissa: Se o devedor deve, ele sabe que o ato que vai praticar irá prejudicar os credores, pois, a intenção de fraudar é presumida pelo conhecimento que tem de seu débito e que o ato ocasione o agravamento desta que possa advir do ato.

Pelo que já vimos nos ensinamentos do mestre Ipalomeni acima, o Direito Clássico já tinha estruturado o princípio da presunção pela prática do ato nos casos em que o devedor o pratica consciente da sua posição financeira e do seu resultado.

Entretanto, segundo os ensinamentos do insigne mestre Giorgi: “*Uma vez que o prejuízo dos credores consiste em ficarem no todo ou em parte a descoberto, o conceito de concilium fraudis fica completo todas as vezes que as circunstâncias demonstrarem que o devedor não poderia ignorar o estado de insolência, ou a agravação deste, como consequência do ato, mas, todavia, não se conteve em faltar à fé devida a seus credores. Alienando completou a diminuição patrimonial. E aí se tem o duplo elemento requerido para a revogação do ato: o dano efetivo dos credores e a má fé, é que constituem a infração das obrigações assumidas para os próprios credores, qualquer que seja, de resto, o íntimo e afinal móvel da sua vontade ou procurar a sua própria vantagem, ou prejudicar terceiros, ou caso raríssimo, arruinar os seus credores. Restringir a este último critério de consilium fraudis, excluído a fraude quando o devedor não seja impulsionado a alienar pelo propósito mau em prejudicar os credores seria limitar, contra a razão, a idéia jurídica da fraude pauliana e tornar quase irrisório o benefício da revogatória*”.⁴⁶

⁴⁵ Ibidem, pág. 124-5

⁴⁶ cf. (70) GIORGI, Giorgio, ob. cit., n°. 272

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Lecionando sobre a matéria, o mestre Butera registrou: *O consilium fraudis, é um fenômeno interno, e como tal, não pode instituir-se senão o fato em que degenera a ação e no qual não remanesce a causa animadora: “dolus indeterminatus determinatum ab exitu; o fato é que a insolvência se produziu e, assim, demonstrada esta, pode-se dizer também provado aquele, devendo considerar-se que qualquer um conhecia o estado de seu próprio patrimônio, nem se há de confundir nesse caso, dolo com dano, mas de dano se deduz o dolo.*⁴⁷

Calcado em Barasi, Cahali sintetizou: *A fraude aqui não é senão o dolo civil, que é o simples conhecimento do efeito lesivo do ato, e não a verdadeira e própria intenção de prejudicar os credores, com isto se diz que bastará, praticamente, provar que o devedor conhecia, no momento em que o contrato foi estipulado a própria condição de insolvência, ou saber que o contrato a criava.*⁴⁸

Prosseguindo calcado em Ripert, afirma: *“E não sendo necessário que o ato de alienação tenha sido praticado conscientemente: o devedor que se empobrece voluntariamente, no momento em que ele conhece o estado de seus negócios, falta à boa-fé e só por isso, comete a fraude contra credores”.*⁴⁹

O elemento subjetivo consilium fraudis é a má fé, o intuito malicioso de prejudicar. Pode advir do devedor, isoladamente, como na renúncia de herança, ou do devedor aliado a terceiros, como na venda fraudulenta.

Na conceituação do consilium fraudis não tem relevância o animus nocendi, o propósito deliberado de prejudicar credores. Basta que o devedor tenha consciência de que seu ato advirá prejuízo. A fraude existe sem ser premeditada *fraus not in consilio, sed in eventu.*

Segundo os comentários do Código civil Português feito pelo mestre português Cunha Gonçalves, este código exige o conhecimento pelo devedor do seu estado financeiro, como também exige que o devedor conheça a insuficiência dos seus bens para integralmente reembolsar os seus débitos, que ficaria insolvente ou mais insolvente com alienação praticada.

⁴⁷ cf. (20) BUTERA, Antônio. Dell'azione pauliana o revogatória. Torino – itália. Editora UTET – 1934 n°: 23

⁴⁸ (23) CAHALI, Yssef Said. Fraude Contra Credores, São Paulo /SP. Editora Revista dos Tribunais S/A. 1ª edição 1989. 188-9

⁴⁹ (23)CAHALI, Yssef Said, ob., cit., pág.188-9

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

As exigências referidas, a nosso ver, só viriam desvirtuar a finalidade da ação pauliana e dificultar as provas do credor, isto é, a dificuldade que o credor teria para provar que o devedor tinha conhecimento de que o ato o tornaria insolvente, ou provocaria essa insolvência. Dificultando ainda ao credor, provar que o devedor tinha consciência de que o animus nocendi tornaria impossível o êxito da ação pauliana. Isto porque é a vontade deliberada e consciente de provocar o prejuízo do credor ou credores, a diminuição do patrimônio do devedor e sua intencional vontade de estar em estado de insolvência e provocá-lo á que configurará a fraude contra credores, que conseqüentemente trás como resultado a inadimplência do devedor.

Portanto, o animus nocendi é o que impulsiona o devedor ao ato fraudulento, faz parte dos impulsos psíquicos, isto é, o móvel que movimenta o devedor a agir daquela forma. A prova de tal móvel levaria a situações verdadeiramente funestas para os credores frustrados, isto porque, tornaria difícil a prova deste elemento tão íntimo. O resultado de tais entraves seria, na maioria das vezes, a impossibilidade de êxito na revogatória.

A fim de ilustrar nossa argumentação enfocamos a doutrina do ensigne mestre português, que afirma caso tratar do Código Civil Português o seguinte: *Quanto ao segundo elemento da ação pauliana a fraude, que nos artigos 1.034 e 1.035 é designado por má fé, já atrás estabelecemos a sua exata noção, propósito da simulação. Ficou dito que era dispensável o animus nocendi a intenção de prejudicar o credor. A fraude ou má fé, essencial na ação pauliana, segundo o citado artigo 1.036, consiste no conhecimento que o devedor tem ou deve ter da sua insolvência, mas, também é preciso a consciência de que seu ato ou contrato, diminuído o seu patrimônio, deve prejudicar a seus credores: esta consciência ou pré-ciência do prejuízo, verifica-se portanto, provando os credores: a) que o devedor conhecia a existência de seus débitos; b) que ele conhecia também a insuficiência dos seus bens para integralmente reembolsar os ditos débito, ou que ficaria insolvente ou mais insolvente com a alienação praticada.*⁵⁰

O primeiro destes pontos é de fácil prova quando os credores do devedor, pessoal e diretamente, intervieram nas respectivas convenções, pois, ninguém pode alegar ignorância ou

⁵⁰ Cf. (47) CUNHA GONÇALVES, Luiz da, ob. cit. pág. 772-3

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

erro do seu próprio ato: com razão diziam os glosadores *praesumitur creditorum scientia quos propria conventione constituit*.⁵¹

Quanto ao segundo ponto, a consciência do estado de insolvência preexistente ou futura, não pode ser ela igualmente presumida, porque depende do valor que o devedor, com alguma razão, atribui aos seus bens. Há pessoas que exageram de boa fé os seus recursos, como já os juriconsultos romanos afirmavam nas *Institutas saepe de facultatibus suis, amplius quam in his est, sperant homines*. Deve advertir-se, porém, que em épocas de crise econômica, devido à falta de dinheiro, à baixa dos preços, à falta de compradores, etc., bens cujo valor é avultado, e até se encontram oficialmente demonstrados, ficam assaz depreciados: e postos em hasta pública por ausência de licitantes em primeira praça, são vendidos por metade ou menos, em Segunda ou terceira praça. Nestes casos, para apreciação da fraude deve atender-se somente à avaliação dos bens do devedor antes da alegada insolvência.

A dificuldade, a nosso ver, nesta doutrina, encontra-se justamente no fato do credor Ter que provar que o devedor conhecia a insuficiência dos seus bens para integralmente reembolsar os seus débitos, ou que ficaria insolvente com a alienação praticada. Isto é, tais provas dificultariam em muito o andamento da ação pauliana podendo em algum caso tornar possível a prova para o credor. A solução adotada pelo Código civil Pátrio e adotada pelos países – sol do direito, é a presunção de que o credor tinha conhecimento de tais requisitos pelo simples fato de saber que era devedor, sendo estas consequências daquele acontecimento.

Isto é, o código Civil Pátrio no tocante a presunção *juris et juri* dos atos fraudulentos, optou para uma corrente moderna, mais eficiente a coibição da fraude contra credores e alinhando o Direito Pátrio aos dos países referidos.

Interpretando o *consilium fraudis* observa com agudeza as melhores hermenêuticas dos nossos tribunais:

É sabido que, no conceito de *consilium fraudis*, não entra o *animus nocendi*, isto é, a vontade deliberada de prejudicar os credores, bastando que o devedor, tenha a consciência de que seu ato prejudicará os credores.⁵²

⁵¹ (47) *Ibidem* pág. 773

⁵² cf. (152) TAPSP. 28-05-40. RF. Vol. 84, pág. 115

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Nos artigos 110, 111, do Código civil, se vê claramente, a dispensa do animus nocendi, isto é, da intenção de prejudicar ou a consciência do prejuízo dos credores, como requisito essencial para caracterizar a fraude contra credores. Aqueles artigos são regidos nos seguintes termos:

Art. 110. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso dos credores, aquilo que recebeu.

Art. 111. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

A presunção de fraude contida nos artigos transcritos, é presunção juris et de jure, portanto, não admite prova em contrário. Isto é, se o devedor já é insolvente ou venha tornar-se insolvente, com o pagamento de dívida ainda não vencido, a lei considerará o ato como realizado em fraude contra credores, portanto, caracterizando a fraude com a simples prova de que o pagamento foi feito antes do título estar vencido.

Se o devedor dá garantia de dívida já estando insolvente, ou vindo ficar em virtude da prática de tal ato, fica caracterizada a fraude. Com a garantia dada a determinado credor, este fica com o seu crédito garantido e os demais sem nenhuma garantia. Portanto, ficam estes prejudicados com a vantagem concedida àquele. Nesta modalidade de fraude dispensa a intenção ou consciência do seu resultado, pois sempre resultará num ato fraudulento por presunção legal.

Há uma corrente jurídica que entende que é necessário o animus nocendi para se caracterizar a fraude contra credores, mas, há muito foi abandonada. Já no período do direito moderno as melhores doutrinas dispensavam o animus nocendi. O Direito Pátrio afastou-se dessa doutrina por ocasião da elaboração do Projeto do Código Civil Brasileiro de 1916, pelo preclaro e sempre lembrado mestre Clóvis Beviláqua.

Nesta razão aponta a insolvência por tal forma divulgada e conhecida que não pode nem deve ser desconhecida, e por isso negada.

Aliás, a notoriedade da insolvência é o estado daquilo que preexiste por si mesma, revelando-se uma verdade irretorquível, que deve ser aceita sem discrepância, porque se mostra tal como é, ou deve ser admitida com certa reserva.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O art. 334 – caput – não depende de prova os fatos: I – notórios.

A notoriedade da insolvência se dá através de indícios. Os indícios denunciadores da insolvência do devedor podem ser notados com facilidade, desde que, o comprador aja com prudência, ao efetuar a compra.

Os fatores que levam à conclusão da notoriedade da insolvência, são vários porém enfocaremos os principais fatores indicativos naquela notoriedade.

No nosso entendimento os principais indícios são:

1. Ação em curso que possa reduzir o demandado à insolvência.
2. Existência de numerosos títulos protestados, ou apenas um, porém, de valor tal que seria bastante para reduzir o devedor à insolvência.
3. Publicação através da imprensa escrita, televisionada ou falada, da situação financeira do devedor-vendedor.

O que deve ser ressaltado é que cada um desses fatores, devem ser analisados cada um de per si, mediante o caso concreto. Pois, à vista do caso concreto é que serão analisados e daí vão se tirar as suas conclusões.

A melhor hermenêutica dos tribunais pátrios têm sido uniforme no sentido de que: *“conclui-se pela notoriedade da insolvência do devedor, dada a existência de numerosos títulos protestados e diversas ações de cobrança. O conhecimento da insolvência do alienante não é suscetível de prova absoluta, podendo inferir-se de uma série de circunstâncias. As relações de amizade, a convivência freqüente, pelas proporções do meio, em que se faça o negócio, etc., leva a presumir a ciência do adquirente quanto à precária situação do alienante.”*⁵³

Nos atos onerosos, o consilium fraudis caracteriza-se pelo conhecimento da insolvência do alienante por parte do adquirente, e prova-se pela notoriedade do fato ou por razão especial que este tenha dele.⁵⁴

⁵³ (146) Ac. Do TJRG. 30-06-51 – op. 850 – RT. 136 -77

⁵⁴ Ac. TJTMG. Ap. 8711

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A doutrina tem se alinhado no sentido de que, os contratos onerosos são, pois, anuláveis desde que notória a contemporânea insolvência do devedor, ou desde que haja motivo para ser conhecida da outra parte.

A insolvência pode ser, portanto, notória ou presumida.

É notória, quando sabida de todos, pública, manifesta, do conhecimento geral, mercê de protestos, publicações pela imprensa ou cobranças contra o devedor.

Aqui já se trata dos contratos onerosos, isto é, daqueles em que há vantagens, sacrifícios para ambas às partes. Nestes casos eles serão anuláveis se a insolvência do devedor era notória, isto é, sabida de todos, de conhecimento público, ou houvesse motivos para ser conhecida do outro contraente.

Portanto, não há dúvida a respeito que a insolvência notória, é reconhecida pela jurisprudência de pela doutrina como elemento evidenciador da fraude contra credores. A evidência da insolvência é caracterizada pelos fatores acima enumerados.

2.3.3. Scientia fraudis

A scientia fraudis no Direito Romano é essencial para os meios evocatórios por nos estudados e pressupõe normalmente a consciência do combinado, que tem por objetivo o consilium fraudis. Em outros termos, se requerer a participação ou quanto menos a consciência do designo fraudulento, da parte de terceiro. Neste sentido são de per si claros os textos sobre denegatio actionis.

Nesta razão aponta a insolvência por tal forma divulgada e conhecida que não pode nem deve ser desconhecida, e por isso negada.

Aliás, a notoriedade da insolvência é o estado daquilo que preexiste por si mesma, revelando-se uma verdade irretorquível, que deve ser aceita sem discrepância, porque se mostra tal como é, o deve ser admitida com esta reserva.

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

O contrato oneroso fraudulento Será suscetível de fraude o negócio jurídico a título oneroso se praticado por devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou se houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Podendo ser anulado pelo credor.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Por exemplo, quando se vender imóvel em data próxima ao vencimento das obrigações inexistindo outros bens para saldar dívida.

Será notória a insolvência de certo devedor se for tal estado do conhecimento geral.

Todavia, desta notoriedade não se poderá dispensar prova; logo todos os meios probatórios serão admitidos. Por exemplo, será notória a insolvência se o devedor tiver seus títulos protestados ou ações judiciais que impliquem a vinculação de seus bens.

A insolvência será presumida quando as circunstâncias indicarem tal estado devia ser do conhecimento do outro contraente. Porquê, tinha motivos para saber da situação financeira precária do alienante.

Isto é, notoriedade da insolvência se dá através de indícios. Os indícios denunciadores da insolvência do devedor podem ser notados com facilidade, desde que, o comprador aja com prudência, ao efetuar a compra.

Os fatores que levam à conclusão da notoriedade da insolvência, são vários, esses serão enfocados a seguir.

No nosso entendimento os principais indícios são:

- a) Ação em curso que possa reduzir o demandado à insolvência.
- b) Existência de numerosos títulos protestados, ou apenas um, porém, de valor tal que seria bastante para reduzir o devedor à insolvência.
- c) Publicação através da imprensa escrita, televisionada e falada, da situação financeira do devedor-vendedor.

O que deve ser ressaltado é que cada um desses fatores, devem ser analisados cada um de per si, mediante o caso concreto. Pois, à vista do caso concreto é que serão analisados para tirar as conclusões.

A melhor hermenêutica dos tribunais pátrios têm sido uniforme no sentido de que, conclui-se pela notoriedade da insolvência do devedor, dada a existência de numerosos títulos protestados e diversas ações de cobrança.

O conhecimento da insolvência do alienante não é suscetível de prova absoluta, podendo inferir-se de uma série de circunstâncias. As relações de amizade, a convivência

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

frequente, pelas proporções do meio, em que se faça o negócio, etc., levam a presumir a ciência do adquirente quanto à precária situação do alienante.

2.3. Anterioridade do crédito

O princípio da anterioridade do crédito é oriundo do Direito Romano, princípio este que contaminou as legislações do Sistema Jurídico Germânico-Romano, sendo adotado explicitamente por várias legislações de outros países.

Discorrendo sobre a matéria enfatizou o mestre Cahali: *O princípio, aliás, provém do Direito Romano onde Ulpiano responde que, se o devedor para aqueles credores, contra os quais havia praticado o ato fraudulento e contra novos débitos, os novos credores não podem experimentar a pauliana: certerum, se illos dimisit, quorum fraudatorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimisis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortibus est.*⁵⁵

O princípio da anterioridade do crédito vem vazado no Código Civil Pátrio, no parágrafo único do artigo 106, que soa assim: Só os credores, que eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação.

Este princípio admite exceções, por exemplo: No caso específico de sub-rogação de crédito originário. Esta sub-rogação pode dar-se por circulação normal do título, ou por direito de herança. Porém, o que se deve observar nestes casos, é a anterioridade do crédito do credor originário. Se for o ato fraudulento sub-rogado está legitimado à ação pauliana. 17,20,57,80,118⁵⁶

O referido princípio, como está redigido naquele parágrafo demonstra que foi construído dentro da melhor lógica jurídica. Sendo chamado pelos doutos como um cânone de rigorosa lógica jurídica. A justificativa desta assertiva é defendida com apoio no fato de que a pretensão do crédito, ainda não nascido, não pode ser prejudicada, isto é, por não haver certeza de que este crédito irá ou não nascer. Portanto, os credores posteriores ao ato fraudulento, não tem autorização legal para anular tais fatos. Isto porque, os credores posteriores ao ato encontrarão o patrimônio do devedor desfalcado. Isto é, legitimar este

⁵⁵ cf. (23) CAHALI, Yussef Said, ob. cit. pág. 122

⁵⁶ cf. (116) BEVILÁQUA, Clóvis, ob. cit. 295-§ 55 (20) BUTERA, Antoni, ob., cit. n.º. 100, pág. 487 (57) ESPÍNOLA, Eduardo, ob. cit. vol. 1. Pág. 143 (80) LIMA, Alvino. Ob. cit. pág. 123 (118) RIPERT, Georges. La Reagle Morales, Paris – França. Editora Librarie Generale. Edição 1948, pág. 307. N.º. 165.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

credor a pauliana, o legislador estaria desvirtuando a finalidade da ação pauliana, que consiste em restaurar o patrimônio do devedor ao estado anterior ao ato e não acrescê-lo.

Apoia-se este princípio, nos seguintes fatos: a) se o credor originário, tem seu crédito anterior ao ato fraudulento, ele confiou no devedor na expectativa de Ter o seu patrimônio deste, para recompor o seu patrimônio desfalcado com o ato fraudulento do devedor, este, tinha, patrimônio suficiente para garantir o seu débito. Desviado este, o credor, ficou prejudicado na sua expectativa de ter seu patrimônio restaurado através de execução forçada; b) o credor posterior ao ato fraudulento encontrou o patrimônio do devedor já desfalcado, portanto, o direito em expectativa do credor de satisfazer o seu crédito, através do patrimônio do devedor por ato anterior ao seu crédito, não existe, isto porque, já encontrou o mesmo desfalcado. Nesta hipótese o ato é intocável.

O grande mestre Mairine, ao referir-se à matéria escreveu estas judiciosas ponderações: *Em verdade, a ação pauliana pressupõe que o ato fraudulento tenha diminuído a garantia comum aos credores, subtraindo do patrimônio do devedor aqueles bens sobre os quais teria direito de contar com ele. Mas esta garantia não pode ser diminuída, pelos atos realizados pelo devedor antecedente ao crédito, que forma a base da ação revogatória, porque, a garantia dos credores é constituída pelos bens presente e futuros do devedor. (artigo 1948 do Código Civil Italiano revogado. Os credores posteriores, portanto, não podem invocar o eventus damni derivado imediatamente pelo ato fraudulento, e em consequência carece da razão fundamental que justifica a ação pauliana.*⁵⁷.

Prosseguindo sustenta o mestre: *“Finalmente, no que consistir a anterioridade do crédito, não é necessário que os direitos dos credores, sejam reconhecidos e liquidados antecedentes ao ato fraudulento, mas, basta que o título, do qual depende, tenha uma data anterior ao ato fraudulento”*.⁵⁸.

Calcado em Mairini, Alvino Lima assim disse: *“A revogatória pressupõe a existência de um patrimônio de devedor, que constitui a garantia geral dos credores, desviados fraudulentamente pelo devedor, com cumplicidade de terceiros”*.

⁵⁷ Cf. (83) MAIRINI, Ângelo. Ob. cit. 292

⁵⁸ MAIRINI, Ângelo, ibdem, 295.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A revogatória visa obter a ineficácia do ato fraudulento, maneira de restaurar o patrimônio do devedor ao status quo, fornecendo ao credor a possibilidade de satisfação de seu crédito, tal como se verificava anteriormente ao ato fraudulento.

Consequentemente, o crédito deve ser anterior ao ato fraudulento do devedor, porque só assim poderá o credor apontar o desvio fraudulento do patrimônio como ofensa àquela garantia geral, ocasionando-lhe prejuízo.

Se, entretanto, o crédito é posterior ao ato fraudulento, não pode o credor recorrer a revogatória, porquanto, não existiu o *consilium fraudis*, para atingir o seu direito de credor, pois tal crédito não existia, assim como não teria verificado o *eventus damni* decorrente do ato consumado pelo devedor e seu cúmplice.⁵⁹

Cahali, fundado nas lições dos grandes mestres do Direito Italiano e Francês, Butera, Puglia e Palniol, segue a trilha do mesmo raciocínio acima e justifica: Na ação pauliana ordinária, a anterioridade do crédito ao ato fraudulento é um cânone de rigorosa lógica jurídica, pela razão óbvia de que não se pode prejudicar uma pretensão de crédito ainda não nascida e que não se sabe se vão poder nascer, aqueles, cujos créditos são posteriores, já encontraram o patrimônio do devedor no estado, em que o deixarem estas liberalidades, e desse modo, não podem alegar que em consequência delas, os bens do devedor tornaram insuficientes para o seu pagamento; portanto, se o crédito é posterior ao ato fraudulento, não terá existido o “*consilium fraudis*” para atingir o direito do credor, pois, o tal crédito não existia, assim como não se teria verificado o “*eventus damni*” decorrendo ato consumado pelo devedor e seu cúmplice; é o que só em relação aos credores que já o eram ao tempo dos atos lesivos, semelhantes atos diminuem a garantia que lhes oferecem, nos termos da lei, os bens do devedor, na medida em que o patrimônio do devedor pode ser garantia dos créditos já nascidos, não de créditos possíveis e futuros, e representando a condição da anterioridade do crédito uma consequência do direito de garantia geral que compete aos credores sobre o patrimônio do devedor; se o credor posterior que tiver contratado precipitadamente com o devedor, sem assegurar-se da consistência patrimonial ou da garantia oferecida não pode recorrer a pauliana, para defender-se de um dano a si mesmo imputável e voluntariamente assumido por sua culpa.⁶⁰

⁵⁹ Cf. (80) LIMA, alvino. Ob. cit. pág. 134.

⁶⁰ Ob. cit. 235

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Isto é, a anterioridade do crédito é relacionada somente pela data em que foi contraída a respectiva obrigação. Não é preciso que, ao tempo fraudulento, já existisse instaurada a ação ou execução para cobrança de crédito. Essa data, quando o ato ou contrato não foi celebrado por escritos, pode ser provada por todos os meios legais.

Aliás, para que o crédito seja anterior ao ato fraudulento, basta que seu princípio existisse antes da conclusão desse ato; para estabelecer-se a anterioridade do crédito deve-se ter em vista o momento em que o direito já existe in germe, pouco importando o momento em que tenha sido declarada a existência do direito do credor ou que este direito tenha sido liquidado por sentença ulterior, a sentença não faz nascer o crédito, esta não é senão o título que constata, e a data efetiva da qualidade de credor não nascem do título que a constata, mas da relação que o produz, certo que a sentença não cria direito.

Entretanto, é necessário que fique ressaltado, que há uma forte corrente doutrinária que defende a tese que autoriza o credor posterior ao ato lesivo, a propor a pauliana. Isto é, só em casos especialíssimos.

A hipótese única em que dado os termos de nossa lei, é permitido falar em créditos posteriores que autorizam o exercício da ação revogatória ou pauliana, são os seguintes.

Quando se trata de credor sub-rogado nos direitos de um credor anterior ao ato lesivo, de conformidade com o artigo 988 do Código Civil que prescreve: *A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.*

O que vemos, não é uma exceção, mas sim, a conservação do princípio da anterioridade do crédito, pois, o que transfere a regra jurídica contida no supratranscrito artigo são as ações, privilégios e garantias do primitivo credor, em relação à dívida, se este tinha o direito de propor a ação pauliana, o credor sub-rogado também terá este direito.

Portanto, para que aquele tenha o direito para propor a pauliana o seu crédito terá que ser anterior ao ato fraudulento, para que seja transmitido esse direito ao novo credor.

2.4. Nexo de causalidade entre o ato fraudulento e o dano

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A relação de causalidade ocupa uma condição sine qua non, para que fique caracterizada a fraude contra credores. Isto é, uma relação de causas e efeitos, que pode ser analisada da seguinte forma: a) a causa é representada pelo ato fraudatório; b) o efeito é representado pelo prejuízo que o ato produz ao credor.

A doutrina e hermenêutica alinham-se no sentido de que o prejuízo do credor deve ser o resultado imediato do ato praticado em fraude contra credores.

Em verdade, a relação de causalidade tem por objetivo visualizar de um lado o ato constitutivo do dano, e do outro lado, o dano provocado pelo ato.

Portanto, só há fraude contra credores se houver esta relação entre o ato e o prejuízo do credor. *“Isto é, o ato fraudulento é a causa imediata do dano eventus damni, pois, esse “ é condição indispensável para que, fique caracterizada a fraude contra credores.*

O que se deve ressaltar é que: a insolubilidade do devedor, nem sempre é resultado de ato praticado em fraude contra credores. Pode ser resultado do ato que não foi provocado pelo devedor, mas sim, por elementos naturais, por exemplo: incêndio, enchentes, desvalorização abrupta, a ponto de tornar o seu valor insignificante. Todos esses fatores podem estar relacionados diretamente com o dano “eventus damni”, porém não são considerados como fraude a credores.

A relação do ato fraudulento com o dano tem que ser de iniciativa do devedor em participação com terceiros para que o ato seja considerado como praticado em fraude contra credores.

Há casos em que a fraude contra credores é realizada pela prática de vários atos. Isto acontece quando o devedor possui vários bens, e premeditando dar prejuízo a seus credores começa a vender seus bens, vendendo-os, um a uma pessoa outra a outra e assim sucessivamente. Porém em todos estes atos podem ser considerados praticados como fraude contra credores? Só serão aqueles bens que forem vendidos após ter ultrapassado os limites mínimos de garantia do credor aquém desses limites, os atos praticados não se constituem fraude a credores.

Dos atos apontados na hipótese acima, só caracterizar-se-ão como praticados em fraude contra credores, os que tiverem relação direta com o dano eventus damni, isto porque,

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

os demais não tiveram relação com o dano, portanto, estavam fora do limite da garantia do credor.

Para melhor compreensão, ilustraremos a hipótese com o seguinte exemplo: “A” proprietário de 10 imóveis urbanos bem localizados, com preço de mercado cada um estimado em Cr\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) e deve a “B” Cr\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Portanto, tem livre para dispor, sem afetar a garantia dos credores, 5(cinco) imóveis. Resolvendo não pagar os seus credores, passa a vendê-los, porém, um imóvel e cada vez. Os cinco primeiros compradores tem a sua compra excluída da ação pauliana, porque até então o patrimônio do devedor era suficiente para pagar seus credores. Entretanto, a partir da 6ª (Sexta) venda é que terá relação direta com o dano *eventus damni* do credor. Isto é, a cada venda posterior, irá agravando a insolvência do devedor. Logo, conclui-se, que as cinco primeiras vendas não vieram comprometer a sua solvência.

Segundo a doutrina predominante, em regra, só poderão ser atacados os atos fraudulentos que determinaram a insolvência do devedor.

Observa Mairini com absoluta propriedade: *A insolvência do devedor, no momento no qual propomos à revogatória, é um elemento necessário, mas, não suficiente a constituir o prejuízo do autor. Como já observamos apoiados no Direito Romano, o prejuízo deve derivar imediatamente do ato que se impugna como fraudulento, sem que outra causa posterior tenha ocorrido para produzi-lo.*⁶¹.

Prosseguindo assevera o mestre: Pode muito bem impugnar, que o devedor aja fraudulentamente diminuindo o seu patrimônio com uma alienação, e que não obstante este ato os bens remanescentes em suas mãos são ainda suficientes, para saldar os seus débitos, se em seguida outros atos não viciados pela fraude, a exemplo de especulações mal feitas, infortúnios supervenientes o reduzindo a insolvência, os credores não poderão impugnar o ato anterior, portanto, se por ventura o devedor houver realizado prevendo a futura insolvência. Os dois requisitos do prejuízo e da fraude devem ocorrer ambos no ato impugnado, sem dependerem dos efeitos posteriores. Ora, na hipótese configurada há pouco, falha na primeira alienação o extremo do prejuízo, porque o patrimônio do devedor, ainda que diminuído, era por todo tempo bastante para garantir o pagamento dos credores. Se o devedor já era insolvente quando realizou o ato fraudulento, nesse caso, a insolvência já era preexistente

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

agravada pelo, ato, é mais forte a razão para conceder a Pauliana aos credores que quiserem a revogatória.⁶²

Todavia, a ação pauliana requer o concurso de duas condições fundamentais o prejuízo aos credores derivado do ato fraudulento e a fraude. Este vocábulo fraude como vem no estudo sobre o Direito Romano, compreende-se no sentido mais amplo, o *eventus damni* e por outra parte se o ato fraudulento não houvesse realmente provocado danos aos credores, se obstante aquele ato, o patrimônio do devedor fosse ainda suficiente para pagá-lo, perderiam os credores o interesse, base indispensável as ação.⁶³

Aliás, a insolvência do devedor deve Ter conseqüência direta do ato impugnado: entre o ato do devedor e o *eventus damni* deve subsistir um específico nexo de causalidade. Mas o *eventus damni* não se verifica, se a insolvência não depende deste ato impugnado, mesmo que tenha determinado uma efetiva diminuição do patrimônio do devedor, mas se originam de fatos ou atos sucessivos. Salvo se estes últimos não sejam intimamente ligados ao ato impugnado ou o *consilium fraudis* também abranja aos sucessivos.

2.5 Revogação do ato fraudulento

O remédio jurídico posto à disposição do credor violado pela venda fraudulenta feita pelo devedor é a ação pauliana, pela qual o credor tem o instrumento eficaz para requerer a prestação jurisdicional do Estado para fazer com que, a coisa vendida em fraude contra credores retorne ao patrimônio do devedor.

A boa fé do terceiro adquirente purifica o ato fraudulento em relação a sua pessoa, isto é, o credor não tem pela lei o respeito e a garantia para o credor do seu crédito, do lado há a garantia para aqueles que obram de boa fé nos negócios onerosos.

No ato em que o credor confiou no devedor fraudante, deveria ele Ter escolhido melhor em quem ia confiar, ao passo que o terceiro adquirente de boa fé, age como se estivesse agido dentro dos padrões exigidos pela norma jurídica, obedecendo todas as formalidades dessa. Só compra a coisa vendida em fraude contra credores, porque, pelos meios normais não podia ter conhecimento do escopo de fraudar credores. Portanto, a quem

⁶¹ Cf. MAIRINI, Ângelo. Ob. cit. pág. 160

⁶² Cf. (83) MAIRINI, Ângelo. Ob. cit. pág. 160

⁶³ (99) NICOLO, Rosário. Tutela dei Diritti.; (Sub. Rogatória) Comentario del código civile de Sciolaja e Branca. Vol. VI Roma – Itália. Pág. 217.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

age de boa fé, deve e tem que ser garantido o seu direito. Assim entende-se que o norte adotado pela hermenêutica dos nossos tribunais, é correto, pois valoriza o comprador do título oneroso de boa fé, ou seja, o terceiro adquirente de boa fé.

Lecionado sobre a matéria, o mestre Demalombe registrou: *“ambos procuram evitar um prejuízo, mas, havendo necessariamente um deles de sofrê-lo, recai sobre aquele que, além de não ter a posse in pari causa possessor potior haberi debet, deve assim mesmo à confiança que depositou no devedor o prejuízo que sofre. Ora, como o adquirente de boa fé, rendendo-se das cautelas que a lei exige para a aquisição de bens exerceu toda a diligência necessária para assegurar o seu direito, ao passo que, da parte do credor lesado houve risco ao qual se sujeitou, desde que não procurou as garantias necessárias ao emprego do capital, prefere aquele a este, não havendo lugar para revogar-se o ato de alienação, ainda que o devedor alienante houvesse procedido de má fé, com a qual nada tem que ver o adquirente.* ⁶⁴.

A medida cautelar justifica-se pelas razões acima plantadas, pois, esta tem por finalidade tornar público que a coisa vendida se encontra ou encontrará sub judice.

À medida que aventamos acima é um protesto contra a alienação de bens, medida esta que pode ser tomada pelo credor antes de propor a pauliana ou após Ter sido proposta a mesma. Porém achamos que é mais vantajoso para o credor propô-la como medida preventiva, isto é, antes de propor a pauliana.

A *“conhecida Ação pauliana, era um complemento da missio in bona onde tem sua origem o atual concurso de credores.”* Era uma espécie de ação coletiva, exercida em nome da massa do devedor pelo curator bonorum venditorum (síndico ou administrador da massa), quando se verificava depois da venda de todos os bens, que o total obtido não cobria o passivo. ⁶⁵

O nome da prefalada ação tem origem no Direito Romano, no edito do pretor Paulus L. 38, § 4, D. de usuris. Deste edito originou o seu nome sem homenagem aquele pretor. Esta conservou esse nome até os nossos dias.

⁶⁴ (49) DEMOLOMBE, C. Cours de code Napoleon, Paris – França. Editora Impresso Generale – Edição 1877, nº. 176-8

⁶⁵ PLANIOL, Ripert, Maury e Vialleton. *Traté Pratique de Droit Civil Français. Successions* – 2ª ed. Paris França. Editora General – 1956. Pág. 193

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A finalidade da ação pauliana é a de revogar o ato praticado em fraude contra credores. Está estruturada em cima dos princípios gerais do Direito, os quais o Legislador Pátrio os estruturou no Código Civil de 1916 nos artigos 106 a 113 já transcritos anteriormente.

Tais princípios foram firmados desde os mais remotos tempos, onde o patrimônio do devedor já constituía a garantia comum dos seus credores. Por isso mesmo, se os credores dispensam garantias especiais e particulares que lhes assegurem o reembolso da quantia emprestada, o faz, certamente, no pressuposto do devedor proceder com boa fé. Contentam-se com a existência do patrimônio do devedor como garantia eficaz, precisamente porque entendem não pode tirar partido da sua má fé, em detrimento da confiança que nele foi depositada.

Assim, quando o devedor age em fraude dos direitos de seus credores, poderão estes demandar a nulidade dos atos fraudulentos praticados.⁶⁶

A ação pauliana tem dois fundamentos básicos, o primeiro está na maquinação do devedor, que pode agir sem participação de terceiro para fraudar o credor. São aqueles em que o animus nocendi só existe no devedor, ou o comprador age de boa fé, ou com imprudência (não toma as cautelas legais para comprar a coisa vendida em fraude contra credores). Portanto, nestes casos assume o risco de ter a compra anulada. Quando há o animus nocendi em ambas as partes, a maquinação fraudulenta existe tanto no vendedor como no comprador. Esta hipótese se dá, quando o comprador tem conhecimento da situação do devedor, e mesmo assim compra a coisa vendida por esse, ou quando participa diretamente da fraude, ajudando na maquinação do ato fraudulento.

O segundo fundamento da ação pauliana está no repúdio ao enriquecimento injusto. O Direito Pátrio não abriga nenhuma espécie de enriquecimento injusto.

Jorge Americano, calcado em Sarsfield, sintetizou: *“a ação pauliana tem dois fundamentos, conforme se trata de revogar atos onerosos ou gratuitos”*.

No primeiro caso funda-se na fraude; no segundo funda-se no enriquecimento injusto. Independente da fraude.⁶⁷

⁶⁶ cf. CARVALHO DOS SANTOS, J.M., ob. cit. 75

⁶⁷ Cf. (6) AMERICANO, Jorge, ob. cit. pág. 84-5

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Quanto a natureza da ação pauliana, foi objeto de muita polêmica, a fim de se encontrar a verdadeira natureza desta. Havia uma corrente que considerava a ação pauliana de natureza real, ou que a considerava de natureza pessoal. Havia ainda uma terceira corrente minoritária que a considerava pessoal in rem scripta.

Dentre os doutrinadores que a consideravam como de natureza real, podemos destacar os notáveis mestres: Donello, Pothier, o imortal Teixeira de Freitas, que justificava a sua posição com a seguinte argumentação: *“é a ação real, porque o credor defraudado representa a pessoa do devedor alienante em relação ao terceiro adquirente”*.

A doutrina que a considerava como ação pessoal in rem scripta, é uma corrente minoritária, porém encontramos dentre estes doutrinadores, alguns de envergadura internacional ou de renome nacional. Dentre estes podemos citar: Larombière, Baudry – Lacantinerie e o mestre Paula Baptista.

Combatendo esta corrente, o mestre Gusmão argumenta: *“há aí um erro: Pela aplicação dos dois princípios de que nem pode haver direito misto – e de que toda ação deve necessariamente participar da natureza do direito que lhe dá origem e movimento – chega-se à conclusão irrecusável de que, em boa doutrina, não há, nem pode haver também ações mistas”*.

A corrente doutrinária dominante considera aquela como ação de natureza pessoal. É, pois, sem dúvida possível, a ação pauliana, e como tal tem sido considerada desde o Direito Romano (fr. 38 de usuris. XXII) Mairini nº. 12 que soa: *“ de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora”*.⁶⁸.

Argumentando sobre a natureza da ação pauliana, Cahali registrou: *A ação revogatória é pessoal, uma vez que se funda sobre uma relação jurídica obrigatória existente entre credores e o demandado: os credores, exercendo esta ação em nome próprio, não podem fazer valer senão os direitos que lhes competem sobre o patrimônio do devedor, direitos que certamente não são de caráter real; e, por outro lado, ação somente pode dirigir-se contra aqueles que são pessoalmente obrigados em relação aos credores, seja em razão da cumplicidade na fraude, seja em razão de um indevido locupletamento; a ação pauliana não é exercitável contra qualquer possuidor, como seria se se tratasse de uma ação real, mas*

⁶⁸ cf. (83) MAIRINI, Ângelo. Ob. cit. nº: 22

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

apenas contra aquele que adquiriu o bem em consilium fraudulento com o devedor, ou contra aquele que, embora não havendo adquirido de má fé, tenha auferido do ato fraudulento uma vantagem efetiva, e tanto isto é certo que se o primeiro adquirente consilium fraudis, aliena em favor de um segundo, o qual ao invés adquiriu de boa fé, em relação a este último, não é exercitável a ação revogatória (CC., art.109, parte final).⁶⁹

Para que possa ser proposta a ação pauliana requer determinados requisitos, sem os quais o credor não tem legitimidade para propô-la. Logo sem tais requisitos não há possibilidade de êxito na ação.

Os requisitos fundamentais da ação pauliana são: a) *eventus damni*; b) *consilium fraudis* ou c) *scientia damni*.

Porém, é necessário que fique assinalado que não é necessário que todos estejam presentes para que o credor legitime a pauliana. Os que são imprescindíveis para a legitimação da mesma são: a anterioridade do crédito e o *eventus damni*. Sem esses dois requisitos não há que se falar em legitimidade, pode estar presentes no ato fraudulento ou não, para que fique caracterizada a fraude contra credores, e conseqüentemente se legitimar o credor a prefalada ação. Assim, pode estar o credor legitimado, para propor a ação pauliana, sem que estejam presentes os elementos objetivos, e que o crédito seja anterior ao ato fraudulento.

Quanto ao estudo de cada um desses elementos e do princípio da anterioridade do crédito, já foram estudados nos subtítulos próprios, aos quais reporte-se o leitor.

A ação pauliana como vem, é uma ação pessoal, portanto, a regra que determina a sua competência é a regra que rege as ações pessoais, a saber: *“o foro competente para processá-la, em regra geral, é o do domicílio do réu. § 1º. Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles; § 2º. Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor; § 3º. Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro. § 4º.*

⁶⁹ (23) CAHALI, Yessf Said. Obra citada pág. 279-0

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

*Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles à escolha do autor.*⁷⁰.

Entretanto, esta regra não é absoluta, pois, pode ser alterada em determinadas hipóteses, por exemplo, quando ocorre conexão, continência ou prevenção, que têm por objetivo evitar incômodos às partes e poupar despesas inúteis às mesmas.

Lecionando sobre a matéria, o mestre Paula Baptista enfatizou: *Faz com que a convexidade de causas torne competente; e isto se verifica, ou quando há dois ou mais litisconsortes e diversas jurisdições, caso este em que o autor pode demandar a todos perante o tribunal do domicílio de um deles, ou quando as causas estão tão ligadas entre si que o julgamento de uma delas importa o julgamento das demais.*⁷¹

Na hipótese de concurso de credores, a própria diversidade do juízo em que ocorre a insolvência do devedor fraudante, determinará a competência para ser proposta a ação pauliana.

Todavia, a regra acima aventada, é contrariada pelo acórdão do extinto Tribunal Federal de Recurso, que decidiu: *“A concepção da natureza da ação pauliana em debate, indicará, decerto, a competência para processar e julgar o feito”*.

Diz o art. 106 do CC... *A ação própria para promover a citada anulação é a pauliana. Resta saber se a natureza do procedimento é real ou pessoal. A transação que se pretende anular é a venda de imóvel do réu devedor, quando já estava penhorado na execução fiscal promovida pela agravante (Caixa Econômica Federal) e, posteriormente adjudicado pela credora-exequente. É pacífico que a propriedade é direito real (art. 674, do CC). Assim, ação pauliana intentada para anular instrumento de transmissão de propriedade relativa à bem imóvel, pertine com a garantia real atribuída ao credor. “Assim considerado, é irrecusável a competência do juízo do foro da situação da coisa a teor do disposto no art. 95, do CPC”*.⁷².

Embora este entendimento do egrégio, extinto, Tribunal Federal de Recurso, deu outra conotação a respeito da competência da ação pauliana, ficamos com o entendimento predominante, a nível nacional como internacional, que se reduz no seguinte: *“ a pauliana*

⁷⁰ cf. (102) OLIVEIRA, Lauro Laert de, Da ação Pauliana - editora Saraiva S/A . São Paulo – SP. 3ª edição 1989.p.69

⁷¹ Ob.cit

⁷² AG. Inst.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

*não é uma ação real, pois, os credores não têm um direito sobre a coisa. A lei lhes concede determinadas garantias especiais, mas os credores terão confiado mais na pessoa do devedor do que sobre a coisa. O devedor permanece senhor absoluto de seus bens e pode dispor dos mesmos a seu critério, antes que os credores tenham promovido o seqüestro dos mesmos ou sua expropriação. Não se trata de uma ação reivindicatória pois os credores não são proprietários da coisa, a qual terá saído do patrimônio do devedor em virtude de um ato perfeito na sua essência. A pauliana é uma ação em que os credores agem em nome próprio.*⁷³

O que deve ser observado é que a ação pauliana, não tem por fim específico o direito real, mas, sim acciones restaurantur, isto é, o direito pessoal de restaurar o patrimônio do credor violado pela fraude, portanto, um direito pessoal.

Quanto à legitimidade para a pauliana, esta há de ser estudada, do ponto de vista ativo e passivo. Para que a parte seja legítima para propor ou contestar a pauliana é necessário, em primeiro plano, que haja o interesse do autor ou do réu, sem que haja que se falar em legitimidade, pois, é uma condição sine Qua non exigida pelo Código de Processo Civil. A falta desse interesse resulta na carência daquele direito. Este interesse só se justifica se o crédito for anterior ao ato fraudulento, pois, a legislação Pátria, só outorga e dá legitimidade aos portadores de título quirografário, que tenha ocorrido o *eventus damni*, sem o que não há que se falar em legitimidade para a pauliana.

Portanto, a legitimidade ativa, exige que o credor tenha seu crédito anterior ao ato fraudulento, cuja regra vem esculpida no parágrafo único do artigo 106 do CC.: “*Só os credores os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação*”.

Além dessa exigência, como já foi dito, é necessário, que o prefalado ato tenha reduzido a insolvência do devedor ou agravado esta. Isto é, há que haver um nexo de causalidade entre o ato e dano, *eventus damni*. Uma vez reunidos esse, o credor está legitimado a propor a ação pauliana.

A legitimidade passiva está ligada à atividade do comprador ou sub-adquirente que tenha obrado de má fé. Esta regra vem disciplinada no art. 109 do CC. Que reza: “*A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que*

⁷³ (23)CAHALI, Yuseef Siad, ob. cit. , pág. 276

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má fé.

Lecionando sobre a matéria, o mestre Jorge Americano, em brilhante ensinamento, deixou registrado: *“Uma vez que é pessoal, conforme concorda hoje a maioria dos escritores, persiste a obrigação na pessoa do adquirente, pelo fundamento na fraude (ato lícito) ainda quando venha a alienar a coisa antes da propositura da ação”*.⁷⁴

Prosseguindo enfatiza o citado mestre: - *“Finalmente, pode ser a ação pauliana movida contra os sub-adquirentes a título gratuito, independente da fraude, ou a título oneroso, em se provando má fé de sua parte”*.⁷⁵

Quanto aos efeitos da ação pauliana, dividem-se os escritores e as legislações em três correntes, relativamente aos efeitos da ação pauliana quanto aos credores:

1 – a que restitue o objeto do ato invalidado ao patrimônio do devedor, aproveitando a todos os credores indistintamente a respectiva invalidação.⁷⁶

2- a que restitue o objeto do ato invalidado ao patrimônio do devedor, aproveitando apenas aos credores anteriores ao mesmo ato.

3- a que faz aproveitar a invalidade do ato apenas aos que a promoveram.

O Código civil, após a emenda apresentada por sugestão do Senador Epitácio Pessoa, propondo no parecer de 4 de setembro de 1917, fosse substituída aquela expressão que constava no mencionado Código Civil Brasileiro, que soava da massa pela expressão do acervo. O primitivo artigo 113, antes de ser alterado pela emenda, era vazado nos seguintes termos: *“Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito da massa”*. Com aquela sugestão, passou a Ter a seguinte redação: *Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso dos credores.*

Assim, com a adoção daquela, expressão, pelo Decreto 3.725 de 15 de janeiro de 1919, ficou definida a corrente esposada pelo CC., em relação aos efeitos da ação pauliana, que segundo o mestre Jorge Americano: *“Onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete*

⁷⁴ cf. (6) AMERICANO, Jorge. Ob. cit. pág. 84-5.

⁷⁵ (6) AMERICANO, Jorge. Id. Ib., pág. 84-5

⁷⁶ LAMOMBIERE, , apud. Jorge Americano, Da Ação Pauliana. Ed. 1953. Pág. 62

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

distinguir, portanto a reversão ao acervo aproveita a todos os credores, quer anteriores quer posteriores ao ato lesivo". É o que também dispõe o artigo 1.044 do Código Português.

Não há também que distinguir entre credores quirografário e privilegiados ou hipotecários cuja garantia fosse insuficiente, uma vez que executada a garantia real, são equiparados estes àqueles.⁷⁷

Portanto, segundo o texto do art. 113, caput, do Código Civil, pode afirmar que o legislador Pátrio, adotou a primeira corrente, defendida por Laurent, citada anteriormente.

Outro aspecto importante para o estudo de todos os institutos jurídicos, é a prescrição. Não teríamos executados bem este trabalho se não registrássemos, pelo menos superficialmente a prescrição da pauliana. Como se trata de um dos aspectos do estudo em um dos subtítulos deste, não vamos perder tempo em divagações doutrinárias adentrando no Direito Romano, partiremos de um ponto de vista prático e direto.

O Direito pátrio trata da matéria no capítulo das prescrições em termos gerais, pois, a regra vem ditada no Código Civil, art. 178, caput, em seu § 9, inciso V, alínea "b", que assim dispõe:

Art. 178. Prescreve:

§ 9. Em 4(quatro) anos:

V – a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não atenha estabelecido menor prazo, contado este: [...] c) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;

Segundo a regra do supratranscrito artigo, a ação pauliana prescreve com 4 (quatro) anos, a contar a partir do dia em que se realizar o ato ou o contrato.

Jorge Americano, aplaudindo a regra daquele artigo, assim se manifesta: Preferiu o código fazer correr a prescrição dessa data a fazer depender o seu começo do conhecimento, pelo credor, do ato lesivo. E fez bem. Melhor será manter a possibilidade de propor a ação durante prazo prefixado, ainda que mais longo, do que permitir a sua dilatação indefinida,

⁷⁷ cf. (6) AMERICANO, Jorge. Ob. cit. pág. 96.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

quando restrito a um ano, comece a correr desde a data do conhecimento do ato por parte do interessado, cuja prova é difícil, se não impossível ao réu.⁷⁸

A prescrição deve ser requerida pela parte interessada em usufruir as suas benesses, no mérito, tão logo inicie o esparçamento da causa petendi. Tal regra vem insculpida no artigo 269 caput e seu inciso Código de Processo Civil:

Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito:

IV – quando o juiz pronunciar a decadência á prescrição.

Se a parte não alegar na contestação a prescrição, não importa, pois, esta pode ser alegada em qualquer fase do processo.

2.6. Finalidade dos elementos constitutivos

Os elementos constitutivos da Fraude Contra Credores prefalados foram estudados nos subtítulos próprios: 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3, cada um per si. Porém neste subtítulo os estudaremos sob um prisma que não foi aventado por ocasião do estudo daqueles subtítulos, pois, anteriormente foram estudados sob o enfoque da caracterização da fraude, sendo que neste, pretendemos estudar somente a finalidade de tais elementos.

O *eventus damni* como já visto, é o elemento fundamental na fraude, estudado no subtítulo 2.2.1, ao qual remetemos ao leitor, para uma consulta mais detalhada.

Entretanto, não vimos naquela parte à finalidade do prefalado elemento. Este tem por finalidade dentro do instituto, identificar se do ato praticado pelo devedor fraudante, resultou ou não o dano. Se houve dano e em consequência dele o devedor ficou insolvente ou foi este agravado, fica evidente que esta consubstanciada a fraude contra credores.

Portanto, a finalidade principal do *eventus damni* é o de identificar se houve ou não dano ao credor. Identificado este, está caracterizada a fraude.

O *consilium fraudis* também já visto no subtítulo, 2.2.2, é o elemento subjetivo da fraude contra credores. Porém agora vai se enfatizar aqui sua finalidade dentro do instituto.

Sua finalidade é a de identificar a forma em que foi praticado o ato fraudulento, pois, quando se diz que o ato fraudulento foi praticado pelo devedor em *consilium fraudis*, com o comprador, logo se identifica a forma como foi praticado aquele ato. Deduz-se que o ato foi

⁷⁸ (6) AMERICANO, Jorge. Ob. cit. pág. 66.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

maquinado pelo devedor e comprador, ou que este tinha pelo menos condições de Ter conhecimento de que o ato estava sendo praticado por devedor já insolvente.

Entendemos necessário lembrar que pode existir fraude, sem que haja o animus nocendi, isto é, a vontade deliberada de fraudar o credor. Porque o consilium fraudis pode existir sem que haja ajuste entre os contratantes.

Scientia damni o terceiro e último elemento da fraude contra credores, também já estudado no subtítulo 2.2.3, é outro elemento subjetivo daquele instituto, em que a doutrina predominante o considera como elemento integrante do consilium fraudis. Em termos concordamos que a sua finalidade dentro do instituto é a identificação da forma em que foi realizada a fraude. A fim de identificar se o comprador assumiu o risco com a aquisição da coisa vendida em fraude pelo fato de ter conhecimento de que a mesma era vendida em fraude contra credores, ou por motivos circunstanciais de amizade, parentesco, ou outra circunstância que tinha por obrigação conhecer sobre a situação do vendedor, e compra assim mesmo a coisa seduzida pelo lucro fácil, assumindo assim os riscos decorrentes de seu ato.

2.7. *Ônus da prova*

No sentido técnico, o vocábulo ônus significa todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-los ou cumpri-los.⁷⁹

O ônus probandi é o ônus ou encargo da prova, nas questões judiciais. Sem fugir, pois, ao sentido literal do vocábulo (ônus), exprime a locução: a obrigação de provar.

Neste particular, está certo e afirmado o princípio de que a obrigação de provar cabe a quem alega ou diz: ônus probandi incumbit ei que dicit.

Mas, mesmo na ação, o réu deve provar o que alega, mesmo em negativa, quando esta se mostra alegação feita para destruir a situação adquirida pelo adversário e consta de fato articulado para se opuser ao afirmado.

Assim, por exemplo, se afirma o réu não devo, porque paguei, deve provar o pagamento.⁸⁰

⁷⁹ PLÁCIDO E SILVA, de . ob. cit. pág. 1094

⁸⁰ (104) Ibidem

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Entretanto, Jorge Americano, ao lecionar sobre a matéria, enfatizou: “*O ônus da prova é um dever processual segundo a relação normal, geram a aplicação do preceito regra que faz valer*”.⁸¹.

Prosseguindo sintetizou: A regra comporta exceções, não só quanto a dispensa da prova em certos casos, como a iniciativa em outros. Sobre a iniciativa vai referida em outro ponto, ao estudar a sua atribuição ao juiz, e a extensão que comporta. Quanto a dispensa de prova, obedece aos mesmos princípios da presunção em geral. O exemplo da ação de despejo ilustra o assunto. Entretanto o autor, inicialmente, com o contrato torna certo o seu direito a prestação. A esse direito positivo acompanha a presunção de fato, nascente da interpelação contida na citação: o autor não viria a juízo por simples emulação, para arriscar-se às penas da lide temerária, e o réu citado não sofreria o risco do despejo, se tivesse algum direito a alegar⁸²

Continuando embasado em Lesona, Jorge Americano registrou: “Assim, o ônus não é determinado pela qualidade do fato provado, mas pela qualidade jurídica que tem no juízo aquele que invoca o direito”.⁸³

Portanto, a causa petendi, a causa de pedir, é o fundamento da pretensão do autor, isto é, o fato violador ou ameaçador daquela relação jurídica, tem que vir enunciado na peça vestibular, entretanto, só esta narração dos fatos não é bastante para convencer o juízo. É necessário que estes fiquem provados, para que esta possa proferir uma sentença favorável ou desfavorável.

Aliás, Quem comparece em juízo deve oferecer, como fundamento de sua pretensão, uma relação de direito decorrente de um fato. Porque todo o direito se origina de um fato “*ex facto oritur jus*”. Quando se invoca o ofício do juiz para que afirme a existência de uma relação de direitos contestada ou simplesmente ameaçada, é indispensável a indicação do fato violador ou ameaçador daquela relação, ou seja, o ato ou fato jurídico que serve de fundamento a ação. É que aí, no fato ou ato jurídico, está aquilo que no direito das ações se chama “*causa pretende*”, a causa de pedir.⁸⁴

⁸¹ AMERCANO, Jorge. Com. Ao CPC. Vol. I. pág. 433

⁸² IBDEM. Pág. 452-3

⁸³ (7) IBDEM

⁸⁴ (127) SANTOS, Moacir Amaral dos. Prova Judiciária no Civil e Comercial. São Paulo – SP. 2ª edição pág. 91

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Deve-se observar que o ônus probandi não pode ser tido como uma obrigação no sentido de responsabilidade ou um dever imposto pelas leis processuais, isto porque, não é uma imposição sob pena pois, não há: Um direito que lhe seja correlato nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de um dever no sentido de interesse de necessidade, de produzir a prova para tornar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

Portanto, este interesse necessidade de produzir a prova do fato que levou a propor a ação é do autor quanto aos fatos que deduziu causa pretendi porque este tem a pretensão de obter uma sentença favorável, porém, o fato de não realizar aquela, não quer dizer que o juiz está obrigado a julgar improcedente a sua pretensão. É o que ocorre nos casos em que a confissão não se adequa às demais provas dos autos, ou matéria já provada com as provas materiais dos autos.

Nesta hipótese, o juiz julga segundo as provas que, já foram carreadas para os autos, no seu conjunto, como um todo. Portanto, não há que se falar em obrigação coativa de fazer provas de sua pretensão deduzida em juízo, mas sim, no ônus que se liga em benefício da sua própria situação no processo, pois, é através da prova que as partes por meios idôneos convence e leva o juiz a convicção de que a sua causa petendi deve ser reconhecida.

O mestre italiano Chiovenda, ao tratar da matéria ensinava: Este princípio é encontrado no corpo do artigo 1.315 do CC Francês que foi reduzido pelo CC Italiano revogado que soava o seguinte: *“Quem demanda o cumprimento de uma obrigação deve prová-la e quem pretende se haver dela ser liberado deve por sua parte provar o pagamento ou fato que produziu a extinção da obrigação.”*⁸⁵

Leciona o insigne catedrático do direito Moacir Amaral dos Santos: Irrecusável é que, exposto, por sua parte um fato que pareça naturalmente possível e juridicamente relevante, no juiz cumpre tê-lo em conta de sua decisão. Mas, como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do julgador *“allegatio et non probatio quasi non allegatio”*, surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E, dada a controvérsia entre o autor e o réu, com referência ao fato ou às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre da questão a quem incumbe o ônus da prova.⁸⁶

⁸⁵ Ob.cit. pág. 88

⁸⁶ Ob. cit. 92

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O que interessa saber é se o ato foi praticado ou não em fraude contra credores, para isso consistirá em fazer a prova de que o ato tenha resultado o *eventus damni*. Esta relação entre o ato praticado e a redução do devedor a insolvência ou agravamento desta, é ônus do autor da pauliana, isto porque, ao intentá-la deve provar que do ato praticado pelo devedor, trouxe a impossibilidade do mesmo honrar suas obrigações para com ele.

Nesta relação encontra-se o nexo da causalidade entre o ato praticado e o seu resultado. A única prova a ser feita é de que do ato adveio a insolvência do devedor ou esta foi agravada. Se o ato foi a título oneroso ao autor é imposto provar que o comprador agiu em *consilium fraudis* com o vendedor, ou que a insolvência deste, era notória na época da compra, ou que havia motivos suficientes para presumir que comprador tenha conhecido a situação do vendedor.

Esta matéria já foi estudada no capítulo 2, subtítulo 2.2.2, cuja regra vem inserida no corpo dos arts. 106 e 107 do CC, que são vazados nos seguintes termos:

“Art.106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos (art. 109).

Parágrafo único. Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação.

Art. 107. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente”.

A prova destinada a provar os motivos que comprovam o conhecimento da insolvência pelo outro contratante deve ser dirigida no sentido de provar que o contratante: a) é parente próximo do vendedor; b) amigo íntimo; c) que a insolvência do vendedor era pública e notória.

A doutrina e a jurisprudência assente, que se alinha com aquele entendimento, têm o mestre Cahali que ao discorrer sobre a matéria registrou: Aceito que, o teor do artigo 107 do CC esta prova pode ser feita pela notoriedade da insolvência do devedor, ou então pela existência do motivo para ser conhecida do outro contraente, viu-se, no parágrafo anterior que a demonstração do conhecimento, da precariedade financeira do devedor não encontra

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

limitação probatória, e desse modo pode ser feita por todos os meios permitidos em direito, inclusive indícios, circunstâncias, presunções, como recomenda o caráter fraudulento do ato.⁸⁷

O juiz só deve admitir presunções graves, precisas e concordantes, e só nos casos em que a lei admite a prova testemunhal. Mesmo um único indício pode ser a tal ponto grave que forme a convicção do juiz.⁸⁸

A interpretação do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tem sido a seguinte: “*O protesto de título em outra Comarca, que não é da situação do imóvel e nem da residência das partes, não pode ser havido como caracterizador da notória insolvência. Os demais protestos feitos após a dação em pagamento não tem, quanto a esta, efeito algum.*”

Em se tratando de ato fraudulento não é necessário que sua prova seja feita de modo concludente e incontestável, à vista da liberalidade que é deixada aos juízes nesses casos, para apreciar os fatos e formas a sua convicção, nos termos do CPC.

No exame da fraude deve o interprete analisar as circunstâncias que envolvem o ato. Seus antecedentes. O relacionamento das partes contratantes. A visão global do processo e não o enfoque particularizado de um seguimento probatório é que dará ao juiz a visão do conjunto permitindo reconstruir mentalmente os antecedentes dos fatos subjacentes.

Na ação pauliana, que o art. 106 do CC dá como recurso à anulabilidade, em decorrência de fraude contra credores, imprescindível a prova da insolvência do devedor. Essa prova é encargo do credor, ainda que possa ele fazê-la por todos os meios permitidos em direito e extrai-la dos indícios e presunções que apontar como verossímeis.

Cabe ao réu na pauliana dizer onde se encontram seus bens provando, que não houve insolvência, não obstante a alienação objeto da demanda.

Carnelutti, ao referir sobre a prova sintetizou: Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os atos instintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Eis que, quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base da pretensão, ou de uma exceção procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo. A exata solução da questão da prova, segundo Ihering, constitui capital, preocupação do

⁸⁷ (23) CAHALI, Yussef Said. Ob. cit. pág. 202

⁸⁸ (40) CHIOVENDA, Giuseppe. Ob.cit. pág. 486.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

legislador em todas as regras que estabelece. Deve resolvê-lo de modo a não impor às partes uma prova muito difícil e a permitir ao juiz aplicar aquelas regras sem árduas averiguações nem perda e tempo. *“Falta-se a esse dever, o legislador tem criado obstáculos à realização do fim a que se propôs; seria como construtor de uma máquina, a qual consome pelo atrito toda a força que produz”*.

Aliás, a aparência do ato lícito não deve deter portanto, a apreciação meticulosa das circunstâncias, a pesagem dos indícios, o confronto dos atos, para que a perfectibilidade da fraude não seja fato da sua validade.

Por isso, de vez que o fato incriminado se rodeia das maiores precauções para se conservar oculto, deve haver o juiz adstrito a nenhum preceito formal, a fim de que o defraudador não aproveite a precaução de que se serve.

Se for, porém, recomendável tal desembaraço na análise dos fatos, na pesquisa de todos os indícios, circunstâncias e elementos de convicção que forem presentes ao magistrado, cumpre-lhe aparelhar-se se um critério superior às paixões que, em geral, dominam o pesquisador, para que não tome por indícios convincentes certos fatos que, desapaixonadamente analisados, mais não significariam que a boa fé presumível em todos os atos humanos.⁸⁹

Podemos concluir, calcado nas razões anteriores, que o ônus do credor consiste em provar a insolvência do devedor, o nexo de causalidade entre o ato fraudulento e o dano. O ônus do devedor consiste em provar que do ato não resultou a sua insolvência, demonstrando e mostrando os bens que possui e o local onde se encontram, a fim de comprovar que o valor daqueles é superior ao seu débito.

⁸⁹ (6) AMERICANO Jorge. Ob. cit. 91

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

2.8. Em caso de dúvida

No caso de dúvida, esta pode ser vista sob o ponto de vista do credor, do comprador e do sub adquirente de boa fé ou até mesmo se houve ou não dano *eventus damni*.

Das hipóteses levantadas, deve ser vista em primeiro lugar a referente ao dano, pois sem este não há fraude. Esta deve ser observada nos mínimos detalhes, requerendo uma atenção especial pelo credor, pois, a falta daquele pode levá-lo a propor uma ação sem que tenha havido o dano vinda a sucumbir na mesma.

A prova do *eventus damni* deve ser efetiva, concreta, visto que, a lei só legitima o credor á pauliana se este ficar devidamente provado nos autos, comprovando que houve dano efetivo do credor. Conclui-se, portanto, que sem este, o legislador não autoriza a pauliana; caso assim não fosse, haveria uma inversão nos princípios basilares do direito, não configuraria o princípio de dar a cada um o que foi seu.

Esta prova como foi visto no subtítulo Ônus da Prova, pode ser feita por todos os meios justos permitidos pelo direito.

Quando a dúvida refere-se ao credor, abre um campo muito grande para discutir a matéria, pois, a fraude pode ter casos que o devedor prevendo a sua insolvência em conclusão com pessoa de sua confiança, ou até com parentes, aumenta o seu passivo, para que no caso de seus bens serem contristados pelo poder judiciário, para satisfazer as suas obrigações, com aquele aumento o possibilita desviar parte de seus bens através daquele crédito fraudulento.

A prova de que o título é um título fraudulento, não é uma prova fácil de fazer, pois, o devedor normalmente maquina a formação do título orientado por advogado, que adequará totalmente, o ato à norma jurídica, o credor fraudante é buscado entre pessoas que têm boa estrutura econômica, justamente, para que se necessário for, provar a sua capacidade econômica, este tem suporte financeiro.

A capacidade econômica do credor pode ser provada por todas as espécies de provas permitidas em direito, porém, as mais requeridas são através do imposto de renda, visando caracterizar a espécie de rendimento do credor, se houve alguma venda de propriedade feita por esse, que justifique a origem da quantia constante no título de crédito, pois, este tem que Ter o fato gerador do dinheiro que em empréstimo, ou de alguma transação comercial feita

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

com o devedor. Não existindo nenhuma prova de origem daquele, torna-se vulnerável o próprio título à pauliana, pois, nessa hipótese esse título deve ser considerado ineficaz perante os demais credores.

A prova do crédito fraudulento é ônus imposto aos devedores interessados à ineficácia do, acima, referido título. Quando visar provar a validade do mesmo, o ônus da prova inverte-se, ficando a cargo do suposto credor fraudulento. Deixamos de aprofundar sobre a matéria, pelo fato de Ter sido estudada no subtítulo Ônus da Prova, ao qual remetemos ao leitor.

Porém, se não ficar robustamente provado que o comprador agiu de má fé, permanecendo a dúvida, deve-se aplicar ao comprador o brocardo jurídico do *in dubio pro comprador* de boa fé. Porque a boa fé, nos negócios jurídicos, é o elemento purificador do mesmo. Preferindo a lei o comprador de boa fé ao credor.

O mestre Alvino Lima, enfatizou: *A sua influência na disciplina e solução dos conflitos de interesse é quase sempre decisiva, no sentido de proteger os que agem lealmente., com probidade, ou na ignorância escusável das situações antijurídicas; em sentido contrário, a lei repele as pretensões dos que agem de má fé., impondo-lhes penalidades, restringindo-lhes as faculdades e poderes, ou proclame a nulidade, a anulação, ou ineficácia dos seus atos jurídicos; o princípio da boa fé constitui, pois, regra fundamental das relações humanas, que na constituição das obrigações, como na execução; quer na confecção dos atos jurídicos, como de um modo geral, em quaisquer atos que possam atingir os interesses de terceiros.*⁹⁰

Aliás, se o adquirente houve os bens do fraudador, mediante um ato, que os credores não puderam impugnar, a irrevogabilidade de tal ato é um obstáculo ao exercício da ação pauliana contra os atos sucessivos. Tício, por exemplo, comprou de boa fé do fraudador um objeto qualquer. A alienação é reconhecida como prejudicial aos credores, porque o fraudador sonou o preço, mas, não obstante isso, não pode ela ser impugnada pelos credores à vista da boa fé de Tício. Seria possível que uma Segunda alienação feita por Tício a Semprônio, cômico de má fé do primeiro vendedor, abrisse a porta revogatória, em benefício dos credores do mesmo? Não, porque sem revogar a primeira venda, os bens não tornam, nem por ficção, ao patrimônio do fraudador. E a primeira venda é irrevogável. Diga-se ainda que Semprônio

⁹⁰ (80) LIMA, Alvino. Ob. cit. pág. 10

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

tivesse notícia da má fé do fraudador, quando comprou de Tício. Responderá aquele, com razão: eu sabia também que Tício estava de boa fé, de outra forma dele não teria comprado.⁹¹

Quando a dúvida paira sobre o subadquirente de boa fé, as regras a serem aplicadas são as mesmas aplicadas ao comprador de boa fé. Como dito nas razões retro, a pauliana não o atinge porque com a aquisição do comprador de boa fé, o ato jurídico foi purificado. Por esse motivo a pauliana não atinge o sub adquirente, isto é, se a pauliana não atinge o comprador de boa fé, não poderá atingir o sub adquirente.

Aliás, para ilustrarmos a hipótese, damos o seguinte exemplo: Tício de má fé, ou como adquirente a título gratuito, eis que desaparece do primeiro ato o obstáculo ao exercício da ação pauliana. Se Tício aliena a Semprônio, é necessário ver de que natureza seja o título deste último: isto é, se está eivado de má fé. Negar aos credores do primeiro fraudador a ação revogatória contra Semprônio, adquirente de boa fé a título oneroso seria o mesmo que praticar uma grave injustiça contra quem nem pode ser responsável por nenhum fato ilícito, nem acusado de injusto locuplemento.

Entretanto, se pairar dúvida sobre a boa fé do sub adquirente de boa fé, deve aplicar a essa hipótese a mesma solução que seria aplicada ao comprador de boa fé, já visto neste mesmo subtítulo.

3. Garantia patrimonial

3.1. Considerações sobre o princípio da garantia patrimonial

Antes de adentrarmos no tema da garantia patrimonial entendemos que devemos antes de fazer um breve estudo do que venha ser patrimônio.

Patrimônio, derivado do latim *patrimonium*, de *pater*, originariamente quer o vocábulo significar os bens da família ou bens herdados dos pais.

Nesse restrito sentido, tinham-no, primitivamente, os romanos que chegava, mesmo, a distingui-los sob a denominação de família, simplesmente, ou de família pecúnia, conforme se registra nos fragmentos da XII Tábuas a respeito do Direito das Sucessões.

Aliás, aludindo ao patrimônio, primitivamente, os romanos chamavam-no de *res*. Foi esta a denominação mais antiga.

⁹¹ GIORGI, Giórgio. Ob. cit. nº: 309

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Diziam-no, também, bona, vocábulo pretórianos *in bona, venditio bonorum, bonorum passio*. E com esta expressão bona, que Paulo o definiu *bona intelliguntur conjusque quae deducto oere alieno supersunt*. (D. 50, 16, fr. 39, § 1º).

Patrimônio no sentido jurídico seja civil ou comercial, ou mesmo no sentido do Direito Público, por patrimônio entende-se o conjunto de bens, de direitos e obrigações apreciáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencentes a uma pessoa, natural ou jurídica, e constituindo uma universalidade.

O patrimônio, assim, integra o sentido de um complexo de direitos ou de relações jurídicas, apreciáveis em dinheiro ou com um valor econômico, em qualquer aspecto em que seja tido, isto é, como valor de troca, valor de uso ou como um interesse, de que possa resultar um fato econômico.

Nesta concepção, o patrimônio é considerado uma universalidade e direito, constituindo, assim, uma unidade jurídica, abstrata e distinta dos elementos materiais que o compõem, de modo que podem estes ser alterados, pela diminuição ou aumento, ou mesmo desaparecem, sem que seja afetada sua vida do titular dos direitos ou relações jurídicas que o formam.

A ideia de patrimônio está intimamente ligada à de pessoa, de modo que chegam a considerá-lo como o prolongamento da personalidade.⁹²

Nesta razão Planiol afirmou que:

- I – As pessoas somente podem ter um patrimônio;
- II – Toda pessoa tem necessariamente um patrimônio;
- III – Cada pessoa pode ter, unicamente um patrimônio;
- IV – O patrimônio é inseparável da pessoa.⁹³

Destas regras se infere que o patrimônio:

a. Assenta na própria natureza da pessoa, considerada como capaz de ser sujeito, ativo ou passivo, de direitos e obrigações, somente tendo aptidão para possuir bens ou assumir obrigações.

⁹² (104) PLÁCIDO E SILVA, de. Obra citada. Pág. 1.131

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

b. Que o patrimônio não significa simplesmente riqueza, pois, que pode ser constituído por direitos, que não se mostrem de valor positivo, embora apreciáveis economicamente, ou possam resultar num valor econômico positivo.

c. Que o patrimônio, desde que se apresente como universalidade, tem que ser único, embora, por uma ficção jurídica, se permitia seu fracionamento, como nos casos dos benefícios de inventário e na sucessão dos bens do ausente.

Somente assim, excepcionalmente, poderá o patrimônio ser dividido em massas distintas.

d. Quer então significar que a totalidade do patrimônio somente se separa da pessoa quando esta morre, porque nas alienações de bens que formam seu conteúdo não há transferência de patrimônio, mas de parcela dele.

Quando ocorre a transferência, por morte, até que passe aos herdeiros, o patrimônio recebe o nome de herança.

Em certas circunstâncias costumam denominar o patrimônio de bruto ou de líquido.

Vide estas expressões: Patrimônio em sentido restrito, é o vocábulo empregado para designar certa massa de bens, a que se deu um destino certo, ou que foi constituída ou composta com um apego especial. É o caso das fundações, cuja personalidade decorre da instituição patrimonial, em que foi erigida.

Aliás, no sentido mercantil, é comum empregar-se o vocábulo neste significado estrito como o conjunto de bens ou o ativo do comerciante.

Assim, no patrimônio compreende-se somente a soma de bens representada pelos direitos reais ou pelas obrigações ativas exigíveis.⁹⁴

O princípio da garantia patrimonial, é um instituto que tecnicamente deveria estar albergado no Direito material. Isto é, o Direito Material é o direito que estabelece direito e obrigações, sendo esta consequência daquele.

Apesar desta garantia está inserida no artigo 591 do Código de Processo Civil, que preceitua: *“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus*

⁹³ cf. (104) PLÁCIDO E SILVA, de vocabulário jurídico, Rio de Janeiro –RJ. Editora Forense S/A . 3^a ed. vol. III, pág. 1.3

⁹⁴ cf. (104) PLÁCIDO E SILVA, de. Ob. cit. pág. 1132-3

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”, entendemos que esta não corresponde às finalidades almejadas pelo diploma processual.

A sua presença no Código de Processo Civil, pode ser considerada tecnicamente estranha. Isto porque, este código é de caráter eminentemente instrumental, isto é, inerente ao ordenamento processual.

O grande mestre Amilcar de Castro, esboçando a tese apontada pelo Código de Processo Civil, defende brilhantemente a ideia da responsabilidade processual, defendendo-a com a argumentação de que a garantia *“surge entre o devedor e o juiz, tendo por objetivo bens determinados, presentes e futuros”*.⁹⁵.

Segundo aquele ensinamento, a responsabilidade processual é a que faz com que seja satisfeita a obrigação ou o débito, estabelecido entre o credor e o devedor, sendo o seu escopo, a satisfação da obrigação através de um bem determinado.

Entretanto, discordamos com a tese defendida pelo referido mestre, porque, entendemos que o supratranscrito artigo, deveria Ter sido sediado no Código Civil, e não no Código de Processo Civil. Isto porque, cria regra no sentido de estabelecer direitos para o credor as obrigações para o devedor. Estas regras são características do Direito Material, pois, só ao Direito Material é dado o poder de impor regras estabelecendo por finalidade, a instrumentalidade para a aplicação do direito ao caso concreto, isto é, por q disposição dos litigantes os instrumentos hábeis para que seja aplicada a lei ao caso concreto, submetido a julgamento.

O mencionado princípio no Direito Italiano e no Direito Francês está inserido no Código Civil. Isto porque, foi tecnicamente inserido no código certo.

O conteúdo do artigo 591 do Código de Processo Civil Brasileiro, nada mais é do que a tradução do artigo 2.740 do Código Civil Italiano: *“Il debitore risponde dell’ adempimento delle obbligazioni con tittu i sui beni presenti e futuri”*.

Tradução: O devedor responde pelo adimplemento de suas obrigações, com todos os bens presentes e futuros.

⁹⁵ (37) CASTRO, Amilcar. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo SP. Editora Revista dos Tribunais. Vol. VIII- 1975. Comt. Ao art. 591.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Portanto, o artigo 591 do Código de Processo Civil Brasileiro é uma simples cópia deste artigo do Código Civil Italiano.

José Alberto dos Reis observa com absoluta propriedade as regras contidas no artigo 601 do Código Civil Português de 1966, que são as seguintes: “A) aquele que obrigou pessoalmente tem que cumprir as obrigações contraídas às custas de todos os seus bens móveis e imóveis, presentes e futuros; B) os bens do devedor são garantia comuns dos seus credores, que têm o direito de ser pagos por igual, salvo se houver causas legítimas de preferência”.⁹⁶

3.2. Responsabilidades do devedor

As responsabilidades do devedor, sob o aspecto focado com a fraude contra credores, são inúmeras, merecendo serem enfocadas uma a uma, devido a importância de cada uma delas.

Para melhor compreensão destas responsabilidades no Instituto da Fraude Contra Credores dividimos a da seguinte forma: a responsabilidade patrimonial; b responsabilidade nos atos onerosos; c. responsabilidade perante o comprador de boa fé; d. responsabilidade perante o comprador de má fé; e. Responsabilidade perante o sub adquirente de má fé.

A) A responsabilidade patrimonial do devedor pelas dívidas assumidas é total, isto é, responde por todos os bens presentes e futuros que possuir. A dívida assumida por aquele, influi diretamente nos seu poder de disposição de seus bens. Estes representam a tranquilidade e a segurança do credor.

Deixaremos de discorrer mais detalhadamente sobre a matéria, porque já enfocamos esta no subtítulo anterior ao tratarmos do princípio da responsabilidade patrimonial ao qual remetemos o leitor.

B) A responsabilidade do devedor nos atos onerosos. Esta espécie de responsabilidade gera dupla responsabilidade para o devedor, isto é, em relação ao credor e ao comprador. Porém, neste parágrafo iremos estudar somente a responsabilidade relacionada com o credor e o efeito produzido pelo ato fraudulento.

⁹⁶ (5) ALBERTO DOS REIS, José. Processo de Execução. 2ª tiragem. Coimbra. Ed. Coimbra, 1982. Com art. 601

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Ato oneroso é o ato jurídico bilateral, que gera obrigações para os agentes que o executarem. Portanto, para que este ato seja revogado é necessário que fique provado na revogatória que houve maquinação entre o comprador na realização do ato, a fim de provocarem prejuízo ao credor, ou que a insolvência do devedor seja notória, ou seja evidente e transparente, não podendo ser ignorada, pois é tecnicamente conhecida por “consilium fraudis”, já estudado no Capítulo I, onde o tratamos com ênfase, ao qual o leitor deve se remeter.

No caso de ficar comprovado o “consilium fraudis” entre o comprador e o devedor fica o ato vulnerável à ação pauliana. O ato pode ser revogado pelo credor, via ação pauliana e tem como efeito a reintegração dos bens vendidos do patrimônio do devedor.

Uma vez reintegrados ao patrimônio do devedor, estes bens, passaram a ser objetivo de execução forçada. Sendo estes vendidos, o resultado dessa venda forçada através de leilão ou praça, será revertido em benefício dos credores, ou seja, o produto daquela será distribuído entre os credores, na proporção de seus créditos.

Com isso confirma a responsabilidade patrimonial do devedor inculpido no princípio da responsabilidade patrimonial, já estudada em subtítulo anterior.

C) A responsabilidade do devedor perante o comprador de boa fé, caso o ato venha a ser revogado pelo credor através da ação pauliana, é total. Ressaltamos que, a primeira vista, os atos praticados de boa fé pelo comprador são vulneráveis pela ação pauliana, entretanto a doutrina e a melhor hermenêutica pátria e internacional põe a salvo aquela aquisição.

Podem ocorrer casos de insolvência aparente e a sua notoriedade ser ampla, entretanto, o comprador de boa fé, por sua falta de cultura ou inexperiência, vem adquirir bens do devedor insolvente. Entretanto, esta condição de ignorância não obsta a revogação do ato pela pauliana, porém abre uma porta para este comprador pleitear contra o vendedor o ressarcimento dos prejuízos advindos com aquela compra.

O direito não permite o enriquecimento sem justa causa, repudiando assim o enriquecimento ilícito. No direito Pátrio não há abrigo para falcatruas, portanto, a sua regra é a de que seja punida com o máximo rigor.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A solução indicada para o problema é a da responsabilidade civil, pois, o dano resulta do contrato entre o vendedor fraudante e o comprador de boa fé. Portanto trata-se de uma responsabilidade “Contratual”, derivada de um contrato pelo qual se transferiu a propriedade dos bens do devedor para o comprador (neste caso de boa fé), sendo depois revogada tal venda pela Ação Pauliana.

Calcado no princípio que proíbe o enriquecimento ilícito, deve o comprador de boa fé tentar ressarcir as perdas e danos advindos com a compra do bem. Porém, nem sempre é possível o ressarcimento dos prejuízos deste comprador, porque o devedor se desfaz dos bens, justamente por saber que o valor dos mesmos são inferiores ao débito.

Deve-se observar que determinados acontecimentos podem alterar a situação econômica do devedor. Dentre esses casos poderemos citar os seguintes: a) herança; b) ganho em loterias; c) recebimento de prêmio de seguro; d) sucesso em transações comerciais.

Nestes casos haverá uma alteração positiva do patrimônio do devedor fraudante, possibilitando o aludido comprador ser ressarcido nos danos que lhes foram causados, desde que prove a ocorrência de algum dos acontecimentos acima descritos. A ação indicada para o caso é a Ação de Indenização para Ressarcimentos de Danos.

Uma vez provada a boa fé do mencionado comprador, o norte indicado pelo direito pátrio, é que o patrimônio violado do mesmo seja restaurado em seus mínimos detalhes da melhor maneira possível, visando assim, sanar os prejuízos advindos a este comprador. Assim não ocorrendo o direito não estará cumprindo a sua finalidade social, de dar a cada um o que é seu.

Quando se trata de comprador de má fé, o devedor não terá responsabilidade alguma para com o mesmo. Isto porque o comprador de má fé compra os bens do vendedor fraudante sabendo de sua situação financeira deste, ciente de que o ato irá reduzir o mesmo a insolvência ou agravá-la.

Neste caso o comprador de má fé participa diretamente da fraude, da maquinação da mesma junto com o vendedor. Nos casos em que a insolvência do vendedor é notória, o comprador referido, compra o bem entusiasmado pela vantagem do lucro exorbitante, portanto ao comprar ele assume o risco, sendo considerado como se estivesse agindo em “consilium fraudis” com o vendedor fraudante.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Nesta hipótese, temos o *consilium fraudis* direto e indireto daquele comprador com o vendedor. No *consilium fraudis* direto o comprador age diretamente com o vendedor, ajudando-o na maquinação fraudulenta. No “*consilium fraudis*” indireto temos a participação indireta do comprador, havendo apenas circunstâncias que evidenciam a insolvência do vendedor, tornando-a notória, ou ainda quando há entre este amizade íntima ou parentesco, caracterizando nestes casos que o comprador deve ter ou tem conhecimento da insolvência do devedor.

Nestes casos, o comprador tem conhecimento da situação financeira do vendedor porém assume o risco, não desistindo da compra.

A esta espécie de comprador, não é assegurado nenhum direito de reembolso por parte do vendedor, pois como dissemos anteriormente, o nosso direito repudia os atos ilícitos, e aqui ocorre que ambos agiram com o fim de prejudicar o credor. Mesmo que o vendedor fraudante venha a adquirir patrimônio que possa satisfazer o comprador, devendo o mesmo arcar com o seu prejuízo.

A responsabilidade do devedor perante o sub adquirente de boa fé. A responsabilidade do devedor e do comprador direto, perdura em relação ao sub adquirente e o credor de boa fé. Não obstante a revogação nesta hipótese é impossível. Porém, é necessário que nos casos apontados para o comprador de boa fé, serão também revogáveis a aquisição deste sub adquirente. Isto se dá normalmente nos casos quando é público e notório que o ato de compra do comprador direto foi realizado em *consilium fraudis* com o vendedor.

Mesmo quando o subadquirente de boa fé, compra o bem do comprador de má fé por falta de cultura ou inexperiência, não impedirá que o credor obtenha êxito na ação pauliana, pois, o comando da lei presume que o sub adquirente deveria Ter conhecimento da situação financeira do vendedor e do comprador direto. Portanto, em relação a isso a lei é silente.

Uma vez provada a boa fé do sub adquirente, o vendedor e comprador direto serão responsáveis pela restauração do patrimônio do sub adquirente violentado pelo ato daqueles. Logo a lei garante a restauração do patrimônio do subadquirente de boa fé, caso aqueles vendedores tenham algum patrimônio ou venham a Ter no futuro.

As regras aplicadas para a restauração do patrimônio desse são as mesmas do adquirente de boa fé, tratadas anteriormente.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

D) Responsabilidade do devedor perante o subadquirente de má fé. Perante a esse sub adquirente, o vendedor e o comprador direito de má fé não terão responsabilidade alguma, pois, se o sub adquirente agiu de má fé, ele tem conhecimento que o comprador direito comprou o bem de má fé, sabendo da situação financeira do vendedor primitivo, ou da participação deste com aquele.

As regras aplicadas a esta hipótese são as mesmas aplicadas ao comprador de má fé.

3.3. Responsabilidade do espólio, feita a partilha

O inventário tem por escopo apurar a liquidez da herança, isto é, ver o que cabe a cada um dos herdeiros, porém só após realizadas todas as obrigações do de cujus. Não obstante enquanto não forem pagas as suas dívidas, não há que se falar em herança.

A primeira fase do inventário é a fase de liquidação, a de retirar do inventário os bens e os direitos de terceiros que estavam em poder do de cujus.

Comentando o § 1º do art. 1.796 do CC, o mestre nos ensina que. Quando antes da partilha for requerido no inventário, o pagamento de dívidas constantes de documentos revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova válida, o juiz mandará reservar em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha recair oportunamente a execução. No parágrafo 2º (evidencia-se que) no caso figurado no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança dentro do prazo de 30 dias, sob pena de tornar de nenhum efeito a providência indicada.⁹⁷

Observando assim, que naquele artigo o legislador registrou os requisitos exigidos do credor para fazerem uso do seu direito para cobrar o seu crédito, isto é, os documentos que provam as dívidas do de cujus, devem estar revestidos das formalidades legais. A prova daquela obrigação, deve ser constituída de forma robusta, ou seja, por documento que exige a lei para a prova da mesma.

O mestre Pontes de Miranda, refuta a terminologia usada no início do caput do artigo 1.796 do CC., dizendo: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido”, com a

⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, F.C. ob. cit. pág. 290

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

seguinte argumentação: “No dizer-se “a herança responde” está impropriedade gritante, porque só responde essa, e não há personalidade da herança, antes patrimônio do defunto.”⁹⁸

Prosseguindo enfatiza aquele mestre: O texto do artigo 1.796 do Código Civil desatende a que não há no sistema jurídico, o que havia no direito comum, a separação entre delação e aquisição da herança. A delação era o oferecimento da herança ao herdeiro, ou aos herdeiros. Somente com a adição da herança. A exceção que havia era a favor de sui heredes, com a automaticidade, ressaltando o beneficium abstinend. Isso com a influência histórica do direito germânico passou a todos os herdeiros, no sistema jurídico brasileiro. Daí não haver, em verdade hereditas jacens. Apesar do defeito de terminologia do Código Civil. O estado é herdeiro legítimo.⁹⁹

Naquela fase não surge a responsabilidade dos herdeiros do “de cuius” pelo pagamento das dívidas destes. Isto é, os herdeiros não receberão os quinhões que teriam direito na partilha dos bens, sendo que a responsabilidade destes só surge após aquele recebimento. Se assim não fosse os herdeiros estariam herdando só as dívidas do “de cuius”. O legislador pátrio sabiamente isentou estes de quaisquer responsabilidades se não receberem nenhum pagamento da herança.

Nota-se que, o vencimento da dívida, pode ocorrer antes ou após o falecimento do devedor. Em ambos os casos a execução deverá ser contra espólio. No caso da execução já ter sido iniciada antes do falecimento do devedor, esta passará a ser feita contra o espólio, pois, este representa o acervo hereditário ou simplesmente o monte dos bens deixados pelo falecido. No segundo caso a execução será proposta contra o espólio do devedor falecido.

Alcides Mendonça Lima vem ressaltar que as “dívidas do falecido só podem ter sido vencidas em vida dele ou posteriormente. No primeiro caso, a execução já pode ter sido ajuizado, no segundo, será ajuizado no momento oportuno. Numa ou noutra hipótese, a execução passará ser contra o espólio representado pelo inventariante (se não for passivo), prosseguindo com ele ou sendo movida desde o início contra o mesmo”.

O herdeiro querendo, pode ingressar como litisconsorte (art. 46).¹⁰⁰

⁹⁸ (110) PONTES DE MIRANDA, F.C., ob. cit. pág. V. 60 p. 290

⁹⁹ (110) Ibidem.

¹⁰⁰ (79) LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários as Código de Processo Civil. Editora Forense S/A, Rio de Janeiro RJ., 1ª edição 1974, vol. V pág. 544-5.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Porém, uma vez realizada a partilha-pagamento das outras partes dos herdeiros, a herança deixa de responder como um todo em comum, para cada herdeiro, responde pela sua outra parte recebida, isto é, cada herdeiro, responde pela dívida do “de cujus” até o valor da sua parte. Estas são as regras contidas na parte final do caput do art. 1979 do CC, que dispõe: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube”. Esta regra deve ser obedecida, pois, é explícita e de forma imperativa, não admitindo interpretação diferente.

Um aspecto que não podemos deixar de enfatizar é como devem ser executados os herdeiros após a partilha. À primeira vista, nos dá a impressão de que são todos solidários na dívida do falecimento para com o credor. Porém, o bem de um não responde pela parte do outro. Não há solidariedade entre as partes daqueles, respondendo cada um por si.

Assim, o credor poderá propor ação executiva contra todos os herdeiros para receber o seu crédito na proporção que cada um recebeu sua herança, haverá litisconsórcio passivo, mas, não há solidariedade.

Aliás: - *“Os herdeiros, depois da partilha, não são executados solidariamente, embora possa ser estabelecido litisconsórcio passivo, mas a responsabilidade é de cada um sobre os bens que hajam recebido do falecido. Os bens não respondem pela parte do outro”.*

101

O credor tem por direito receber todo seu crédito, ou seja, toda a herança, só indo para os herdeiros do falecido o que sobrar após o pagamento dos credores.

Em relação ao usufruto sabemos que este é um bem passível de ser avaliado e, os seus frutos penhoráveis enquanto o usufrutuário viver. Morrendo este, o usufruto consolida-se nas mãos do nu-proprietário, para que o mesmo tenha a propriedade plena do bem.

Nesta hipótese, se a nua propriedade foi doada pelo usufrutuário em fraude contra credores, o que deve ser pleiteado pelo credor é a revogação da doação através da ação pauliana.

Na hipótese do usufruto não entrar na sucessão hereditária, não há que se falar em responsabilidade dos herdeiros pelo usufruto dos bens usufruídos pelo falecido. Isto porque,

¹⁰¹ (79) LIMA, Alcides de Mendonça. Ob. cit. pág. 597

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

com a morte extingue-se o usufruto, só podendo ser transferido por alienação ao proprietário. Com a morte do usufrutuário, o bem se incorpora á nua-propriedade passando ao proprietário o direito pleno de propriedade.

No caso de doação com reserva de usufruto, se esta tiver sido realizada em fraude contra credores, ao credor não resta outro caminho a não ser propor a Ação Pauliana para revogar aquele ato.

Uma vez provado o dano, se torna meio eficaz para a revogação daquele ato, pois, pelo simples fato de doação ser um ato gratuito, presume-se que foi celebrado em fraude contra credores..

3.4. Exceções á garantia patrimonial

A regra insculpida no princípio da responsabilidade patrimonial do devedor obriga o devedor responder com todos os seus bens, presentes e futuros, por suas dívidas. Observamos que este princípio já foi estudado no item 3.1 deste capítulo.

Os bens excluídos da penhora configuram-se em uma exceção aquele princípio, e só será admitida nos casos em que a lei autoriza expressamente, ou seja, nos casos que a lei delimita quais são os bens impenhoráveis ou inalienáveis.

A lei não pode ser omissa quanto as exceções à garantia patrimonial, sob pena de se tornar inócua. Inobstante havendo tais dispositivos, não haverá dúvida que os bens enumerados pela lei não poderão ser expropriados, através de execução forçada.

Essa exceção pode ser absoluta ou irrenunciável. Sendo a impenhorabilidade uma limitação ou restrição ao conceito de penhorabilidade, a exceção será absoluta irrenunciável, quando o poder expropriatório do estado é proibido de forma tal, que mesmo o devedor querendo, não poderá abrir mão daquele bem ou direito.

Como exemplo pode citar o patrimônio inerente aos direitos cívicos, ao direito do homem, quando relacionar-se com os direitos da família o usufruto (só pode ser penhorado os seus frutos), a impenhorabilidade e a inalienabilidade dos bens por ato de vontade de seu instituidor.

As exceções absolutamente renunciáveis, são ao contrário destas, permitem o livre arbítrio do devedor, pode este renunciar ou não determinado bem, direito ou benefício legal.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Porém em relação ao credor esta exceção é absoluta, matéria que será estudada oportunamente.

Estas exceções consubstanciam-se nas regras inseridas no artigo 649 e seus incisos do Código de Processo civil, que dispõe:

Art. 649. São impenhoráveis:

I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeito à execução;

II – as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante 1(um) mês;

III – o anel nupcial e os retratos de família;

IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;

V- os equipamentos dos militares;

VI – os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro;

VIII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;

IX – o seguro de vida;

X – o imóvel rural, até o módulo, desde que seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

Com relação aos bens acima citados, entendemos que, há alguns que são absolutamente impenhoráveis e renunciáveis, ou seja, o devedor beneficiado com a impenhorabilidade pode renunciar esta.

Nos casos previstos nos incisos II, VII, IX, do supratranscrito artigo podem ser renunciados dependendo do livre arbítrio do devedor. Esta renúncia pode ser feita expressa ou tácita.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A renúncia é tácita quando aqueles bens são penhorados arbitrariamente, e o devedor deixa que os mesmos sejam levados a leilão, ou a praça, sem que se oponha a mesma com embargos de terceiros.

Nosso entendimento alinha-se com o entendimento do preclaro mestre Pontes de Miranda, que ao lecionar sobre a matéria enfatizou: Todos os casos do artigo 649 não podem objeto de renúncia prévia, extraprocessual ou não. Sempre que o devedor poderia mudar, a seu talento, a qualidade do bem, é possível anuir ao ato da nomeação que é como se fosse execução voluntária (sem no ser, porque se trata de ato processual de início de execução forçada). Por isso, é sempre alegável, e.g., a impenhorabilidade, até a decisão final passar em julgamento, dos bens inalienáveis (art. 649,I) sem renúncia possível.¹⁰²

As melhores hermenêuticas de nossos tribunais entendem que nos casos em que o devedor beneficiado pela impenhorabilidade daqueles bens, deixar de arguir a sua impenhorabilidade no momento oportuno, fica caracterizada a renúncia.

Não é de hoje que os tribunais vêm decidindo neste sentido. O próprio mestre acima referido cita o acórdão do R.T. 26/561, cujo entendimento resume-se nos seguintes: “*entendeu que a nomeação do bem pelo devedor importa renúncia ao privilégio do artigo 649, II, IV, VII e IX, esse entendimento, é o entendimento atual dos tribunais dos Estados da Federação*”.¹⁰³

Dentre os bens absolutamente irrenunciáveis, encontram-se o usufruto. Este é o impenhorável, porque só pode ser transferido ao nu proprietário, sendo admitida apenas a penhora de seus frutos.

Além daquelas exceções vamos encontrar uma variedade de outros bens impenhoráveis, registrados no Código Civil e em leis esparsas, cujos principais são os bens objetos de penhor ou hipoteca, os bens constituídos por cédulas de crédito rural (Dec. Lei 167, de 14-02-67, art. 69), devidamente registrados no registro de imóveis (art. 167 daquele decreto), dentre outros.

Há diversas polêmicas quando se trata de impenhorabilidade e cédulas rurais, em relação a crédito tributário. Ao discorrer sobre a matéria, o mestre Cahali registrou: “*Acórdão*

¹⁰² (111) PONTES DE MIRANDA, F.C. Comentários ao Código de Processo Civil. Art. 649, pág. 174

¹⁰³ (153) RT. 26/561

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

*isolado pretendeu que a impenhorabilidade dos bens objetos 167/67, prevalece até contra a Fazenda nacional”.*¹⁰⁴

Também está assentado na jurisprudência que a impenhorabilidade dos bens vinculados à cédulas de crédito industrial, prevista no artigo 57 do Dec. Lei 413 de 09-07-69, não atinge a execução fiscal; crédito fazendário goza de privilégios, dispõe poder prevalecer em detrimento do princípio que garante a Fazenda Pública; o Decreto Lei 413/69, em seu artigo 57, não revogou o privilégio fazendário, nem terá determinado a impenhorabilidade absoluta. Ademais, o Código Tributário Nacional é Lei Complementar, só podendo ser alterada por outra Lei Complementar, perdendo relevo a discussão sobre a hierarquia das leis (Código Tributário e Execução Especial).

Em outros termos não havendo o art. 57, Dec. Lei 413/69, estabelecida a impenhorabilidade absoluta dos bens vinculados à cédula de crédito industrial, não corre, no caso, a exceção prevista na parte do artigo 184 do C.T.N, prevalecendo, portanto, o privilégio do Crédito Fiscal.¹⁰⁵

Os bens gravados com cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade são absolutamente impenhorável, normalmente constituído através de doações que impõem aquelas condições.

Em regra não se admite que a penhora recaia sobre os mesmos, ou sobre bens subrogados. Esta regra vem disposta no artigo 1.676 do Código Civil, e no Dec. Lei 6.777/44.

Assim, preceitua o art. 1.676 do Código Civil: A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

A regra do artigo supratranscrito é absoluta e irrenunciável, porém limitada pelo próprio texto em sua parte final, que diz: salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos nos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

¹⁰⁴ (23) CAHALI, Yussef Said. Ob. cit. pág. 24-5

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Neste final, temos uma exceção quanto à expropriação por necessidade e utilidade pública e pelas dívidas provenientes de impostos sobre os respectivos imóveis. Assim, a própria impenhorabilidade absoluta tem exceção à sua regra nos casos que a lei faculta.

Outra forma de limite ao princípio da garantia patrimonial e aquela feita pelo próprio devedor ao exercer o seu direito de propriedade, estas por sua vez podem vir a constituir a fraude contra credores, isto ocorrerá toda vez que o devedor exercer seu direito de propriedade em estado de insolvência ou se torne insolvente com tal ato, resultando o eventus damni.

Outras limitações ao princípio da garantia patrimonial, exercida pelo próprio devedor são: a) hipoteca; b) limitação convencional da responsabilidade; c) alienação fiduciária. Estas três limitações serão analisadas a seguir:

A) A hipoteca é a garantia real que o devedor dá ao credor hipotecário, ao assumir uma dívida para caso não venha pagar aquela no dia aventado, a execução forçada recaia sobre o bem dado em garantia.

Com essa garantia os demais credores só poderão ser beneficiado, através de execução forçada sobre aquele bem, se o valor do mesmo ultrapassar o valor da dívida hipotecária. Neste caso, o bem não ficará excluído da expropriação judicial pelo credor quirografário, após o resultado do leilão, sendo suficiente para pagar a hipoteca e sobrar, esta sobra poderá reverter para satisfazer outros credores.

O privilégio do credor hipotecário é garantido pela hipoteca e obriga os demais credores a notificá-lo. Caso a penhora venha recair sobre o bem doado em garantia hipotecária a aquele deve ser notificado tanto da penhora quanto do leilão.

No caso específico do leilão ser realizado sem que o credor hipotecário seja notificado, a lei impõe como ônus, a ineficácia da arrematação em relação àquele.

Esta regra está inserida no bojo do artigo 826 do Código Civil, nos seguintes termos: Artigo 826. A execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóvel gravado por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução.

¹⁰⁵ (23) Ibidem

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A interpretação deste artigo, pela doutrina e pelos tribunais, tem entendido que a arrematação feita sem a notificação dos credores hipotecários, não tem o poder de anular a hipoteca, permanecendo a garantia patrimonial.

Com acerto o mestre Amilcar de Castro ensina: A arrematação realizada sem a intimação do credor hipotecário não extingue a hipoteca e por isso mesmo, não é nula. O artigo 826 do C.C. dispõe que a arrematação “não é válida”, o que quer dizer é que não será operante relativamente ao credor hipotecário, precisamente porque o imóvel arrematado, bem como de arrematante continua sujeito a ser penhorado mediante requerimento do credor hipotecário não intimado, pois, a arrematação, como ato processual nunca é nula de pleno direito, como podem ser os atos extrajudiciais, conquanto possa ser inoperante. O arrematante dono do imóvel arrematado será tido como responsável por débito alheio (do devedor executado), porque, a arrematação levada a efeito sem intimação do credor hipotecário, é inoperante relativamente a este, não obstante seja válida entre o executado e o arrematante.¹⁰⁶

A 3ª Câmara do TSCSP decidiu: Por conseguinte, se o credor hipotecário nunca teve posse do imóvel, e este garante seu crédito, tanto continuando na posse do imóvel, e este garante seu crédito, tanto continuando na posse do executado como passando para terceiro, por intermédio da arrematação, e se também a transmissão da propriedade em nada altera qualquer das ações do credor, não há razão para que este tratar de anular a arrematação.¹⁰⁷

Vários tribunais têm seguido aquela doutrina para dar solução a estes problemas. Nos casos em que o credor hipotecário, tenta anular a arrematação, a doutrina tem considerando como parte ilegítima, (ilegitimidade ativa), para a hipótese de anular a arrematação. Portanto, segundo aquele entendimento, quem detém a legitimação ativa para aquele fim é o arrematante.

B) A limitação convencional da responsabilidade repousa, no princípio da autonomia da vontade, ou melhor, da liberdade das partes de estipularem convenções. É o princípio adotado pelas legislações do Sistema Germânico-Romano, pelo qual as partes tem total liberdade para manifestarem sua vontade no momento em que vão celebrar um contrato, limitando-se somente pelo interesse público.

¹⁰⁶ (37) CASTRO, Almicar de, ob. cit. pág. 327

¹⁰⁷ (154) Ac. 85.380 TASP.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Constitui-se assim a limitação convencional da responsabilidade, estipulando as partes contratantes o limite da garantia patrimonial do devedor ao assumir o seu débito, consentindo, no acordo entre devedor e credor, de que, no caso de inadimplemento da obrigação a execução forçada do atinja determinados bens excluindo os demais.

O mestre italiano Ferrara enfatizou a respeito desta limitação: Pretendem alguns que tal promessa deve ter eficácia, pois a execução forçada é posta em atividade pela vontade do credor e tende a realizar um direito privado; contudo, parece mais correto atribuir a tal convenção uma eficácia obrigatória relativa, na medida em que a execução forçada, como exercício do poder público em defesa do direito privado, não pode ser vinculada ou dificultada em seu curso; mas o credor deve ser compelido ao ressarcimento, se violado o ajuste, age sobre aqueles bens que havia prometido respeitar.¹⁰⁸

Portanto, impera o estabelecimento entre as partes, o que foi acordado entre as mesmas, devendo por elas ser respeitado, pois este acordo faz a lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

C) A Alienação Fiduciária em garantia tem pôr escopo garantir o cumprimento de um financiamento de bens móveis. Adotada também para garantia de parcelamento de débitos previdenciários. Suas regras vêm estabelecidas na lei 4.728 de 14-07-65, modificada pelo Decreto Lei 911 de 01-10-69.

Nesta alienação há o devedor fiduciante e o credor fiduciário. Esta é realizada através da transferência do bem dado em garantia do adimplemento da obrigação assumida para com aquele. O devedor fiduciante permanece na posse direta do bem, na qualidade de usuário e depositário. O credor fiduciário fica com a posse indireta do bem, com o seu domínio resolúvel.

Resolúvel porque com o adimplemento total da obrigação assumida, torna-se sem efeito aquela transferência vinda àquele bem incorporar-se novamente ao patrimônio do devedor fiduciante.

A penhorabilidade dos direitos do devedor fiduciante sobre o bem gravado com a alienação fiduciária é um tanto polêmica, tanto na doutrina, como em jurisprudência dos nossos tribunais.

¹⁰⁸ (61) FERRARA, Francisco. Simulação no Negócios Jurídicos. São Paulo SP. Editora Saraiva S/A . pág. 872

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A corrente radical só admite sua penhora pelo credor fiduciário, nos casos que a lei permite. Isto é, para que este possa exercer seu direito de execução, só poderá se abrir mão do seu privilégio sobre o bem transferido fiduciariamente, nivelando-se aos credores quirografários.

A corrente liberal parte do entendimento de que o direito do devedor fiduciante é possível de ser alienado poderá ser penhorado. Aludem que o princípio da garantia patrimonial determina que o devedor deva responder com todos os seus bem, presentes e futuros.

Observamos que no sentido exposto, bem são todas e quaisquer coisas ou direitos passíveis de serem avaliados. Assim, a corrente liberal adequa se esse mesmo direito ou coisa for passível de venda também poderá ser penhorado.

Esta corrente reforça a sua posição no fato de que uma vez pago o credor fiduciário, a propriedade volta ao devedor fiduciante. Se há relação de valor entre o bem fiduciário e o débito, se aquele tiver valor maior do que o débito a esta vinculado, esta diferença pertence aos demais credores e não unicamente àquele.

Outro aspecto que deve ser observado, é que uma vez inadimplente o devedor fiduciante pode o credor fiduciário fazer a busca e apreensão do bem e vendê-lo. Porém, a diferença para mais do crédito, tem de ser devolvido para aquele.

A lei prevê nestes casos esta devolução porque, credor fiduciário ao aceitar a garantia, presume se aceitá-la se for superior ao crédito a ser liberado.

3.5. Bens do devedor em poder de terceiros

No Direito Pátrio, a penhora de bens do devedor em poder de terceiros, não é novidade, encontra-se registrada nos artigos 520 e 521 do Regulamento 737, de 1850:

Art. 520. A penhora de bens do executado poder-se-á efetuar onde quer que se achem os bens do executado, ainda que repartição pública, mediante, neste caso, requisição ao chefe respectivo observadas as formalidades prescritas no regulamento ou repartição.

Art. 521. Para que a penhora recaia em dinheiro existente em mãos de terceiros, notificar-se-á este para que não pague ao executado.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

§ 1º. Se o terceiros confessar o débito será havido como depositário para os efeitos legais;

§ 2º. Se negar o débito em coluno com o devedor, a quitação que este lhe der não poderá ser oposta a terceiros;

§ 3º. O herdeiro exonerar-se-á da obrigação depois de depositada a quantia devida.

O Código de Minas Gerais trazia a matéria inserida no corpo do art. 1.339, que rezava: Para que a penhora se fizesse em bens do executado, estivessem ele em poder de terceiros, era necessário que a parte requeresse e isso constasse do mandado, sob pena de responsabilidade dos oficiais das diligências.

O Código do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 2.166, e do Estado do Ceará, artigo 1.184, trazia nestes artigos os mesmos dizeres do artigo 1.339, do Código de Minas Gerais, supratranscrito.

No Direito Alemão, o preclaro mestre Lopes da Costa, ao referir-se àquele, registrou calcado em Rosemberge, o seguinte: No processo alemão, para que se faça a penhora em bens do executado sob poder de terceiros é necessário que este prontifique fazer a entrega. Ao contrário, o que se penhora é o direito do executado à entrega da coisa. Prosseguindo enfatiza aquele mestre: No Direito Italiano, o executado e o terceiro são intimados a comparecer em juízo, no dia designado pelo pretor”. Se o terceiro comparece e confessa faz a penhora. Se não comparece, ou se recusa a fazer alguma declaração, o juiz pode considerar essa resistência como confissão ficta, atendendo aos elementos de prova que o credor exequente oferecer. Se comparecer e contesta, estabelece-se então um processo de ação, com procedimento ordinário, onde a questão será decidida. No Direito Francês, a penhora de coisa sob o poder de terceiro faz-se com a mesma forma da penhora de créditos a saisie arrêt. O terceiro, como no direito italiano é intimado a vir a juízo informar. Revel ou recusando-se a prestar declarações, o juiz desde logo o julga obrigado à restituição da coisa ao executado e, pois, responsável perante o Exequente. Declarando e sendo contestada sua declaração, instaura-se um juízo entre ele, como réu, e o credor exequente como autor.¹⁰⁹

¹⁰⁹ (81) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito Processual Civil Brasileiro. Editora Forense S.A. Rio de Janeiro RJ. Ed. 1959. Pág. 155-6

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O Código de Processo Civil e Comercial, Decreto Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939, trás a matéria regulada nos artigos 932 e 937 e seus parágrafos, correspondentes aos artigos 520 e 521 do regulamento 737 de 1850, supratranscritos.

Frente a fragilidade da norma em termos de garantia ao terceiro, registram-se severas críticas de célebres juristas da época.

Dentre as críticas mais severas destacamos a do mestre Lopes da Costa: “Está se vendo que a penhora de bens em mãos de terceiros não pode ser regulada com a leviana simplicidade com que nossos legisladores têm agido”.

Absurda era a regra do Código de Minas Gerais, no citado dispositivo, considerando bastante, para a realização da penhora, a declaração do exequente.

Normal é que este a faça, pois, a execução é de seu interesse. O do executado seria apenas ocultar esses bens. Mas o que não é admissível é que essa nua declaração seja suficiente para autorizar a diligência. É pela detenção dos bens que o oficial de justiça se guia na penhora das coisas em mãos do executado. A simples guarda lhe serve de sinal exterior de domínio.

Porque então quando na guarda esteja o terceiro a ela não atribuir a mesma significação?

Efetuada a penhora, sem que se apure o direito do executado aos bens em questão, Ter-se-á arbitrariamente e injustamente alterado a situação jurídica do terceiro, que esbulhado de sua posse, terá que assumir a posição de autor, na ação de embargos que propuser.¹¹⁰

Prosseguindo enfatiza: *“Deve-se, para evitar esse absurdo, aplicar à penhora de coisas em geral sob poder de terceiro, a mesma regra que o Código estabeleceu para a penhora em dinheiro do executado, no art. 937 – faz-se a penhora, se o terceiro confessa que a coisa pertence ao executado”*.

Não confessando, o que se pode penhorar é o direito do executado à restituição.

A penhora então terá a forma de penhora de crédito. O razoável é que se procedesse como na legislação francesa e italiana, liquidando-se logo a questão, como incidente do processo. Mas no silêncio de nosso Código isso é impossível.

¹¹⁰ (81) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Ob. cit. pág. 155-6

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Aquelas assertivas podem ser adequadas em parte ao código de Processo Civil vigente. As regras que regulam a matéria estão dispostas no corpo do caput do art. 591 e no artigo 591, inciso III vazado nos seguintes termos:

Art. 591. “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, como todos os seus bens presente e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

III- do devedor, quando em poder de terceiros.

Estes dispositivos, não fazem nenhuma restrição à penhora de bens do devedor em poder de terceiros. O legislador simplificou mais ainda esta penhora, a fim de dar maior garantia ao credor, assim, estes bens serão penhorados como se não estivesse em poder de terceiros.

Nas hipóteses do bem vir a ser arrematado e houver direito de terceiros, tais como, posse contratual legítima, como se dá nos contratos de locação, a eficácia daquela atinge o arrematante. O direito contratual existe entre devedor e arrematante, ou seja, entre o devedor e o detentor daquela posse, vinculando as partes contratantes, (*pacta sunt servanda*).

No ato da arrematação, o arrematante sub-roga-se, nos direitos e obrigações contratuais daquele, tendo que respeitar as condições estabelecidas nos contratos.

Naturalmente, o terceiro desfruta uma posse contratual legítima, como no caso da locação com eficácia perante o adquirente (Código Civil, art. 1.192). A execução contra o locador que atingir o bem arrematado, não excluirá a continuidade do exercício dos direitos do locatário até final do contrato. O “arrematante, adquirindo a propriedade do bem, ficará sub-rogado na posição do devedor, isto é, do locador”.¹¹¹

Outra hipótese relacionada com o bem do devedor em poder de terceiro é quando o terceiro possuidor possui o bem do devedor em nome próprio e não daquele. Nesta hipótese, a penhora será dirigida contra os direitos e ações que o executado tem sobre aquele bem.

¹¹¹ (36) THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de Execução. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. São Paulo SP. Ed. 1978. Pág. 160

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Aliás, “*se os bens do vencido se acham em mãos de terceiros continua sendo do vencido, e o Estado pode apanhá-los, porque não existe obstáculos jurídicos. O que importa, na execução forçada como execução voluntária é o poder de dispor*”.¹¹²

*Em penhora de bens do vencido que se achem na mão do ladrão, não atinge mais que o poder de disposição. O que varia é o que serve de substrato objetivo a esse poder. Penhorar bens do senhorio, do enfiteuta, ou do locador com o locatário, é ato estatal, posto que é diferente do que vai ser alienado pelo Estado. A cláusula de continuar vigente a locação, a despeito da alienação do prédio do locador, não é óbice à penhora do bem, é restrição ao objeto alienável. Exemplificando, podemos dizer quando se vende em hasta pública, o prédio e conserva-se a locação. Neste caso, a cláusula opera como obrigação que o sucessor tem de assumir. Somente isso. Aliás, se não existe a cláusula, o contrato só se resolve depois que se vende a coisa com o prazo para extinção da locação com a notificação, porque a penhora ainda não é a venda. Se o terceiro entende que o poder de se dispor está com ele, e não com o vencido, defende-se por embargos de terceiros (art. 1.046 – 1.054 do C.P.C.). O terceiro do art. 592, III do C.P.C., não precisa ser citado.*¹¹³

O terceiro não é atingido pela execução, pois a penhora não afeta o seu direito (ao contrário do que ocorre nos incisos I e IV do art. 592, do C.P.C, ele nem precisa ser citado. Apenas poderá ser intimado, o código não usa o termo notificação art. 14 e seguintes, se os aluguéis passarem a ser pagos ao depositário ou até, ao próprio credor, ou findo o contrato mantido com o devedor, o bem tiver que ser restituído a outrem etc.

Entretanto, apesar daquele dispositivo não fazer nenhuma restrição a esta penhora, a doutrina faz restrições à mesma. Nas hipóteses acima citadas, o que se penhora não é o bem, como enfatiza, no seu entendimento, o mestre Lopes da Costa, ao comentar o C.P.C. de 1939.

Sabidamente, o legislador, deixou a cargo da doutrina a interpretação daquele dispositivo.

3.6. O local dos bens

O princípio da localidade da ação, e o adotado como preferência para penhora dos bens. É o princípio adotado pela Legislação Pátria, não é novo, pois, o encontramos registrado desde os tempos remotos do Direito Processual.

¹¹² (111) PONTES DE MIRANDA, F.C. ob. cit. pág. 444. V. IX

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Para chegarmos a esta preferência, devemos iniciar pelo poder de penhora onde quer que estejam os bens. O princípio enfatiza que os bens do devedor são penhoráveis onde foram encontrados. Este se destina, ou visa proteger o credor, a fim de facilitar a execução forçada de seu crédito. Assim, tem por fim restaurar os prejuízos causados ao mesmo, impedindo o enriquecimento sem causa do devedor, pois, tal imoralidade é repudiada pelo Direito Pátrio, expungindo de seu abrigo qualquer espécie de enriquecimento ilícito.

Este princípio permite que o Estado, através de Poder Judiciário, execute o devedor mesmo que os seus bens estejam em poder do próprio estado.

Pontes de Miranda nos ensina que: *A permissão de executar bens do devedor, ainda que se achem em repartição pública, já supõe o Estado de direito, o Estado que se submete à justiça; e não guarda os seus negócios como coisas do rei, o do déspota. Veio-nos do Reg. 737, art. 520, passando à Consolidação de A. J. Ribas, art. 1.275, e aos Códigos locais. Não se trata de vênias que se peça ao chefe da repartição pública (sem razão, Amilcar de Castro, Comentários, X, 175). Porque juiz manda; não pede vênias, nem ainda se regrediu a tempos reinícolas. Ou o juiz requisita. Quem observa as formalidades prescritas no regulamento da repartição é a repartição. Quanto ao juiz, nem roga (Reg. 737, art. 520; A. J. Ribas, Consolidação art. 1275), nem a “fortiori” pede vênias, nem tem de observar regulamentos da administração, salvo se se trata de lei sobre pressupostos especiais do mandado, tais como certas exigências de nomes para a execução. O juiz requisita. Onde quer que se acham; portanto, nas vestes do próprio devedor; não porém, no que está no seu corpo, ou dentro do seu corpo. Se não se poderia pensar em fraude real, à execução, seria absurdo penhorar-se: nada permite que se serre pulseira que o devedor usou desde muitos anos, e não se despregaria sem ser quebrada. O devedor, em tal caso, como que separou do seu patrimônio o bem. O credor não podia contar com esse objeto, que o devedor “destinou” à sua personalidade e que é como os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ao exercício de qualquer profissão (art. 649, VI), ou como o anel nupcial (art. 649, III), porém mais do que esses todos para o devedor.*¹¹⁴

Destes ensinamentos conclui-se que o poder expropriatório do estado persegue o patrimônio do devedor onde quer que ele esteja. Atuando através da constrição judicial, a fim

¹¹³ (111) PONTES DE MIRANDA, F.C., ob. cit. vol. IX. Pág. 444

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, F.C. ob. cit. vol. IX. Pág. 260-1

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

de garantir a restauração do patrimônio do credor violado, entregando e dando a cada um o que é seu.

O princípio de prender os bens da propriedade do devedor no local da execução visa proteger o credor e facilitar a realização da execução. Na hipótese do devedor, ao ser citado da execução, que lhe é movida, vir nomear bens situados em outra comarca, pode o exequente recusar a nomeação e indicar bens daquele situados na comarca da execução.

Inobstante, esta regra tem exceções, são elas: a) no caso de não haver bens na comarca em que corre a ação; b) na hipótese do credor concordar com a nomeação; c) no caso de Ter bens, porém não serem os mesmos suficientes para garantir a execução.

Na hipótese da penhora tiver de ser feita em outra comarca, esta será feita através de Carta precatória, no juízo deprecado. Serão realizados todos os atos de constrição judicial, tais como: a) penhora; b) intimação da penhora; c) avaliação dos bens penhorados; d) intimação do devedor da avaliação, dentre outros atos.

Quanto os acidentes processuais relacionados com estes atos, é competente para a solução dos mesmos, o juízo deprecado, porém caso sejam opostos embargos, o juízo competente é o deprecante, ou seja, o juízo da Comarca onde corre a execução, pois, os embargos tem por objetivo o espancamento do título executivo que instrui a execução, com o escopo de desconstituí-lo.

Na hipótese dos embargos do devedor ser opostos na Comarca Deprecada, o juiz ao recebê-lo, deve remetê-lo ao juiz da execução. As melhores hermenêuticas dos Tribunais Pátrios e das melhores doutrinas têm entendimento que a propositura dos embargos na Comarca do Juiz Deprecado é erro grasso.

Lecionando sobre a matéria o mestre Alcides Mendonça lima, assim sintetizou: *O Código Civil no art. 1491, parágrafo único, exige que os bens do devedor sejam “sitos no mesmo município”, isto é, o da ação.* O Código de 1939, como o atual, silenciam a respeito. O art. 899 daquele diploma, porém, prescrevia que a “execução começará pelos bens situados no foro da causa, salvo quando manifestamente insuficientes”, completado pelo seu art. 923, III, que tornava inválida a penhora, *“se havendo os na da execução, foram nomeados bens situados em outra circunscrição judiciária, salvo anuência do exequente. No presente, esse último dispositivo revogado é repetido no art. 656, III; mas o referido art. 899 não é mais*

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

reeditado. O sentido geral, porém, do art. 656, III, “se havendo bens no foro da execução, outros hajam sido nomeados”, como um caso ineficaz da nomeação abrange, como é óbvio, a indicação pelo fiador. A falta de bens “sitos no mesmo município” não pode impedir o exercício de um direito do fiador, como acontece, em geral, com o próprio devedor, sendo o caso da aplicação do art. 658 execução por carta. A finalidade da lei é a de proteger o credor, evitando que, havendo no local, em outros estejam os bens nomeados. Se o devedor tem bens no foro da execução e o fiador os tem em outro lugar, nem por isso esse perde o direito de designar os daquele, porque, por uma questão ética, “a execução tem de sacrificar, pois, em primeiro lugar, os bens do devedor; só no caso de esses bens serem insuficientes, para assegurar o embolso do credor é que o patrimônio do fiador pode ser apreendido e executado”.¹¹⁵

A concordância do credor com a nomeação de bens pelo devedor em outra comarca, onde haja bens, pode se dar através de concordância expressa ou tácita.

Assim, podemos concluir que, o dispositivo legal, enfatiza que para a execução forçada serão penhorados os bens do devedor presentes no local onde está correndo a execução, ou seja, na circunscrição judicial onde corre a ação, somente permitindo penhora de bens em outra comarca nos casos citados anteriormente.

3.7. Bens insuficientes

A insuficiência de bens não decorre da impontualidade do devedor, mas sim, da circunstância do devedor não possuir bens para pagar todos os seus credores.

Esta verificação será feita através da apuração do valor de todos os bens do devedor, abatendo-se, a soma de todas suas dívidas. Se a soma das dívidas ultrapassar o valor dos bens resulta, assim, a insolvência do devedor.

A insolvência constitui um instituto independente que passaremos a estudar a seguir. Este instituto é de grande importância para a caracterização da fraude contra credores, porque é por meio da insolvência ou pelo agravamento desta, que se caracterizará o dano do credor quirografário. Se a insolvência foi provocada pelo devedor através da venda de bens fica caracterizada a fraude.

¹¹⁵ (79)LIMA, Alcides de Mendonça. Ob. cit. 587-8.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A insolvência é um instituto de origem romana, considerada pelo mestre Buzaid como a primeira manifestação da execução patrimonial no Direito Romano.¹¹⁶

A insolvência naquele direito é destacada no período clássico e no período pós-clássico. No período clássico a insolvência não se constituiu de processo executivo geral do patrimônio, tinha os seu curso paralelo ao da “*manus injectio*” (como execução pessoal), à escolha do credor. Era limitada a um determinado círculo de pessoas. Outro aspecto que deve ser observado é que neste período o instituto pertencia ao Direito Público ou Direito Sagrado, admitindo-se somente por exceção, corria esta *actio* com a *manus injectio*.¹¹⁷

No período pós clássico romano, a insolvência em termos gerais, segue, em sua estrutura as linhas gerais da cognição clássica.¹¹⁸

No Direito Pátrio, para termos uma noção do instituto, temos que recorrer ao Direito Português, pois, no período da monarquia, este direito era aplicado em Portugal e no Brasil, obedecendo às leis portuguesas.

Ensina o mestre Celso Neves: *Essa lei de D. José, suprimindo a propriedade das penhoras, com ressalva da preleção das hipotecas especiais anteriores, provadas por escrituras públicas, impôs aos demais credores particulares o princípio isonômico da “par conditio creditorium”* (Cf. Colleção Chronológica de leis Extravagantes posteriores à nova Compilação das ordenações do Reino publicadas em 1603 – Coimbra, 1819, Tomo IV, pág. 426). A lei de 20 de junho de 1774, todavia, atenuou o princípio da igualdade, impondo a prioridade em favor dos credores providos de escritura pública (§ 42) e subordinando os demais ao rateio.

Entre nós, o Regulamento 737, de 1850, restitui à “*par conditio creditorium*” a sua plenitude quanto aos quirografários, numa orientação que, como observa Buzaid, inspirou, em grande parte, as codificações estaduais do primeiro período republicano (op. Cit. pág. 142) e o Código Unificado de 1939.¹¹⁹

O instituto foi objeto de grandes polêmicas, no país. Uma corrente entendia que não deveria haver diferença entre a falência do Direito Comercial com a insolvência civil. O

¹¹⁶ (22) BUZAIDE, Alfredo. Do Concurso de Credores no Processo de Execução. Ed. RT. Pág. 15

¹¹⁷ (22) Ibidem.

¹¹⁸ (145) KAIZER, ob. cit. pág. 514.

¹¹⁹ (98) NEVES, Celso. Comentários ao CPC. Pág. 311-2

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

entendimento deste corrente tinha como discriminatória as vantagens concedidas aos comerciantes, tais como a recuperação de empresas antiga concordata e a extinção das obrigações, pelo fato do insolvente civil não ser protegido com estes instrumentos.

Esta corrente defendia a extensão de tais benefícios à insolvência civil.

Buzaid, escrevendo na vigência do Código de Processo Civil, de 1939, dá duas sugestões: “a) do Código o concurso particular, mantendo-se o concurso universal de credores, regulamentado na forma devida e da maneira mais completa; b) ao devedor civil, os benefícios que a lei de falências confere ao comerciante: a concordata e a extinção das obrigações”.¹²⁰

No atual Código de Processo Civil, este instituto vem esculpido no processo de execução. Dentre as diversas espécies de execução destaca-se das demais, pelo caráter de exceção universal, especial e com estruturas apoiadas no pressuposto geral da insolvência do devedor, em a qual o dispositivo legal, não permite que se estabeleça a execução universal, visando declarar a insolvência do devedor.

Para que seja declarada a insolvência do devedor, exigem-se três pressupostos: a) título executivo; b) a mora do devedor; c) a importância para satisfazer integralmente todas as obrigações.

Para a insolvência civil, como vimos, não basta que o devedor esteja inadimplente. É necessário que os seus bens não sejam suficientes para honrar o seu débito. Enquanto que, na falência já critérios diferentes para caracterizar a insolvência do devedor, esta se caracteriza com a simples inadimplência do devedor. O comerciante que deixar de pagar as suas obrigações por mais de 30 (trinta) dias, é, considerado insolvente. Entretanto, para que seja declarada sua falência é necessário o protesto do título por falta de pagamento. Esta é a condição fundamental para que seja decretada a falência do devedor.¹²¹

Aliás, que se observa quando existe um patrimônio que há de responder por um conjunto de dívidas constitutivas de outros tantos créditos em favor de uma pluralidade de

¹²⁰ (22) BUZOID, Alfredo. Ob. cit. pág. 359

¹²¹ (53) MOURA ROCHA, José. Comentários ao CPC. Vol. IX. P. 12

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

credores, e é insuficiente, no momento, para satisfazer a todos esses créditos em sua integridade.¹²²

Este ensinamento é adequado às exigências contidas no art. 748 do Código de Processo Civil para a caracterização da insolvência, assim dispõe o art. 748 do CPC.

Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

Moura Rocha enfatizou: *“Havendo o devedor suspenso os seus pagamentos, mas, sendo o seu ativo superior ao seu passivo, não será declarada a insolvência, então será esta declarada e dará lugar à execução coletiva”*.¹²³

A declaração da insolvência produz efeitos objetivos e subjetivos, em relação ao devedor e aos credores.

O mestre Humberto Theodoro Júnior, discorrendo sobre a matéria assim ensina: *“Efeitos objetivos são os vencimentos antecipados de todas as dívidas; a arrecadação de todos os seus bens penhoráveis, tanto os atuais como aqueles que vieram a ser adquiridos no curso do processo; e a execução coletiva ou juízo universal do concurso dos credores”*.¹²⁴

Esses efeitos atingem os credores de várias maneiras, merecendo maior destaque a perda da eficácia das penhoras existentes, pois, a força atrativa do juízo universal da insolvência, arrasta para seu bojo todas as execuções em curso, são obstados em seus efeitos porque as penhoras individuais perdem toda eficácia e privilégio diante da arrecadação geral dos bens do devedor.

O maior efeito da declaração de insolvência é, porém, o de caráter subjetivo e que faz sentir sobre a pessoa do devedor. Trata-se da perda do direito de administrar os seus bens e dispor deles, até liquidação total da massa, (art. 852), interdição essa que, na verdade, perdura até a sentença declaratória de extinção de todas as obrigações do insolvente, conforme declara o art. 782.

Com a abertura da insolvência, o patrimônio do devedor representa uma massa vinculada à satisfação da universalidade de credores e, por isso mesmo, submetida à

¹²² (28) CASTRO, Dietro. Derecho Concursal, nº: 1 pág. 21

¹²³ (93) MOURA ROCHA, José . comentário ao CPC. Vol. IX, pág. 12

¹²⁴ (136) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit. pág. 395.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

administração judicial. A figura do administrador não é, assim, a de representante do insolvente, mas de um auxiliar da justiça que atua no interesse geral dos credores comum exercendo função pública.

A situação do insolvente é a mesma do falido. A perda da administração, no entanto, não pode ser equiparada á perda da capacidade ou da personalidade do insolvente, posto que conserve o a plenitude da aptidão para exercer todos os direitos não patrimoniais e mesmo os de natureza patrimonial que se refiram a bens penhoráveis. Nem sequer, a arrecadação importa em perda da propriedade do devedor sobre os bens condicionados à gestão do administrador. A perda, enquanto não ocorre a expropriação executiva final, refere-se apenas e tão somente à disponibilidade e a administração dos mesmos bens.

Não só a gestão administrativa e financeira é afastada do devedor, mas também a atividade judicial lhe é restringida. Embora possa assistir e fiscalizar as ações, em que tenha interesse patrimonial, o insolvente perde a capacidade processual, ou a de ser parte. Não pode, por isso, estar em juízo, nem na qualidade de autor, nem de réu, já que toda a representação da massa compete ao administrador (art. 766, nº: III) ¹²⁵

Em relação ao Instituto da Fraude Contra Credores a insolvência é de grande importância, pois, a insolvência é um dos pontos característicos da fraude contra credores, que é consequência de um ato praticado pelo devedor com o objetivo de prejudicar seus credores.

Assim, toda vez que os atos do devedor agrava a insolvência ou o reduz a esta, fica caracterizada a fraude contra credores. Deste resultado a lei legitima o credor prejudicado, pelo ato, a intentar com a ação pauliana.

A princípio o credor prejudicado teria que juntar penhora negativa para provar a insolvência do devedor para propor a Ação Pauliana.

O mestre Hemenegildo de Barros registrou em sua obra Manual ao Código Civil. *“Execução ou venda judicial dos bens do devedor, pois, é o meio regular de verificar a insolvência ou a falta de outro com que possa pagar”*. ¹²⁶

Este entendimento não é o único. Houve evolução da hermenêutica doutrinária e nossos tribunais mudou aquele entendimento, dispensando a prévia execução com escopo de

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ (23) BARROS, Hemenegildo, Apud Cahali, Yussef Said. Ob. citada pág. 160

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

verificar o estado de insolvência, para requerer a revogatória. O entendimento atual é o de que a insolvência pode ser provada por qualquer meio de prova permitida em direito. Dentre estes meios podemos destacar: a propriedade, a convicção ou a falência civil.

Quanto ao dano pauliano, o credor terá que provar que do ato resultou ou agravou a insolvência resultando o seu prejuízo. Esta prova se faz pelos meios probatórios normais, (prova testemunhal, documentos, perícias, requisitórios, etc.), no curso do processo da ação pauliana, pois: *“a prova da insolvência pode ser de qualquer natureza, e resulta, geralmente, da circunstância de se recusar o réu a dar bens à penhora combinada com o fato de não encontrarem, efetivamente bens penhoráveis”*.

Há um ponto controvertido, com relação a pauliana, na legislação, onde os tribunais pátrios têm considerado duas hipóteses como motivos para julgar o autor carecedor de ação: a) o credor ter recusado a penhora de bem que não era desvalioso; b) ignorar o avalista do devedor sendo aquele solvente.

A terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu baseando-se nesta hipótese, o seguinte: “ não tendo o demandante esgotado os meios regulares para a execução do devedor, ora recusando penhora de bem que não era desvalioso, ora deixando de acionar o avalista, não poderia ser outro senão a carência da ação, a solução da controvérsia.

A execução prévia, apesar de ser dispensada pelo entendimento atual, traz a presunção da insolvência.

Aliás, o fato de Ter sido instaurado procedimento executivo, em que inviável se apresente a penhora por não encontrar os bens do executado sobre os quais possa incidir a constrição, faz surgir a presunção de insolvência, posto que não tem o devedor bens que respondem pelo débito.

Isto é, a argumentação no sentido de Ter sido ajuizada execução contra devedor solvente contra os réus desta ação, admitindo-se, assim, a satisfatória com efeito, se proposta a execução não forem encontrados bens suficientes, livres, caracterizada está a insolvência.

O mestre Cahali, calcado em Butera ensina: toda limitação probatória no sentido da prévia execução do devedor, revela-se arbitrária: a prévia execução exige que o credor já esteja munido de um título executivo, e nessas condições a pauliana só seria concedida a

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

quem a apresentasse munido desse título, quando é certo que benefício da revogatória é o segurado a qualquer credor. Por outro lado, tratando-se de uma ação de dano de caráter específico, isto é, tendente a reprecinação do patrimônio do devedor, ou evidenciar-se como certo o caráter prejudicial ato fraudulento.¹²⁷

Lecionando, sintetizou Maireine, que é inexigível a execução, para provar a insolvência do devedor e para legitimar o credor a execução, sintetizando: Nem sempre se requer o autor tenha ele mesmo feito a execução. Se outros credores houverem já procedido a execução forçada sem obterem a plena satisfação de seu direito; se o devedor fosse afastado clandestinamente de sua residência para subtrair seus bens da constrição judicial; se em outros termos, o devedor se encontrasse já em estado de insolvência, seria inútil e injusta constranger o autor a introduzir em um julgamento longo e dispendioso para provar uma situação já infelizmente notória. A prova dos fatos acenados bastará em tal caso para demonstrarem o prejuízo sofrido pelo autor.¹²⁸

Portanto, hoje depois de decorridos mais de um século, aquela doutrina triunfa. Uniformiza-se em grande parte dos países do Sistema Germânico Romano e dentre estes está a Doutrina Pátria, que também albergou aqueles ensinamentos. A hermenêutica dos nossos tribunais é mansa e pacífica ao dispensar a execução prévia para provar a insolvência a fim de legitimar o credor fraudado a ação pauliana. Democratizou-se, autorizando o credor a Ter acesso a esta ação por todos os meios permitidos em direito.

3.8. Poder de disposição de bens pelo devedor

O direito de propriedade é garantido na Carta Magna Federal de 1988 e consiste no direito de : a) uso da coisa, “jus utendi”; b) de fruir e gozar a coisa “jus fruendi”; c) e de dispor dela “jus abutendi”.

O direito de uso caracteriza-se no direito de ser usada a coisa, conforme os desejos da pessoa a quem pertence.

O direito de fruir e gozar, é o direito que o proprietário em de tirar dela todas as utilidades, proveitos, benefícios e frutos, que dela possam ser produzidos.

¹²⁷ Ob. cit. pag. 348

¹²⁸ Ob. cit. pag. 401

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O direito de dispor consiste no direito do proprietário dispor da coisa, transformando-a, consumindo-a, alimentando-a segundo sua vontade.

Apesar das garantias mencionadas, o direito de disposição pode ser limitado. Uma das exceções destas garantias, é a contratação de dívidas pelo proprietário, que sofre automaticamente uma limitação desse direito. Isto é, o patrimônio do devedor, como já dito no subtítulo 3.3 é a tranquilidade do credor. No caso de inadimplemento da obrigação, este tem o direito, em expectativa, de satisfazer o seu crédito através de execução forçada dos bens que constitui o patrimônio do devedor. Portanto, se este for alienado através de venda, doação ou através de qualquer outra forma de alienação, irá resultar na diminuição de seu patrimônio, porém, se esta diminuição, for a ponto de reduzi-lo à insolvência ou boa fé indica que não deve haver prejuízo ao credor, é necessário que o devedor mantenha um equilíbrio entre o seu patrimônio e o seu débito, dispondo de seus bens e um nível que os bens remanescentes sejam suficientes para satisfazer o seu débito.

Aliás, segundo os ensinamentos do mestre Cicu, a garantia patrimonial, “ é uma verdadeira e própria obrigação do devedor de não alterar a solidez do seu patrimônio destinado à satisfação de seu credor”.¹²⁹

Quanto a garantia geral, não podemos considerá-la como uma garantia sólida, pois, como vimos, o devedor permanece com o seu direito de disposição, podendo modificar o seu patrimônio. Porém sabiamente a lei prevê meios de defesa para o credor, objetivando a sua proteção com o fim de manter a estabilidade econômica do devedor, impedindo que esse não desvie fraudulentamente os seus bens.

Ao compulsarmos os Códigos Civis Francês, art. 2.093; Italiano, art. 2.740; México, art. 2.964; Uruguai, art. 2.372 e o Código Civil Brasileiro, art. 1.556, encontramos neles, uma garantia geral, embora impropriamente, que o credor em relação aos bens do devedor, assemelha-se ao sucessor a título universal. O nosso código civil em seu art. 1.556, assim dispõe: *Não havendo título legal à preferência terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.*

Anotando sobre isso o mestre Clóvis Beviláqua, faz a seguinte observação: se os credores sem título legal à preferência, concorrem com os credores, que o tenham, ratearão

¹²⁹ CICU, Antônio. L'Obbligazione Nel Patrimonio Del Debitore, Editora Giuffrè, Milano. Pág. 233.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

entre si o remanescente dos bens do devedor, depois de satisfeitas as dívidas preferentes. Se concorrem somente credores com título de preferência; entre todos se distribuirão os bens, na razão do valor dos respectivos créditos, sem atenção à data das dívidas, nem à das penhoras, se houver.

Alvino Lima calcado em D' Avanzo , Carrara e Luig Cesari enfatiza que o poder de disposição do devedor não encontra restrição legal a não ser quando se trata de uma atividade fraudulenta, de atos “in fraudem”; tem o credor um “jus vigilandi in fraudem”, sobre aquele patrimônio o qual pode influir sobre a atividade de disponibilidade do devedor, que se torna culpado quando exerce os seus direitos em fraude aos direitos do credor. As partes gozam de liberdade de contratar, ou seja, liberdade de escolha do negócio, liberdade de determinação do conteúdo e sua forma, poder, auto tutela de interesses e cuja legitimidade não é certa, nasce um problema de limites. Só podemos servir-nos de uma forma de negócio quando a mesma se dirija a realização de um interesse digno de tutela. Esta tutela só é conferida aos particulares quando o interesse concreto histórico que os mesmos pretendem, integram-se naquele tipo de interesse que a lei determina abstratamente ou possam ser considerados lícitos em face dos princípios da ordem jurídica.

O mestre M.I. Carvalho de Mendonça, ao dissertar sobre o princípio da responsabilidade patrimonial afirmou: *“apesar das dívidas de que seja onerado, o devedor é sempre administrador do que é seu, mais administra o seu patrimônio em nome dos credores, sem poder de qualquer modo lesá-los”*.

Aquela assertiva, não é aceita pacificamente pela doutrina, é refutado. Dentre aqueles que a contestam temos o insigne Espínola, que no Manual do Código Civil Brasileiro não a aceita.

Todavia, o princípio da responsabilidade patrimonial, como já vimos, tutela o direito do credor, criando uma garantia do caráter real; se por força deste mesmo princípio, é dever de cada devedor amparar seu patrimônio e não alterar a sua solidez, em virtude da própria destinação de seus bens em satisfazer os seus credores, há certamente, um limite na disponibilidade dos bens imposto a todos os devedores.

Esse limite é traçado pelo princípio da boa fé, a sua transposição, caracterizada pela fraude confere, ao credor o direito de obter judicialmente a ineficácia do ato jurídico

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

fraudulento, que aniquilou aquela garantia genérica sobre os bens do devedor, assegurada por lei.

A ação revogatória é um dos meios de tornar eficaz a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, assegurando a sua realização. É a sanção da obrigação da garantia patrimonial, quando se verifica a sua violação através do ato fraudulento do devedor.

O mestre Clóvis Beviláqua, registrou: *Mas essa garantia não é completa, porque, conservando o devedor a faculdade de dispor de seus bens, pode diminuir a segurança da solução de suas obrigações, e os credores, que não tiverem em seu favor a garantia especial, estão a mercê da boa fé ou honestidade do devedor. Desde que essa boa fé desaparece, é necessário que o direito intervenha com um remédio capaz de assegurar, aos credores, a possibilidade de se pagarem com os bens, que a má fé desviou do fim da garantia geral que estavam destinados. Esse remédio é a ação pauliana, revogatória ou rescisória, pelo qual o credor obtém a anulação do ato, que diminuiu a soma dos bens de seu devedor, para neles fazer a execução, quando dos outros não existam em quantidade suficiente para satisfação do débito.*

Portanto, aquela limitação, tem por objetivo, evitar o enriquecimento sem causa do devedor ou terceiro. Caso a lei não limitasse o poder de disposição de bens do devedor, este desviaria todo o seu patrimônio, transferindo, assim, o patrimônio do credor para o seu, resultando no empobrecimento desse e no seu enriquecimento, ou de terceiros, sem justa causa; o que é repudiado pelo nosso Direito Pátrio.

Nosso direito não alberga forma de fraude em seu texto, pelo contrário, a repele veementemente, legitimando o credor à pauliana todas as vezes que o devedor violar o limite de dispor de seus bens.

O nível de disposição de bens não pode ultrapassar o limite de segurança do credor. As vendas que o devedor fizer não podem englobar todos os seus bens, terá de reservar em seu patrimônio, os bens suficientes para pagar o credor, sob ônus, caso não o respeite, de sujeitar-se à pauliana.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

4. Conclusão

O Instituto da Fraude Contra Credores tem origem no Direito Romano.

No período que antecedeu a garantia patrimonial, o devedor é que garantia aos credores no caso de inadimplemento da obrigação assumida. O patrimônio do devedor era intocável, pois, era considerado sagrado e só era transmitido dentro do meio familiar, com o objetivo de cultuar o deus lares. Geralmente esta transmissão era feita ao filho primogênito, que ficava obrigado a dar prosseguimento ao culto para o citado deus.¹³⁰

Na idade média, com a invasão do Império Romano pelos bárbaros, houve um retrocesso no processo de execução, pois, os invasores passaram a usar as suas leis ou mesclá-las com o direito dos povos invadidos. Com isso voltou a execução pessoal.

Segundo os doutos, na Idade Média, a execução por dívida passou ora pela execução individual, que era dirigida aos bens móveis ora à própria pessoa do devedor. Houve com isso um sistema híbrido de execução. O efeito do sistema implantado pelos povos bárbaros foi retrocesso às origens primitivas do direito Romano, ficando prejudicado com isso o Instituto da Fraude Contra Credores.¹³¹

Com o fim do Império Romano, no fim da Idade Média, inicia-se uma nova época para o Direito e para a humanidade, a Idade Moderna.

Os romanistas afirmam, categoricamente, que o Direito Romano “não morreu, continua vivo, embora com as necessárias transformações nos representantes do Sistema Jurídico de base romanística”.¹³²

O direito Pátrio, na Idade Moderna, era regido pelo Direito Português, transplantado de Portugal para o Brasil, que por sua vez teve influência marcante do Direito Romano.

No tocante ao Instituto da Fraude Contra Credores, o Direito Português, não tinha nenhuma lei que o regulasse. A revogação dos atos praticados em fraude contra credores nesta época era permitida com fundamento na jurisprudência do reino, que por sua vez, eram construídas calcadas no Direito Romano, portanto, através da construção pretoriana.

¹³⁰ Lei das XII Tábuas, II, 4 e 16

¹³¹ Sampaio de Lacerda. J.C. ob cit. Pag. 27-8-9

¹³² CRETELA A. JUNIOR J. ob. Cit. pag.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

O Instituto da Fraude Contra Credores, no Direito Brasileiro, no período colonial, seguiu o Direito Pátrio. Era o Direito Português transplantado de Portugal para o Brasil sem nenhuma alteração. O Instituto da Fraude Contra Credores não constou das Ordenações do Reino, apesar de que os atos praticados em fraude contra credores fossem refogáveis eram fundamentada nos princípios de Direito Romano em algumas esparsas jurisprudências portuguesas e nacionais que haviam decidido matéria idêntica.

A primeira Lei Brasileira que tratou a respeito da fraude contra credores foi dirigida ao Direito Comercial, não ao Direito Civil, a Lei 2.024 de 17-12-1908.¹³³

Foram apresentados vários projetos ao Código Civil, dentre estes os que mais destacaram: a) o de Teixeira de Freitas; b) o de Felício dos Santos; c) o de Coelho Rodrigues; d) e o do sempre lembrado e festejado Clóvis Beviláqua.¹³⁴

Dentre os projetos apresentados, a Comissão de Jurisconsultos designada para examiná-los, após longo e demorado estudo dos projetos apresentados, preferiu a redação do Projeto Clóvis Beviláqua.¹³⁵

No Código Civil Atual o prefalado instituto está estruturado nos artigos 158 169 e seus parágrafos.

Fraude Contra Credores são todos os atos maliciosos praticados pelo devedor contra o credor, com o intuito de prejudicá-lo, em conluio com terceiro ou não.

Neste conceito estão esculpidos os três elementos constitutivos, que são a) eventos damni; b) consilium fraudis e c) scientia fraudis.

Eventus damni é o elemento indispensável para que fique caracterizada a fraude contra credores. Caracteriza-se pelo agravamento da situação do devedor ou a insolvência deste.

O consilium fraudis é a conciliação da vontade do devedor e seu cúmplice, ou seja, adquirente, para praticarem o ato fraudulento.

Isto é, o devedor vendedor em consilium fraudis com o comprador maunam a prática do ato fraudulento com o intuito de prejudicar o credor.

¹³³ FERREIRA COELHO, A. Código Civil dos EEUU do Brasil vol 80/90

¹³⁴ Ibidem, pág. 88-90

¹³⁵ Id ibdem, pág. 93-111

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Trata se de um ato pré ordenado, calculado com escopo de dar prejuízo ao credor, com desvio de bens do devedor. O resultado do mencionado ato é a insolvência do devedor para que o credor não tenha bens penhoráveis a sua disposição.

Scientia fraudis é o terceiro elemento que constitui a fraude contra credores. É o elemento subjetivo que consiste no conhecimento por parte do comprador de que o bem é vendido em fraude contra credores. Conhece se bem a situação econômica do devedor, através de umas das seguintes formas: a) pelos indícios aparentes e notório que evidenciam conhecimento de que possa reduzir a insolvência do demandante, d) vendas de todos os bens sendo de conhecimento publico. Há os casos de presunção *yuri et de yure*, que são amizade íntima, b parentesco próximo.

O Código Civil exige a notoriedade do fato da insolvência (ciência por todos) ou pelo menos, do outro figurante. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratado.¹³⁶

Ao estudarmos a anterioridade do crédito verificamos que o legislador pátrio autoriza a revogação dos atos praticados em fraude contra credores, somente aos critérios anteriores ao ato que diminuam o patrimônio do devedor, sendo este a condição essencial. Para legitimar o credor à Ação Pauliana.

O nexo de causalidade no instituto da fraude contra credores constitui o efeito do ato, ou seja, que do ato praticado em fraude contra credores, tenha reduzido o devedor a insolvência ou a tenha agravado esse estado.

Os bens presentes e futuros do devedor representam a garantia comum dos credores podendo esse se fazer pagar, agindo sobre os aludidos bens executando os.

O diploma processual vigente garante ao credor o recebimento do seu crédito através de execução dos bens do devedor mesmo que estejam em poder de terceiros, nos seguintes casos: a) comodato, b) depositário, c) locatário, d) rendeiro. O Estado através de seus órgãos penhora o bem, levando-o a praça ou leilão para satisfação do crédito a fim de restaurar o patrimônio violado do credor.

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA. F. C. ob. cit. [ag; 431-433

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

A insuficiência de bens é a evidência da insolvência do devedor. Entende-se por insolvência, todas as vezes, que as dívidas do devedor ultrapassem o valor de seus bens. O ato que caracteriza a insolvência tem como resultado o dano ao credor, que é, o evento *damni*, o elemento indispensável para que o ato possa ser considerado como praticado em fraude contra credores.

A doação é um ato a título gratuito implica numa lesão ao patrimônio do alienante, fazendo incidir a regra do Código Civil que diz: os atos de transmissão gratuita de bens, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzidos a insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos aos seus direitos.

A doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que se ao tempo do ato de disposição gratuita, os valores ativos do patrimônio sejam ou se tornem inferiores ao valor do passivo não tem o devedor a faculdade de fazer liberalidade e incorre, se o fizer, em fraude contra credores, *nem liberalis nisi liberatus*, os atos de transmissão gratuita de bens, assim quando os pratique o devedor já insolvente, ou por ele reduzidos a insolvência, poderão ser anulados pelos credores como lesivos a garantia de adimplemento das dívidas sujeitando-se portanto à ação revogatória, e para o acolhimento desta, o ato de liberalidade causador do dano pauliano, é suficiente, sendo dispensado que o devedor tivesse tido a intenção de lesar os seus credores ou que os beneficiários do ato estivessem inteirados da insolvência atual ou iminente do doador a boa ou má fé do donatário e a sua eventual *participatio fraudis* não é levada em consideração portanto, por aplicação do Direito Romano, *nem liberalis*, ninguém pode doar no estado de insolvência com má fé ou sem ela a doação é anulável pelos credores no exercício da ação revogatória ou pauliana.

Para a modernização do instituto propomos, será uma modernização em termos do Código Civil Pátrio, porém, em termos universais, não estaríamos mais adequando aquele projeto ao Direito Romano com poucas alterações, devido à evolução tecnológica tanto no âmbito social como comercial, pois, hoje a circulação de riquezas tem uma velocidade muito maior do no período em que vigorava o direito romano.

Hoje como nunca a desconsideração daquele princípio (anterioridade do crédito) é necessário para que não seja usado como um escudo por devedores de má fé, a fim de fraudar aqueles que de boa fé confiaram neles.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

Essa modernização pode ser atingida com a desconsideração do princípio da anterioridade do crédito na hipótese de fraude contra credores através de doação, como um contra peso para impedir que o enriquecimento sem causa do donatário e o empobrecimento sem causa do credor.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

5. Bibliografia

Doutrina

- AGUIAR, João Carlos Pestana de. Ação Pauliana e a Fraude Contra Credores, Rio de Janeiro – RJ. 1ª edição – In Revista de Crítica Judiciária nº 1 – 1987.
- ALBERT, Maffei. Il danno na revocatoria – Padova – Itália. Editora Cedam – 1970.
- ALBERTINI, Il danno nella revocatoria nº02, pág. 25 – Editora Cedam – 1945.
- ALBERTO DOS REIS, José. Processo de Execução. 2ª Coimbra – Portugal. Editora Coimbra – 2ª edição, 1982.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. Código do Processo Civil Comentado, São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais. Edição 1972 – vol. 2.
- AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro, São Paulo – SP. Editora Saraiva S/A – Edição vol. I, pág. 433.
- AMERICANO, Jorge. Da Ação Pauliana, São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2ª Edição – 1932.
- ASCOLI, Sucessini – Roma – Itália – 1929
- AUBRY, C. e RAU, C. Cours de Droit Civil Français Paris - França, Editora Techniques, 1935.
- AULETTA, Giuseppe G. Revocatoria Civile e Falimentares, Milão – Itália. Editora Giufre 1939.
- AZEVEDO, Jr., José Osório de. Compromisso de compra e venda. São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2ª edição – 1983.
- BARASSI, Lodovico. La Teoria Generale Delle Obrigazione, Milão – Itália. Editora Giufre, 2ª edição – 1964.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro – Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense, 7ª edição, 1986.
- BÉDARRIDE, J. Trait du dol et de la Fraude. Paris França, Chavalier Mercq. Ed. 1886.
- BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tradução portuguesa de Fernando de Miranda. Coimbra – Portugal. Editora Coimbra, 1969.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado - Rio de Janeiro – RJ. Editora Rio. Edição Histórica – 2ª edição – 1980.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro – RJ. Editora Rio. Edição Histórica, 2ª edição – 1980.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Ação Pauliana e Embargos de Terceiros. São Paulo – SP. Editora Revista dos tribunais. In RT. 581: 25-34.
- BRENZZO, Camilo. La Revoca Deglini Atti Fraudulenti Compiuti a Dano Dei Creditori – Torino – Itália – Editora Bocca 1982.
- BUTERA, Antônio. Dell'azione paulina o revocatória Torino – Itália. Editora UTET – 1934.
- BUTERA, Antônio. Della prova Degli Atti Fraud, Torino. Itália. Editora UTET, edição 1934.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- BUZAID, Alfredo. Do Concurso de Credores no Processo de Execução. São Paulo – SP. Editora Saraiva – 1952.
- CAHALI, Yussef Said. Doação em Fraude – Enciclopédia de Direito Saraiva, São Paulo. Editora Saraiva S/A . 1ª edição 1977, vol. 29, pág. 175.
- CAHALI, Yussef Said. Fraude Contra Credores. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais. 1ª edição – 1989.
- CALDA, Gilberto. Como traduzir e empregar o latim São Paulo – SP. Editora Forense – 1984.
- CALLEGARI, Rodolfo. DEI Falimento, Torino. Itália. Editora G. Giappicce 1960.
- CAPMAS, De la revocation de actes faites par le debiteur em fraude des droits ducréancier, Paris – França – 1847.
- CARNEIRO, Manoel. Revista Forense, nº. 84 – Rio de Janeiro – RJ Editora Forense S/A . vol. 84, pág. 115.
- CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Processo di esecuzione, I, Padova – Itália. Editora Cedam – 1932.
- CARNELUTTI, Francesco. Processo di esecuzione. Padova – Itália. Editora Cedam – 1932.
- CARRARO, Luigui. Il valore attuale dela massima “Fraus amnia corrupt”, In Studi in onore a Francesco Carnelutti. Padova – Itália. Editora Cedam, 1950.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Doutrina e Prática das Obrigações – São Paulo – SP. Editora Forense S/A, 4ª edição – 1946.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de direito comercial brasileiro. São Paulo – SP. Editora Freitas Bastos, 4ª edição – 1946.
- CARVALHO DOS SANTOS, J.M. Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro – RJ. Editora Freitas Bastos – 7ª edição – 1958.
- CARVALHO DOS SANTOS, J.M. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro – RJ – Editora Boso, vol. 2 pág. 80.]
- CASTRO, Amilcar de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais. Vol. VIII – 1975.
- CASTRO, Dietro. Derecho Concuesal. Madri – Espanha. Editora Madri S/A – edição 1974.
- CHARDON. Traté du dol et de dela fraude. Paris – França. Editora Payot – 1938.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito Processual Civil. São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2ª edição – 1963.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Princippi di Diritto Processuale Civile. Napoles- Itália. (Reimpressa inalterada) Ed. 1980.
- CICU, Antônio. L’Obbligazione Nel Patrimônio del Debitore. Milão – Itália. Editora Guifré, edição 1948.
- CONFORTI, Leopoldo. Azione Revocatória. In Novo Digesto Italiano. Torino – Itália. Vnione Tipográfico. Editrice Torinense.
- COVIELLE, Nicola. Della transcrizione. Torino Itália. Editora Utet, 2ª edição – 1934.
- CRETELLA JÚNIOR, José e Geraldo de Ulhôa Cintra. Dicionário Latino Português. São Paulo – SP. Cia Editora nacional, 3ª edição revisada e comentada, 1953. Pág. 589.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- CRETELLA, Júnior, J. Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense – 3ª edição – 1983, pág. 68.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de Direito Civil São Paulo – SP. Editora Max Limonad. Edição 1956, vol. V. Tomo II, pág. 134.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de Direito Civil. Coimbra – Portugal. Coimbra Editora Limitada, 1932. Vol. V.
- D'AMELO, Mariano. Codice Civile – Libro Della Tutela Dei Diritto. Florença – Itália. Editora Cedam, 1953.
- DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro – RJ. Edição Universitária. 2ª edição 1977.
- DEMOLOMBE, C. Cours de code Napoleon , Paris – França. Editora Impresso Generale 1877.
- DIAS, José de Aguiar. Fraude. Rio de Janeiro – RJ. Editora Borsoi. In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro – vol. 23.
- DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. Fraude de Execução – Ausência de Registro da Penhora – Alienações posteriores. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais – Edição 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fraude Contra Credores a Legado nos Embargos de terceiros. São Paulo – SP. Editora Lex S/A, In: Revista dos Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – RJTJS.97: 8-31.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais, edição 1986.
- ERPEN, Décio Antônio. A Fraude à Execução e a Nova Lei das Escrituras Públicas. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais. In. RT. 624: 35-42.
- ESPINOLA, Eduardo. Anotações do Código Civil. Rio de Janeiro – Editora Jacinto Ribeiro dos Santos. Edição 1923.
- ESPINOLA, Eduardo. Manual do Código Civil(de Paulo Lacerda) Rio de Janeiro – RJ. Editora Jacinto Ribeiro dos Santos. 1923. Vol. III.
- ESPINOLA, Eduardo. Sistema do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro – RJ. Editora Rio – Edição Histórica – 1977.
- FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil Comentado – São Paulo-SP. Editora Konfino. Edição 1964.
- FAIN. De l' action paulienne. Paris – França. Editora Payot – 1854.
- FERRARA, Francesco. Simulação nos Negócios Jurídicos. São Paulo – SP. Editora Saraiva.
- FERRARA, Francesco. Trattato do Diritto Civile. Roma – Itália. Editora Athenalum. Vol. I. nº 183, pág. 872.
- FERREIRA COELHO, A . Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado. Rio de Janeiro – RJ. Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil – 1925.
- FERRINI, C. Di una vuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiut dal debitore. Milão – Itália. Editora L. Vallardi, 1887.
- FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. Fraude de Execução – Belo Horizonte – MG. In: Amagis. 9:91.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Da reconversão no Direito Civil Brasileiro. Editora Saraiva. São Paulo-SP.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- FRANÇA, Rubens Limongi. Instituição de Direito Civil, São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais – 1988.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Manual do Direito Civil. São Paulo – SP. Editora Revista dos Tribunais 1969.
- FRONTEIRA.P.S. A atividade Negocial e seus pressupostos econômicos e políticos. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais – In: RDM 14 (18): 31-8 – Nova Série – 1975.
- GIORGI, Giórgio. Teoria delle Obrigazione. Torino – Itália. Editora Utet – 1917.
- GOMES, Orlando. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro- RJ. Editora Forense S/A , 4ª edição, 1976.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense- 5ª edição 1977.
- GRADUBETTUM, Eugênio Achile. Fraude à execução, pontos controvertidos. Curitiba – PR. In. Jurisprudência Brasileira. Editora Juruá.
- IMPALLOMENI, Giambattista. Stud sui mezzi de revoca degli atti fraudolenti nel direito romano clássico. Padova – Itália. Editora Cedam. Pubblicazioni della facoltà de giurisprudenzia dell'universita di Padova XXIII – 1958.
- LAMOMBIÈRE. Art. 1167, nº. 62. Apud Jorge Americano. Da Ação Pauliana. São Paulo-SP. Editora Saraiva e comp. Edição 1932.
- LAURENT, F. Principes de Droit Civil – Paris – França. Bruilant Cristophe – 1970.
- LELO, José e LELO, Edgar. Dicionário Enciclopédico Luso Brasileiro, Porto – Portugal – Livraria Lello & Irmão. Edição 1953 – pág. 489.
- LIEBAM, Eurico Túllio. Estudos sobre Processo Civil Brasileiro. São Paulo-SP. Editora Busha Tsky. 1ª edição – 1976.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil – Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense – 1ª edição – 1976.
- LIMA, Alvino. A Fraude no Direito Civil. São Paulo-SP. Editora Saraiva, 1965.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito Processual. Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense S/A, 2ª edição, 1959.
- LOSANA, Cesare. Le disposizione comuni alle successioni legittimi e testamentarie. Torino – Itália. Editora Utet, 2ª edição, 1911.
- MAIERINI, Angelo. Della revoca degli atti fraudolenti, anotado por Giórgio Giorgi – Firenze – Itália. Editora Casa Editrice Libreria, Fratelli Cammelli. Edição 1898.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo-SP. Editora Saraiva 5 edição – 1977.
- MARTINS, Filho Javert Prado. Embargos de Terceiros. Curitiba-PR. Editora Juruá, 1976.
- MAUSEAUD, Henri. Et. Leon leçons de Droit civil. 5ª edição. Paris - França Montechretie – 1973.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. Direito Judiciário Brasileiro. Rio de Janeiro-RJ. Editora Freitas Bastos, 5ª edição, 1960.
- MESSENEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Milão – Itália. Editora Dott. A Giuffre Editore. 8ª edição, 1960.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – São Paulo-SP. Editora Saraiva. Edição 1972 – 14ª edição.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense. 3ª edição 1985. Vols. I e II.
- MOTA, Benedicto. Trabalhos Forense, Processo nº. 78/83 da 1ª vara Civil do Foro Regional XI de Pinheiros.
- MOURA ROCHA, José. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais S/A, série RT, edição 1978.
- MOURA, Mário Aguiar. Fraude Contra Credores e Embargos de Terceiros. São Paulo-SP. AJURIS. 42: 251.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. Notas sobre Ação Revogatória. MP. Órgão oficial do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 1 – 1:59-68 – 1972.
- NEGRÃO, Theotônio. Código Civil Brasileiro. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição 1984.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais. 16ª edição, 1986.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Fraude Contra Credores e os Embargos de Terceiros – São Paulo-SP. Editora Lex S/A, In: Revista de Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo 77/17.
- NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense, 2ª edição 1984.
- NICOLO, Rosário. Tutela dei diritti (sub rocatória). Comentário del codice civile de Sciolaja e Branca, vol. VI Roma – Itália. Editora Sol. Ed. Foro Italiano, 1953.
- NONATO, Orozimbo. Fraude Contra Credores. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 1ª edição, 1986.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. Fraude à Execução. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 1ª edição, 1986.
- OLIVEIRA, Lauro Laerte de. Da Ação Pauliana. Editora Saraiva, São Paulo-SP, 3ª edição, 1989.
- PACHECO, José da Silva. Execução de Sentença. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 1959.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense 5ª edição, 2ª tiragem, 1978, vol. I.
- PICARO, R. Revocatória Ordinária e Falimentar. Torino – Itália. Editora Ruggeri, 1946.
- PLÁCIDO E SILVA, de. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense, 3ª edição, 1973.
- PLANIOL, Ripert, Maury e Vialleton. Traité Pratique de droit Civil Français – sucesionis . 2ª edição. Paris – França. Editora General, 1956.
- POLLACO, Vitório. Obrigazione. Roma – Itália. Editora Cedam. 2ª edição, 1914.
- POLLACO, Vitório. sucesionis. Roma – Itália. Edição 1921.
- PONTES DE MIRANDA, F.C.
- PONTES DE MIRANDA, F.C.
- PRATA, Edson. Embargos de Terceiros. São Paulo-SP. Editora Leud . Ed. Universitária de Direito, 1ª edição, 1980.
- PUGLIA, Ferdinando. Dell'azione Pauliana. Nápole – Itália. Editora Ernesto Afonssi, 1886.
- PUIG PENA, Frederico. Compendio de Derecho civil espanhol, família y sucesiones – Barcelona – Espanha. Editora Nauta, 1966. Vol. V.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- REALE, Miguel e outros. Anteprojeto do Código Civil Revisado. Brasília – DF. Subsecretaria de Edições Técnicas. Edição Revisada, 1989.
- REQUIÃO, Rubens. Fraude Contra Credores. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais. In: RT. 575: 45-53.
- RIPERT, Georges. La Reagle Morale, Paris – França. Editora Librarie Generale. Edição 1948.
- RIPERT, Georges. Trate elementaire de droit Comercial. Paris – França. Editora Librarie Generale, 1948.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo-SP. Editora Saraiva, 7ª edição, 1977.
- ROTONDI, Giovanni. Atti in fraude alla lege nella doutrina Roman – Torino – Itália. Editora Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1911.
- SAIGET, Jaques. Le contrat immoral. Paris – França. Editora Payot, 1951.
- SAMPAIO DE LACERDA, J.C. Aspecto do Processo Civil Romano. Estudo sobre as “Legis actiones”, Arquivo Judiciário. Rio de Janeiro-RJ. Tipografia do Jornal do Comércio de Rodrigues & Cia, 1919.
- SAMPAIO DE LACERDA, J.C. Manual de Direito Falimentar. Rio de Janeiro – Editora Freitas Bastos S/A, 11ª edição, 1982.
- SANTOS NETO, Getúlio Evaristo dos. Falta Notória – Verdade Sabida – Ciência Provada – RJTJSP. 84/25. São Paulo-SP. Editora Lex S/A .
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de Direito Processual Civil – São Paulo-SP. Editora Saraiva 5ª edição – 1977. Vols. I e II.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. Prova Judiciária no Civil e Comercial. São Paulo-SP. Ed. Max. Limond – 1955.
- SCHUDERI, A . Sull’ azione revogatória – Catania – Itália. Editora Galatola, 1896.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil, São Paulo-SP. Editora Freitas Bastos S/A, 1962.
- SILVA, José Afonso. Ação Pauliana, Requisitos Indispensáveis para a sua propositura – São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais – In: RT 318:42.
- SOLAZZI, S. La revoca degli atti fraudolenti no diritto Romano – Napoli – Itália. Editora Dott A . Giufre Editore. 3ª edição, 1948.
- SSANCHES DE BUSTAMONTES, Miguel. Accion Revogatória Buenos Aires – Argentina, Editora Perrot, 1954.
- STOFI, Nicola. Direito Civile. Torino Itália Editora Utet, 1934.
- TAVARES PAES, Paulo Roberto. Fraude Contra Credores. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 2ª edição aumentada e atualizada – 1986.
- TEIXEIRA DE FREITAS. Consolidação das Leis Civis. Rio de Janeiro-RJ. Editora Garnier. 3ª edição 1876.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense, 1978. Vol. IV.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de Execução. São Paulo-SP. Livraria e Editora universitária de Direito LTDA. 4ª edição revista e ampliada, 1978.
- VAMPRÉ, Spencer. Manual do Direito Civil, vol. I, pág. 300.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO

- VARELA, Antunes. Enciclopédia do Direito Saraiva S/A, São Paulo-SP. Coordenada por Rubens Limongi França, 1ª edição, 1977.
- VARGAS, Manoel. Tratado de la accion pauliana concursal – Santiago – Chile. Editora Ediar, 1949.
- VENZI, Giulio. Notas e Pacifici-mazzoni. Insrituzioni de diritto civile italiano. Torino – Itália. Editora Utet – 5ª edição, 1929.
- VIDAL, José. Essai d'une theorie generale de la fraude en droit Français. Paris – França. Editora Dalloz 2ª edição, 1957.
- VILLAR, Willar de Castro. Processo de execução. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- VITALI, Vittore. Delle Donazioni. Torino – Itália. Unione Tip. Editora Torinese. Ed. 1914.
- WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo-SP. Editora Sugestões Literárias. Edição 1972.
- ZANZUCCHI, Marco Túllio. Direito Processuale civile. Milano, Giuffrè, 1941.

- Ac. Do TJRGN. Nº. 30-06-51, Op. 850, RT. 136/77.
- Ac. Do TJMG. Ap. Nº. 8711
- Ags. 40.487. D.U.J. de 07-08-80. RT 515 – 147.
- Ac. 87.390. RJTRS. 87/350.
- Ap. 31472, TJSP. RT. 168/678.
- Ap. 72 44.51 – 07-08-86. RTJSP. RT 480.679.
- TAPSP. 28-05-40. RF. Vol. 84/115
- RT 26/561
- Ac. 85.380. TASP
- 4ª CC do TJSP, 16-09-82, RJTJSP 80/106
- Ac. Nº.21.651, do TJSP – RT. 106/668.
- Ac. Do TJSP. 31.472, 23/06/47, RT 168/628
- Ac. TJSP. RT 480/67-9.
- Ac. 43.496 do Extinto Tribunal Federal de Recursos 10-08-80 nº. RT 262/28.
- Ac. Do Extinto Tribunal de Recursos
- Ac. Da 5ª Turma da Câmara Civil do TJSP 21/12/56, RT 262/254.
- Revista de Jurisprudência 20/161.

Projetos do código de 1916.

- Projeto Teixeira de Freitas
- Projeto Felício dos Santos
- Projeto Coelho Rodrigues
- Projeto Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro Imprensa Nacional – 1902 –
- Projeto do Código Civil de 1975.

Leis antigas

- Leis da XII Tábua
- Corpus Juris Civilis, Editora Galisset. Paris – França, 1881.
- Ordenações Afonsinas. Coimbra – Portugal. Editora Oficinas Gráficas de Coimbra. Edição “Fax Símile”, 1984.
- Ordenações Filipinas.
- Ordenações Manuelinas. Coimbra-Portugal. Editora Oficinas Gráficas de Coimbra. Edição “Fax Símile”, 1984.

PÓS DOUTORADO EM DIREITO