

CAPÍTULO VII

FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS: A configuração do defeito no negócio jurídico sem a necessária pré-existência do crédito

Isaac César Coelho Argolo¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O instituto jurídico da fraude contra credores – 3. Técnicas de interpretação do Direito – 4. Princípios do Código Civil – 5. Reconhecimento da fraude contra credores presumidos; 5.1 Fraude ao credor presumido no código civil de 2002; 5.2 Fraude contra credores presumidos no direito estrangeiro; 5.3 Operabilidade da fraude contra credores presumidos - 6. Jurisprudência – 7. Conclusão – 8. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O Código Civil brasileiro de 2002 estabelece em seu artigo 158, § 2º que só podem se insurgir contra negócio jurídico feito pelo devedor insolvente que visou fraudar seus credores os que já eram titulares de crédito à data do referido negócio. O presente trabalho tem o objetivo de propor uma flexibilização da utilização do instituto jurídico da fraude contra credores para aceitá-lo mesmo em face de negócios jurídicos realizados anteriormente à constituição do crédito, mas operados com o intuito de fraudar credor superveniente cujo crédito já era presumido. Para tanto, utiliza-se do direito comparado, da análise jurisprudencial pátria e das mais diversas formas de interpretação.

PALAVRAS-CHAVES: fraude contra credores; ação pauliana; crédito presumido.

ABSTRACT: The Brazilian Civil Code of 2002 establishes in its article 158, § 2º that can only rise up against legal transaction, made by the insolvent debtor, which seeks to defraud creditors those who were already credit holders under that trade date. This article intends to propose a more flexible use of the fraudulent conveyance juridical institute to accept it even when the legal transaction took place before the existence of the credit, but with the intention to defraud creditor whose credit was already presumed. Therefore, it uses several different kinds of interpretation, comparative law, and an analysis of national precedents.

KEYWORDS: fraudulent conveyance; revocatory action; presumed credit.

1.INTRODUÇÃO

O negócio jurídico é um instituto amplamente utilizado no Direito Civil, de modo a caracterizar o fato jurídico lato sensu construído conforme os termos estabelecidos na seara da autonomia privada. Visando garantir que essa autonomia seja efetiva e corresponda aos ansei-

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA.

os do particular que se torna parte em um negócio, nosso ordenamento contém o capítulo dos defeitos do negócio jurídico. Esses defeitos, se constatados em uma situação fática, garantem àquele prejudicado a possibilidade de requerer a anulação do negócio jurídico realizado.

Um desses defeitos é a fraude contra credores, âmbito do presente trabalho. Explicando de forma sucinta, esse instituto protege a garantia do credor frente a um devedor que se torne insolvente ou aumente seu grau de insolvência de forma maliciosa. Assim, negócio jurídico praticado em fraude contra credores poderá ser invalidado pelo credor prejudicado.

Essas considerações preliminares são pontos pacíficos na doutrina. Todavia, a nova dinâmica social traz à realidade dos negócios jurídicos novas situações cujo ordenamento, por ser intrinsecamente incompleto e incapaz de cuidar de todas as possibilidades da infinidade de práticas de uma sociedade, manifesta-se de forma insuficiente.

Trata-se aqui da aparente limitação imposta pelo Código Civil de 2002 à fraude contra credores de atacar somente negócios realizados se o crédito protegido já existisse à época de sua realização (art. 158, § 2º). Nessa linha de raciocínio, a fraude contra credores não poderia ser invocada em casos em que fosse verificada uma dilapidação de patrimônio maliciosa contra credores cujos créditos não existissem à época da realização do negócio jurídico fraudulento, mesmo que já pudessem ser presumidos.

Este trabalho investiga a possibilidade do reconhecimento de vício em um negócio jurídico por fraude contra credores, ainda que não presente o requisito da pré-existência do crédito. Utiliza-se para tanto de uma análise teleológica do Código Civil, dos seus princípios norteadores, do uso do direito comparado e das mais diversas técnicas de interpretação do direito. Por fim, analisa o tratamento dado pelos órgãos do poder judiciário ao julgar tais casos e propõe formas de dar maior operabilidade a este novo instituto jurídico.

2.0 INSTITUTO JURÍDICO DA FRAUDE CONTRA CREDITORES

Como é cediço, o ordenamento brasileiro consagra a responsabilidade patrimonial do devedor², que em suma alça o patrimônio deste à posição de responsável por adimplir as suas obrigações, vedando qualquer invasão à sua esfera pessoal, como ocorria em tempos remotos, com a escravidão por dívidas, por exemplo.

A aplicação desta norma traz uma situação de desvantagem daquele credor que vê o patrimônio de seu devedor tornar-se incapaz de adimplir o seu crédito. Sendo uma condição pré-existente, nada pode fazer o credor. No entanto, o ordenamento jurídico adotou engenhoso mecanismo para evitar que um devedor solvente (com patrimônio capaz de satisfazer o credor) lesasse o direito de seu credor desfazendo-se de seu patrimônio. Eis a figura do defeito do negócio jurídico fraude contra credores.

2 A norma tem assento no artigo 591 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 789 do CPC de 2015), que pela sua clareza, é de vital importância que seja aqui transcrito: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”.

FRAUDE CONTRA CREDITORES PRESUMIDOS: A configuração do defeito no negócio jurídico sem a necessária pré-existência do crédito

A fraude contra credores é um instituto jurídico amplamente reconhecido no âmbito do Direito Civil brasileiro. Encontra-se positivado no Código Civil de 2002, no capítulo de defeitos do negócio jurídico, do livro III – dos fatos jurídicos. E é exatamente nesta categoria que está enquadrado na doutrina.

Seu conceito é antecipado pelo seu título, pois trata justamente de um ato de disposição patrimonial de um devedor, que se desfazendo de seu patrimônio, das mais variadas formas apontadas no código civil, frustra o direito de seu credor de ter o seu crédito satisfeito.

Este aspecto de proteção à garantia do credor é destacado por Carlos Roberto Gonçalves na conceituação da fraude contra credores:

“Fraude contra credores é, portanto, todo ato suscetível de diminuir ou onerar seu patrimônio, **reduzindo ou eliminando a garantia que este representa para pagamento de suas dívidas**, praticado por devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência” (GONÇALVES, 2012, p. 412) (grifou-se)

Pode-se então inferir que a fraude contra credores é instrumento do nosso ordenamento para proteger garantia do credor. O referido defeito do negócio jurídico reputará inválido³, portanto, o negócio que frustrar esse direito, e dessa forma, impedirá que o patrimônio do devedor seja dilapidado a ponto de não mais constituir-se como uma garantia de satisfação do crédito.

O remédio processual adequado para atacar o negócio jurídico em fraude contra credores é a ação pauliana (ou ação revocatória). Entretanto, para utilização deste instrumento é forçoso observar os elementos necessários para a sua configuração. Da leitura do código civil e de uma revisão doutrinária, temos como pacífica a necessidade de dois elementos basilares: *consilium fraudis* e *eventus damni*.

O *eventus damni* tem caráter objetivo, e se configura pelo simples surgimento da insolvência, ou sua ampliação, pelo negócio jurídico celebrado pelo devedor. Ou seja, basta que o patrimônio do devedor seja reduzido, de modo que não possa mais garantir o pagamento ao credor, ou se já insolvente, diminua de modo a atender ainda menos ao crédito devido.

Já o *consilium fraudis*, tem cunho subjetivo, e consiste no aferimento, na identificação, de um intuito de celebrar o negócio jurídico tendo em vista fraudar o direito do credor. É elemento constituinte da fraude contra credores, de modo que não basta apenas a dilapidação do patrimônio prejudicando o credor – aspecto analisado no prisma do *eventus damni*. A má-fé é necessária nesse segundo elemento, exigindo-se que a dilapidação do patrimônio ocorra em decorrência de um desígnio dos que celebram o negócio. Há aqui a intenção em efetivamente dar causa ao *eventus damni*.

Ressalva-se que, aquele que realiza negócio com devedor insolvente, guiado pela boa-fé, não pode ter seu negócio anulado, justamente por faltar a este ato o componente do *consilium fraudis*, protegendo o direito de terceiro que agiu sem intenção de fraudar os credores.

³ Há forte discussão entre os juristas se o efeito jurídico seria a ineficácia ou a invalidade do negócio. Utilizou-se neste trabalho a opção adotada pelo Código Civil, pois adentrar nessa seara fugiria do escopo deste trabalho.

Todavia, elemento contestável, e objeto do presente trabalho, é a exigência do crédito ser pré-existente. Tal discussão ocorre, pois, o Código Civil de 2002, no § 2º do artigo 158, repetindo o parágrafo único do artigo 106 do código de 1916, estabelece taxativamente que “só os credores que já eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles”. O civilista Silvio Venosa, por exemplo, chega a coloca-lo não só como um requisito para a invocação da fraude contra credores, mas como um terceiro elemento, ao lado do *eventus damni* e do *consilium fraudis*.⁴

No entanto, na Era da Informação, a sociedade contemporânea, em suas relações jurídicas e econômicas cada vez mais dinâmicas, cria possibilidades de se presumir uma obrigação antes mesmo de que ela se converta em um palpável e concreto crédito a favor de um credor. Desse modo, urge a necessidade de se proteger também o direito daquele que está na iminência de se tornar um credor, mas que ainda não o é, de fato.

Diante da possibilidade de se presumir um crédito, cabe indagar se uma interpretação extensiva do indigitado dispositivo não atenderia melhor às atuais práticas sociais. Procura-se aqui uma interpretação que busque conformar-se aos princípios que embasam a Codificação Reale, sem se distanciar da legislação, salvaguardando assim, a segurança jurídica.

3. TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO⁵

É indubitável que a letra do Código Civil, até de forma lacônica, determina que a fraude contra credores só possa ser pleiteada em razão de crédito pré-existente. A clareza de seu texto é tamanha que aparentemente não há que se discutir a fraude contra crédito superveniente. Por isso, faz-se necessário esclarecer que as técnicas de interpretação do Direito, buscando sempre extrair o comando por trás da norma escrita, não se limitam à interpretação gramatical. Ou seja, a doutrina criou técnicas aceitas pela jurisprudência e comum na práxis jurídica de se extrair um comando de um dispositivo normativo não exposto explicitamente.

Dentre as mais diversas formas de interpretação apontada pelos juristas, destaca-se aqui três formas bastante recorrentes na doutrina e que corroboram a interpretação extensiva aqui defendida.

Primeiramente, a técnica lógico-sistemática, que tem uma visão global das normas. Observando a norma inserida em um ordenamento, essa técnica visa harmonizá-la com as outras normas e princípios com os quais coexistem. Assim, ao se aplicar uma norma, aplica-se na verdade a regra de um ordenamento maior, devendo o comando dessa norma estar em consonância com o que preceitua esse ordenamento.

Outra técnica não menos importante e cada vez mais presente diante do ativismo judiciário é a interpretação sociológica da norma. Esta técnica, atendendo a nova posição que o Direito ocupa na sociedade e distanciando-se da velha visão do Direito puro e positivo, visa a aplicação da norma

4 “São três os requisitos para a tipificação da fraude contra credores: a anterioridade do crédito, o *consilium fraudis* e o *eventus damni*”. (VENOSA, 2011, p. 455).

5 FREIRE, 2013, pp. 305 - 349.

de acordo à sociedade com a qual convive. O direito deve moldar-se às novas relações e práticas sociais, de modo que, por vezes, torna-se necessário a ampliação de um sentido para abarcar novas situações fático-jurídicas.

Por fim, destaca-se a interpretação teleológica. A teleologia é o estudo das finalidades. Por conseguinte, a interpretação teleológica, por meio de um processo hermenêutico, visa aferir o fim (télós) de uma norma, ou seja, investiga-se o seu real objetivo, buscando descortinar as relações jurídicas que a norma, de fato, intenta regular. O uso dessa interpretação demonstra que por vezes, o resultado de uma interpretação gramatical não é suficiente para atingir o fim pretendido. Perquire-se então qual o sentido daquela norma e qual o alcance que ela deve ter para atingir seus objetivos.

4. PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Na linha do Direito pós-positivo, o Código Civil de 2002 é aberto às novas interpretações – para além da gramatical. Para guiar tais interpretações, reveste-se de princípios⁶, que representam verdadeiras diretrizes para o hermeneuta. Diferentemente do código de 1916, estes princípios tem maior força normativa, de forma que irradiam para a aplicação de cada dispositivo presente no diploma normativo. Assim, qualquer técnica interpretativa utilizada deve almejar a conformação com os princípios do código.

Não é diferente a visão de Miguel Reale sobre o Código Civil de 2002:

*“Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. O código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula rebus sic stantibus”*⁷.

É preferível, nesse ponto de vista, que a norma seja aplicada de um modo extensivo, adequando-se ao “conjunto harmônico de preceitos”, do que uma interpretação mais restritiva, ainda vinculada à “crença na plenitude hermética do Direito Positivo”. O direito civil pregado pelo Código de 2002 não mais se restringe ao que escreve o legislador. Diante da análise de um caso concreto, é preferível, como o próprio Reale aponta, uma interpretação que aplique os princípios, em detrimento de uma aplicação da norma pura como uma solução plena para os problemas jurídicos e que entre em conflito com toda a matriz principiológica do código.

Ainda nesse sentido, e antes que se adentre no estudo dos princípios do nosso Código Civil, vale citar o brilhante magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, alçando o respeito aos princí-

6 Embora não tenham sido expressamente positivados, os princípios da socialidade, operabilidade e eticidade foram destacados por Miguel Reale um dos principais expoentes do Código Civil de 2002, em texto sobre a codificação, a “Visão Geral do Projeto de Código Civil”, e são amplamente divulgados e aplicados pela doutrina civilista.

7 **Visão geral do projeto de código civil.** Em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 25/01/2015

pios a um patamar ainda mais elevado:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁸”

É abraçando essa tese que o Código Civil de 2002 é amplamente conhecido pela doutrina civilista como o código que rompeu uma postura patrimonialista e individualista do seu congêneres de 1916. Tomemos como exemplo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, que ao comentarem a transição dos códigos, diferencia:

“Assim, necessariamente, o Código Civil de 2002 precisava se afastar dos valores (patrimonialismo e individualismo) que marcaram significativamente a Codificação que lhe antecedeu, buscando novos referenciais, mais próximos e atentos aos valores da Constituição da República, em especial dos direitos e garantias fundamentais⁹”.

Para realizar essa transformação no Direito Civil brasileiro, tendo como um de seus principais mentores Miguel Reale, o Código Civil de 2002 baseou-se em três princípios que garantem uma maior aceitação social da lei. Princípios estes que buscam se alinhar aos valores da Constituição Federal, adequando a lei ao seu superior normativo e, conseqüentemente, à sociedade que o aplica. O próprio Reale é quem destaca os três princípios: socialidade, eticidade e operabilidade.

De forma breve, serão apresentados estes três princípios, que devem servir como diretrizes da interpretação proposta no presente trabalho.

O primeiro deles, a socialidade, visa à conformação das situações jurídicas com uma finalidade social. Ou seja, a satisfação de um interesse individual não pode prejudicar a sociedade na qual está inserida. “O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas legítimas coletivas que lhe rodeiam.”¹⁰

O princípio da eticidade é, sem dúvidas, um dos mais caros e inovadores princípios do novo código. Ele coloca valores fundamentais de uma sociedade justa como diretriz interpretativa para todas as normas estabelecidas pelo diploma normativo. Dessa forma, ela irradia para todos os dispositivos, influenciando no modo como cada um deles se aplica.

O próprio Reale, comentando a nova codificação, reconhece a impossibilidade da aplicação restrita da lei, abrindo caminho para que os princípios éticos influenciem na aplicação dos mais diversos dispositivos. Só assim poderá conformar a letra da lei (o direito positivado) com seu aspecto

8 MELLO, 2010, p. 959

9 FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 48.

10 FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 49.

teleológico e com a sociedade que rege.

“Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. “O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.” *(grifou-se)*

Ademais, merece destaque neste tópico a boa-fé. Esse instituto é de tal importância para a prática da eticidade que ele foi positivado no Código de 2002 em seu artigo 422 e disperso em outros, resguardando os interesses daqueles que apesar de aparentemente envolvidos em situações contrárias ao ordenamento, agem de boa-fé.

Abrimos espaço aqui para uma breve digressão para distinguir a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva, também retrato da consagração do princípio da eticidade, analisa o indivíduo em sua intenção, no seu animus, ao passo que a boa-fé objetiva trata de um dever de bom comportamento, esperado por todos em uma sociedade. São deveres de agir que se agregam à forma como as pessoas devem lidar com suas obrigações. Inserem-se aqui, por exemplo, comportamentos que independente das intenções do agente, são esperados pela sociedade, como probidade, lealdade, honestidade, entre outros.

Por fim, o princípio da operabilidade busca dar ao magistrado meios para que os direitos sejam concretizados. O legislador agora não mais almeja, como nas primeiras codificações, criar um sistema completo e fechado. O que se destaca agora é um sistema operável e aberto.

O princípio da operabilidade garante então um maior uso e adequação do direito à realidade social. Nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona “o Princípio da Operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional”¹¹

Ganha poder a figura do magistrado, que no exercício de suas atribuições dará aplicabilidade ao direito em tela. Adequando-se ao seu tempo e sociedade, cabe a ele valorar os fatos e conformar a lei com os seus destinatários, nas mais diversas facetas que estes podem assumir.

11 GAGLIANO; PAMPOLNA FILHO, 2014. p. 97.

5. RECONHECIMENTO DA FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS

Diante do exposto até então, temos que o código civil de 2002: 1. admite o vício do negócio jurídico pelo reconhecimento da fraude contra credores; 2. estabelece que este defeito pode ser pleiteado apenas em favor de créditos já existentes à época do negócio; 3. aceita das mais diversas interpretações, tendo em vista a consecução de seus princípios norteadores (socialidade, eticidade e operabilidade).

É na esteira da abertura às novas interpretações, característica das mais louváveis no direito contemporâneo, que o presente trabalho defende o reconhecimento da fraude contra credores presumidos.

Os credores presumidos são aqueles que ainda não possuíam o crédito vinculando o patrimônio do devedor à época da realização do negócio jurídico fraudulento, mas que, por razões lógicas, poderia o devedor presumir a superveniência desse crédito. Exemplos dessas situações seriam as daqueles que se desfazem de seu patrimônio após prestarem informações de bens que garantiriam o crédito antes de contrair um empréstimo, ou emitirem um cheque, ou colocarem-se em situação de fiador ou avalista. Estas seriam algumas das maneiras que se encontra de burlar a lei e fraudar o credor.

Ressalta-se que presumir um crédito é diferente de um crédito com execução diferida. Neste o crédito já está constituído e, em que pese o seu adimplemento será dado em momento posterior, qualquer dilapidação do patrimônio já configuraria um fraude contra credores por uma pré-existência do crédito. Na presunção do crédito, este ainda não é constituído, muito embora o futuro devedor já tenha ciência de que ele surgirá.

Diferenciação de extremo interesse para o reconhecimento da fraude contra credores nesta situação é a de separar um crédito presumido de um mero crédito futuro. Analisando o conceito de credor presumido e os exemplos que o ilustraram, percebe-se que em suas circunstâncias, o devedor tem plenas condições de antever um crédito a responsabilizar seu patrimônio. Já um crédito futuro é aquele que ocorre sem condições minimamente previsíveis, ainda que por acontecimentos não totalmente inesperados.

5.1 FRAUDE AO CREDOR PRESUMIDO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Enfrenta-se agora o ponto central da questão, ou seja, de como o Código Civil de 2002 recepciona o instituto jurídico da fraude contra credores e como ele pode ser operacionalizado em nosso ordenamento.

Primeiramente, destaca-se que, por trás do instituto da fraude contra credores, está posicionado, sobretudo, o princípio da eticidade, que prega a boa-fé e a probidade nos negócios jurídicos. Estes valores tão caros à formação do novo código civil defendem a postura daquele que honra com os compromissos assumidos, que realiza negócios de boa-fé e que, em resumo, tem uma postura proba diante dos olhos da outra parte e de toda a sociedade na qual convive.

FRAUDE CONTRA CREDITORES PRESUMIDOS: A configuração do defeito no negócio jurídico sem a necessária pré-existência do crédito

O mesmo princípio, no entanto, ataca aquele que age de má-fé, que mesmo aparentemente em conformidade com as regras do ordenamento, utiliza-se de subterfúgios para burlar os próprios princípios desse ordenamento. Aqui se encaixa a figura do que fraudar um credor presumido. Proteger sua conduta e seus negócios fraudulentos realizados com vistas a fraudar credor superveniente se configuraria um atentado à própria sistemática e princípios do código civil de 2002.

É inegável que o indivíduo que busca fraudar credores viola a eticidade nas duas vertentes da boa-fé. A subjetiva é lesada no momento em que há uma verdadeira intenção em prejudicar o terceiro, configurando-se o *consilium fraudis*. A boa-fé objetiva é lesada pois age de forma a desprezear os bons costumes, agindo de forma flagrantemente desleal. Ora, o adimplemento de uma dívida é o que se espera de quem contrai uma obrigação. Quem dilapida seu patrimônio para não pagá-la, além de agir com o intuito de lesar, age em desconformidade com o que se espera dele por lhe faltar a lealdade de honrar aquilo que se comprometeu a adimplir.

Importante que se reforce neste ponto da discussão a necessidade de uma interpretação teleológica do dispositivo normativo. Da análise do § 2º do art. 158 não paira dúvidas de que este visa proteger o credor de boa-fé, que não pode ser lesado por um devedor de má-fé. Assim, ainda que a fraude ocorra antes do crédito, ardilosamente tentando se acobertar nas regras do código civil, este ordenamento não pode defendê-la, pois assim, estaria contrariando sua finalidade. A norma, pré-concebida em conformidade com os princípios do código para proteger a eticidade nos negócios jurídicos, não poderia dar abrigo a quem age de má-fé, buscando lesar seu credor.

A socialidade, também princípio do Código Civil de 2002, não corrobora a proteção de um negócio viciado com vistas a fraudar credor presumido. O mesmo princípio que defende uma ação individual em harmonia com o bem-estar dos que convivem com ela, não pode compactuar com a prevalência de um negócio jurídico eivado de vício social.

A aplicação do defeito do negócio jurídico da fraude contra credores ganha importância neste ponto por se tratar justamente de um vício social. Isto pois, diferentemente dos vícios de consentimento - em que o negócio é inválido pois há um defeito na formação da vontade da parte no negócio - nos vícios sociais não há falha na expressão da vontade em conformidade com a intenção do indivíduo. No vício social, há, pelo contrário, uma intenção bem concebida em prejudicar terceiro, ou fraudar uma lei. Um negócio eivado deste vício, é, portanto, altamente nocivo ao corpo social em que se realiza.

“Já nos vícios sociais a vontade é exteriorizada em conformidade com a intenção do agente. No entanto, há uma deliberada vontade de prejudicar terceiro ou burlar a lei, motivo pelo qual o vício não é interno, endógeno, mas externo, de alcance social. No ordenamento jurídico pátrio encontra-se como vício social a fraude contra credores”¹²

Observa-se nesse sentido uma clara afronta ao referido princípio a prática que, abrigoando-se

12 FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 585.

em uma interpretação restritiva da lei, proteja um interesse individual em face de uma legítima pretensão de terceiros. Aceitar a dilapidação prévia do patrimônio, simplesmente por ser antes da existência do crédito, vai de encontro ao princípio em comento. Revela-se muito mais adequada ao ordenamento uma postura de reconhecimento a fraude contra credores presumidos.

De uma análise sociológica, detecta-se que a norma precisa, nos dias atuais, adaptar-se às novas práticas sociais. Precisa-se estender o reconhecimento da fraude contra credores à essas fraudes pré-concebidas, de modo a abarcar as novas situações presentes no corpo social. Não se aceita mais uma postura cega do Direito aos novos acontecimentos. É preciso que este seja interpretado de acordo à sociedade com a qual convive, regulando as novas relações sem perder de vista o seus princípios e finalidades.

5.2 FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Passa-se agora a um exercício do direito comparado, método de estudo eficiente para intercambiar o conhecimento e soluções jurídicas, de modo a aprimorar o ordenamento pátrio. Embora a discussão do presente artigo ainda caiba em relação ao código civil brasileiro, observa-se reconhecido o instituto jurídico aqui defendido em diversos ordenamentos estrangeiros, inclusive de forma positivada.

No direito italiano, o código civil de 1942, em uma das mais completas legislações sobre o tema traz a hipótese da fraude ao crédito presumido de forma expressa quando trata das condições da ação revocatória em seu art. 2901: “che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento,”¹³

O Código civil português de 1966 estabelece os dois requisitos aqui apresentados – *eventum damni* e *consilium fraudis* – aceitando a configuração do *consilium fraudis* ainda que antes da constituição do crédito: “Ser o crédito anterior ao acto ou, sendo posterior, ter sido o acto realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor”

Por fim, apesar do sucinto tratamento dado pelo Código Civil francês em seu artigo 1.167, a jurisprudência da Corte de Cassação Francesa já aceita a *prévision frauduleuse*, que aproximando-se dos códigos civis da Itália e de Portugal, aceita a ação pauliana contra atos de disposição maliciosa do patrimônio com intuito de fraudar credores presumidos. Destaca Yussef Said Cahali em sua obra “Fraude contra credores”:

No direito francês, refere Ripert que, a partir de 1852, a Corte de Cassação tem decidido, de maneira constante, que os credores posteriores ao ato fraudulento podem por exceção impugnar esse ato se houve da parte do devedor *prévision frauduleuse*, se o ato foi praticado para ludibriar os terceiros que viriam a contratar ulteriormente.¹⁴

13 Que o devedor sabia do prejuízo que o ato causaria ao credor ou, tratando-se de ato anterior ao surgimento do crédito, o ato fosse dolosamente preordenado para prejudicar a sua satisfação. Tradução livre

14 CAHALI, 2003, p. 107.

FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS: A configuração do defeito no negócio jurídico sem a necessária pré-existência do crédito

Na corte de cassação francesa, como exemplo do acima citado destacam-se duas decisões de 1992¹⁵ e de 1993¹⁶, em que se consagra a aceitação da já citada *prévision frauduleuse* como elemento que afasta a necessidade da pré-existência do crédito. Ambas as decisões defendem o posicionamento de que o reconhecimento da fraude contra credores quando há uma *prévision frauduleuse*, ainda que não existisse o crédito ao tempo do negócio jurídico fraudulento, não afrontaria o art. 1.167 do código civil francês, que permite a impugnação dos atos fraudulentos pelos credores prejudicados.

5.3 OPERABILIDADE DA FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS

Atendendo ao princípio da operabilidade e visando dar uma maior aplicabilidade ao referido conceito, o presente trabalho aponta para uma adoção da *prévision frauduleuse* francesa como um elemento alternativo ao requisito da pré-existência do crédito. Dessa forma, ao se analisar a fraude contra credores, deve-se primeiramente observar o *eventus damni* e *consilium fraudis*, como já assentado na doutrina e ordenamento pátrio. Em seguida, na investigação sobre a pré-existência do crédito, este seria dispensado se ficasse caracterizado que o negócio jurídico realizado pelo devedor tivesse como objetivo a fraude de um credor presumido. É dizer: presumindo a superveniência do crédito, não há necessidade do cumprimento do requisito de o crédito existir à época da realização do negócio jurídico fraudulento. Estes elementos se relacionariam de forma alternativa, bastando a presença de um deles para ser vencido este estágio do reconhecimento de uma fraude contra credores.

JURISPRUDÊNCIA

Expostas as razões para o reconhecimento da fraude contra credores presumidos, o presente trabalho passa agora a analisar o posicionamento jurisprudencial nacional frente a esse tema, destacando-se aqui a posição do mais alto tribunal pátrio competente para o julgamento de questões de leis federais, o Superior Tribunal de Justiça, bem como de Tribunais de Justiça dos estados.

Em primeiro plano desataca-se julgado do STJ no recurso especial 1.092.134/SP, de 2010, que teve como relatora a ministra Nancy Andrighi. Analisando caso em que uma pessoa dilapidou seu patrimônio pouco antes de se obrigar como avalista, portanto, antes da existência do crédito, não viu obstáculo à recepção da fraude contra credores presumidos, reconhecendo de forma categórica o instituto jurídico da fraude contra credores. Transcreve-se trecho do voto da relatora:

A ordem jurídica, como fenômeno cultural, deve sofrer constantemente uma releitura, na busca pela eficácia social do Direito positivado. Assim, aplicando-se com temperamento a regra contida no referido preceito legal, en-

15 <<http://www.easydroit.fr/jurisprudence/chambre-commerciale-31-Mars-1992-ACTION-PAULIENNE-Conditions-Fraude-Complicite-d-un-tiers-Con/C224519/>>. Acesso em: 21 de agosto de 2014

16 <<http://www.juritravail.com/jurisprudence/JURITEXT00550007185234.html>>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

tendo que, embora a anterioridade do crédito – relativamente ao ato impugnado – seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, ela pode ser relativizada quando for verificada a fraude predeterminada para atingir credores futuros, ou seja, o comportamento malicioso dos recorrentes, no sentido de dilapidarem o seu patrimônio na iminência de contraírem débito frente à requerida. (STJ, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

Ao brilhante voto da ministra, data venia, opta-se por adotar aqui a denominação fraude contra credores presumidos, no lugar de “fraude predeterminada para atingir credores futuros”. Esta postura se justifica para evitar uma possível interpretação demasiadamente extensiva, diante do anteriormente exposto sobre credores presumidos versus credores futuros. Defender o uso da fraude contra credores por alguém que não se presumia se insurgir como um credor seria contra princípios do ordenamento, a exemplo da segurança jurídica de forma tão grave que não justificaria uma argumentação pela defesa dos princípios norteadores do código civil.

Cabe ainda destacar que no julgamento do mesmo caso, o posicionamento do TJSP foi idêntico ao STJ, reconhecendo a possibilidade de se propor ação pauliana tendo em face de negócio jurídico malicioso, realizado com a intenção de se fraudar crédito que sabidamente ocorreria¹⁷. O TJRS também já se posicionou no mesmo sentido¹⁸.

Assim, percebe-se que os tribunais brasileiros já vem aceitando a tese aqui defendida para flexibilizar a regra contida no Código Civil em situações tais que negócios jurídicos fraudulentos ocorrem ao arpejo da proteção conferida ao credor pelo nosso ordenamento.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, verifica-se que a questão inicialmente levantada acerca da possibilidade de se utilizar o instituto jurídico da fraude contra credores em face de negócios jurídicos realizados anteriormente à constituição do crédito, mas cuja superveniência deste já pudesse ser presumida à data da realização do negócio, encontra uma solução positiva do ordenamento pátrio.

Como visto, a aplicação dos princípios que regem o Código Civil de 2002, as mais diversas formas de interpretação utilizadas no Direito, o uso do direito comparado e a análise da jurisprudência pátria apontam para a possibilidade do proposto neste trabalho. Todavia, percebe-se que o instituto da fraude contra credores presumidos é pouco tratado na doutrina civilista, fazendo-se imprescindível um maior destaque para esse tema, dando maior operabilidade ao seu conceito.

Dessa forma, é com base nos princípios norteadores do transformador Código Civil de 2002

17 Apelação Cível Nº 460.891.4/5-00), Segunda Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Ariovaldo Santini Teodoro, Julgado em 05/12/2006.

18 Apelação Cível Nº 70036795342, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 16/03/2011

FRAUDE CONTRA CREDORES PRESUMIDOS: A configuração do defeito no negócio jurídico sem a necessária pré-existência do crédito

que a preexistência do crédito deve ser interpretada não apenas na literalidade de um crédito já de fato existente à data do negócio e passível de cobrança. Aproximando-se da realidade social e em uma investigação teleológica e sistemática da norma, exige-se uma interpretação que proteja a garantia do credor do qual se pode presumir o seu crédito, mesmo antes de sua efetiva existência.

REFERENCIAS

CAHALI, Yussef Said. Fraude contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito Civil: Parte geral e LINDB. Vol. 1. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FREIRE, Ricardo Maurício. Teoria da Interpretação do Direito. In: _____. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Salvador: Juspodivm, 2013. pp. 305 - 349.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLNA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, vol. 1. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. I. 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil - vol. 1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio. Direito Civil: Parte Geral, 11ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011.

<<http://www.easydroit.fr/jurisprudence/chambre-commerciale-31-Mars-1992-ACTION-PAULIENNE-Conditions-Fraude-Complicite-d-un-tiers-Con/C224519/>> Acesso em: 21 de agosto de 2014.

<<http://www.juritravail.com/jurisprudence/JURITEXT000007185234.html>>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

Visão geral do projeto de código civil. Em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 25/01/2015