

RESCISÃO DA SENTENÇA QUE AMPAROU ATO DECLARADO INEFICAZ OU REVOGADO POR REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Márcio Xavier Coelho[†]

Resumo: Objetiva o presente trabalho analisar a hipótese de rescisão de sentença que ampara ato declarado ineficaz ou revogado em revocatória com o intuito de investigar se o art. 138 da Lei n.º 11.101/2005 é hipótese de relativização da coisa julgada.

Palavras-Chave: Rescisão de sentença; ato ineficaz ou revogado; Falência.

RESCISSION OF SENTENCE THAT SUPPORTED, ACT DECLARED INEFFECTIVE OR REVOKED RELATING TO THE BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Abstract: The present work aims examining the possibility of rescission of sentence that supports act declared ineffective or revoked in revocatória with the objective the investigate if the art. 138 of Law no. 11.101/2005 it is hypothesis of relativization of the *res judicata*.

Keywords: Rescission of sentence; Ineffective or revoked act; Bankruptcy.

[†] Advogado. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga/MG. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduado em Direito Desportivo pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pós-graduado em Direito Público/Gestão Municipal pelo UNEC. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Rede Doctum de Ensino. e-mail: marcio@maiaxavier.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. Revocatória falimentar: ineficácia ou revogação; 3. Rescisão da sentença que amparou ato declarado ineficaz ou revogado; 4. Relativização da coisa julgada? 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO



Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, revogando o Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, passou a regular o processo de falência do empresário e da sociedade empresária, também se incluindo a recuperação judicial e extrajudicial.

al.

Referido diploma legal traz em seus vários dispositivos normas de conteúdo material, mas também de cunho processual, aliás, seu art. 189 determina expressamente a aplicação subsidiária, no que couber, das normas da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

A falência é estado de insolvência jurídica, sendo seu sistema orientado pelo princípio da preservação da empresa, visando a otimização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos e da *par conditio creditorum*, assegurando-se paridade entre os credores de mesma situação, em que devem concorrer ao juízo indivisível da falência para haver participação no rateio dos bens arrecadados, com observância da existência de categorias diferenciadas de credores, sem garantia (quirografários) ou com preferências que podem ser (garantias reais) ou privilégios processuais, redundando em prioridade.

Contudo, por vezes poderá ocorrer a saída irregular de bens do patrimônio do falido, com liquidação precipitada ou com o gravame de direitos, ocorrendo prejuízo aos credores, já que há muito ultrapassadas as fases do cumprimento das obrigações na pessoa do devedor como a *manus injectio e pignoris capio*, para determinar que será no patrimônio do devedor que

responde pelo saldo das obrigações assumidas.

Previu-se, portanto, a utilização da revocatória falimentar, seja por ineficácia (LRE, art. 129), seja por revogação (LRE, art. 130), como medida assecuratória à eliminação de fraude contra os credores, a primeira por presunção decorrente da própria norma, a segunda, provando-se o *consilium fraudis* (elemento subjetivo) e o *eventus damni* (elemento objetivo). A proteção outorgada pela lei (art. 138) é tão ampla que o ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, com a ressalva das situações de recuperação judicial prescritas no art. 131, e sendo revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou.

Tratando-se de rescisão da sentença que amparou ato declarado ineficaz ou revogado é necessário investigar se esta previsão encontra alguma inconsistência lógico-sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, a considerar o sistema processual de rescisão de julgados e as garantias constitucionais relacionadas ao processo, e se a referida situação é caso de relativização da coisa julgada material.

2. REVOCATÓRIA FALIMENTAR: INEFICÁCIA OU REVOGAÇÃO

Como já dito, o objetivo da revocatória falimentar é buscar os bens que saíram do patrimônio da massa falida, por fraude ou apenas por presunção legal desta fraude (ineficácia). Discute-se a origem da ação revocatória falimentar, o que proporciona uma associação imediata com a ação pauliana cível. Registre-se que a revocatória falimentar está atualmente prevista nos arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (arts. 52 e 53 do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945) e a ação pauliana cível, nos termos do art. 158 e seguintes do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro

de 2002).

Neste contexto há duas bifurcações teóricas que procuram definir os institutos, ação revocatória e ação pauliana, ora afirmando mesma origem e princípios, ora com origens e características diferentes. Destacam-se a *teoria unitária*, a qual defende que tanto a revocatória cível quanto a revocatória falimentar possuem identidade de finalidade e características.

Por outro lado, a *teoria dualista*, que sustenta haver distinção entre as espécies, subdivide-se em outras duas classificações, sendo a *dualista mista* em que a legislação falimentar teria criado a revocatória por ineficácia (art. 129 da Lei n.º 11.101/2005) e a revocatória por revogação (art. 130 da Lei n.º 11.101/2005), bem como a *dualista autônoma*, cujo fundamento sustenta independência da ação pauliana, com propriedades, princípios e finalidades inerentes ao processo falimentar.

Certo é que coexistem no direito brasileiro os dois sistemas de revocatória, ressaltando a autonomia do direito empresarial, com os princípios e características próprios. A Lei n.º 11.101/2005 foi redigida da seguinte forma:

Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

Muito clara é a distinção entre os dispositivos, o primeiro prescrevendo a hipótese de ineficácia e o segundo a hipótese de revogação. Não é objetivo deste trabalho perscrutar todas as hipóteses legais e doutrinárias acerca das condições de ineficácia ou revogação em matéria de falência, entretanto, é primordial estabelecer as necessárias distinções.

Se está a discutir, portanto, sobre negócios jurídicos, ou seja, o ato jurídico produzido mais em função da vontade do agente do que como forma imperativa da lei, tendente a criar,

modificar e extinguir direitos, decorrente da autonomia da vontade.

Afinal de contas, as hipóteses contempladas nos arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/2005 conduzem ao entendimento de que os atos praticados são sempre negócios jurídicos, como o pagamento de dívidas não vencidas ou o seu pagamento por meio diverso do previsto no contrato; a constituição de direito real de garantia; a prática de atos a título gratuito; a renúncia de direitos; a alienação de bens componentes do estabelecimento, entre outros engenhos da criatividade humana.

Estabelecido o objeto da revocatória, ou seja, o negócio jurídico reputado como ineficaz ou anulável, necessário formular algumas considerações sobre os vícios do negócio jurídico, que geralmente ocorrem por inexistência, ineficácia, nulidade e anulabilidade.

O ato jurídico inexistente é aquele que não está no mundo fático ou jurídico, como a sentença que não está assinada ou o casamento celebrado por quem não possui competência *ratione materiae*, ou nas palavras de Claro (2005, p. 78)¹ “é aquele que carece de um elemento estrutural”, sequer sendo necessário pronunciamento judicial para tanto.

Considera-se ato jurídico nulo aquele que, embora existente no mundo dos fatos, não possui aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico. Não é suscetível de convalidação, tendo em vista que a intenção é proteger a ordem pública, mas o ordenamento jurídico garante a segurança jurídica pela ocorrência da prescrição. Exemplo clássico são os contratos realizados diretamente por absolutamente incapaz.

São atos jurídicos anuláveis aqueles que se apresentam no mundo fático e jurídico, porém, apresentam algum tipo de defeito que os tornam imprestáveis. Assim, sua validade persiste até que seja retirada por algum provimento. Apesar de ser

¹ CLARO, Carlos Roberto. *Revocatória falimentar*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

suscetível de convalidação não pode ser pronunciada de ofício pelo órgão judicial, e os efeitos de sua declaração produzem-se *erga omnes e ex tunc*.

O ato jurídico ineficaz, assim como o ato jurídico anulável, habita no mundo fático e jurídico. É válido até que sua validade seja retirada do mundo jurídico. Não possui defeitos internos como o vício da vontade ou incapacidade do agente, salvo a reserva mental. Todavia, não produzirá os efeitos almejados pelas partes contratantes tendo em vista a carga legal de sua ineficácia, sendo os efeitos de sua declaração produzidos com força *ex nunc* e nos limites *inter partes*.

Em suas perfeitas considerações Serpa Lopes (2000, p. 503/504) apresenta que:

A ineficácia pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. Num sentido amplo, ela compreende todas as modalidades de ineficácia de um negócio jurídico, decorra de um vício de forma ou de fundo, ou seja, um produto de qualquer outra causa. Num sentido estrito, é que ela se diferencia da nulidade. Esta parte de um deficiência *intrínseca*, ao passo que a ineficácia em sentido estrito decorre de uma deficiência *extrínseca*. O negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que a sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato e *extrínseca*. (...) Na ineficácia, o ato é bifronte: válido, em face das partes contratantes, ineficaz em face de terceiros, visto que, em face destes, os seus efeitos estão subordinados secundariamente às consequências da invalidade.²

Enquanto que na revogação (ato anulável) exige-se a prova dos elementos objetivo (*eventus damni*) e subjetivo (*consilium fraudis*), tal é dispensado para os atos considerados ineficazes, cuja presunção decorre do preceito legal e não negoci-al. Portanto, conforme informa Bezerra Filho (2005, p. 296)³, o

² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9ª ed. vol. I. (revista e atualizada por José Serpa Santa Maria). Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências*

ato ineficaz “*produz seus efeitos em relação ao devedor alienante e ao terceiro que com ele contratou, sem atingir, porém, os direitos da massa falida*”. Portanto, é certo dizer, como Tepedino (2007, p. 383)⁴, que no campo falimentar, a nulidade é exceção.

Lembre-se, outrossim, que para a caracterização de algumas hipóteses de ineficácia deve o negócio jurídico ter sido praticado dentro do termo legal (Lei n.º 11.101/2005, art. 99) que é o período de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; ou dentro do período suspeito, em que o falido poderia ter conhecimento ou indícios de seu futuro inglório, nos termos dos incisos IV e V do art. 129 da Lei n.º 11.101/2005, cujo prazo é de dois anos. Não será ineficaz se tiverem sido praticados os atos como meio de realizar a recuperação judicial, nos termos do art. 131 e arts. 129, I a III e VI, todos da Lei n.º 11.101/2005.

Legitimam-se ativamente à propositura da ação o Administrador Judicial, qualquer credor ou o Ministério Público, e passivamente todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados, seus herdeiros ou legatários; os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores, seus herdeiros ou legatários (Lei n.º 11.101/2005, arts. 132 e 133).

Tratando-se da ação revocatória por revogação, o procedimento será o ordinário, perante o juízo da falência (Lei n.º 11.101/2005, art. 134), ocasião em que a sentença, sendo favorável, determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos

comentada. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴ TEPEDINO, Ricardo *et alli*. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

das perdas e danos. Caberá de dita sentença o recurso de apelação (Lei n.º 11.101/2005, art. 135). A ineficácia, no entanto, poderá ser declarada até mesmo de ofício pelo juiz da falência (Lei n.º 11.101/2005, art. 129, parágrafo único).

Enfim, reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor (Lei n.º 11.101/2005, art. 136).

3. RESCISÃO DA SENTENÇA QUE AMPAROU ATO DECLARADO INEFICAZ OU REVOGADO

Dispõe o art. 138 da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que o ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, ressalvando-se o disposto no art. 131 desta Lei. Ademais, enuncia que revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou.

Não há dúvida de que o art. 138 da Lei n.º 11.101/2005 tratou de definir com exclusão de qualquer outro, o juízo competente para estabelecer a proteção do patrimônio dos credores, a ponto de firmar que a decisão do juízo falencial implica em rescisão da sentença, se foi esta que amparou o ato declarado ineficaz ou revogado.

Antes, na forma do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, seu art. 58 determinava que a revogação poderia ser decretada, *“embora para celebração dêle houvesse precedido sentença executória, ou fôsse consequência de transação ou de medida asseguratória para garantia da dívida ou seu pagamento. Revogado o ato, ficará rescindida a sentença que o motivou”*.

Ora, poderia ter sido desenvolvido um processo judicial, com a pecha de lide simulada (CPC, art. 129), onde em uma eventual audiência de conciliação as partes, terceiro beneficiado e devedor dentro do termo legal ou período suspeito, fizes-

sem uma transação que viesse a ser homologada judicialmente na forma do art. 269, III do Código de Processo Civil, ou de outra forma, tenha seguido o processo de execução, com a penhora e avaliação e posterior adjudicação, ou quiçá a designação de hasta pública, com arrematação.

Tanto a atual como a anterior lei de falências adotaram a mesma terminologia, “rescisão”, para se referir ao efeito produzido no ato jurídico jurisdicional que amparou ato reconhecido em sede de falência, como ineficaz ou revogado.

Este efeito nominado como rescisão, embora guarde compreensão razoável no sentido de aplicação do direito material, poderá fazer surgir diversos questionamentos no campo processualístico, pois, construiu-se ao longo de vários anos preceitos e contornos próprios para o ato de se desconstituir decisões judiciais, inserindo-se técnicas como a ação própria prevista no art. 485 do Código de Processo Civil, e a proteção da *res judicata*, descrita na própria Constituição da República (art. 5º, XXXVI).

Ruggiero (1999, p. 400/404), ensina que a rescindibilidade decorre de um vício, de uma lesão à ordem jurídica, enquanto que a revogabilidade é uma mera possibilidade de exercício por parte do indivíduo no negócio, e por fim, entendendo que a resolubilidade ocorrerá pelo advento da condição anteriormente prevista. Desta forma, não há dúvida de que o art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005 trata da rescindibilidade do negócio jurídico amparado por decisão judicial, ou seja, inquinado de vício com reserva mental, ainda que por mera presunção legal.

Rescindibilidade prescinde de qualquer vício do consentimento ou de incapacidade da pessoa, sendo o seu pressuposto uma lesão. E por lesão deve aqui entender-se não a violação comum ou genérica da esfera jurídica alheia (o ataque puro de um direito alheio, da conhecida proibição do *neminem laedere*), mas uma tão grave desproporção entre a prestação dada ou prometida e a contraprestação recebida ou prometida que origine iníquo depauperamento em um injustifica-

do e desproporcionado enriquecimento do outro. (...)

A *revogabilidade* é uma posição completamente diferente do negócio jurídico. Não há aqui um vício ou uma imperfeição a abrir caminho à impugnação, mas trata-se de um caráter específico que apresenta o negócio jurídico e que consiste em que a vontade do indivíduo, posto que devidamente manifestada e capaz de produzir os seus efeitos próprios, continua ainda a pertencer ao sujeito, o qual pode assim retomá-la e impedir que produza o efeito a que se destinava. (...)

Finalmente, a *resolubilidade* é aquela situação particular em que o negócio se submete ao aparecimento de uma condição que opera o seu desaparecimento. A vontade está desde o início circunscrita e limitada, de modo que, se a eventualidade prevista se verifica, se considera como se nunca tivesse existido. Não há, pois, uma imperfeição provocada por um vício de vontade (como no negócio anulável), nem uma grande desproporção entre as prestações (como na rescindível), nem também uma reserva da própria vontade (como na revogável); a vontade formou-se perfeita, completa, sem reserva, mas formou-se em vista de uma hipótese determinada ou com exclusão de uma determinada hipótese, de modo que, quando esta se verifique (ou não se verifique), a própria vontade desaparece como se nunca tivesse existido.⁵

Indaga-se, o efeito jurídico empregado na palavra “rescisão”, do art. 138, parágrafo único da Lei n.º 11.101/2005 é o mesmo da rescisória processual civil (CPC, art. 485) ou possui significado diferente?

Ricardo Tepedino (2007, p. 412)⁶, citando Pontes de Mi-

⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: introdução e parte geral – direito das pessoas*. 1ª ed. (tradução da 6ª edição italiana, por Paulo Capitanio, inteiramente anotada em comparação ao Código Civil Brasileiro e legislação complementar por Paulo Roberto Benasse). Campinas: Bokseller, 1999.

⁶ Nota 235. Pontes de Miranda se queixa do emprego do verbo *rescindir*, alertando que a sentença, isso sim, será ineficaz em relação à massa (*ob. cit.*, t. 28, § 3.368, p. 377). Conquanto desnecessário e mesmo presunçoso o meu abano ao formidável jurista, peço vênias para dizer que o acerto da invectiva é indisputável. TEPEDINO, Ricardo *et alli*. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

randa em nota de rodapé adverte que a sentença é ineficaz, não sendo adequado o uso do verbo rescindir.

No mesmo sentido, em comentário ao art. 58 do revogado Decreto-Lei n.º 7.661/1945, Trajano de Miranda Valverde (1962, p. 404) explicava que não se tratava tecnicamente de rescisão, mas de mera ineficácia.

412. A revogação do ato, reza o art. 58, poderá ser decretada, embora para a sua celebração precedesse sentença executória ou fosse consequência de transação ou de medida assecuratória para garantia da dívida ou seu pagamento.

Revogado o ato, preceitua a parte final do artigo, ficará de pleno direito rescindida a sentença que o motivou e a conseqüente execução.

Duas hipóteses podem ocorrer: a) o negócio jurídico, que serviu de fundação à ação ou execução, era revogável em relação à massa falida, pelo que, *ipso facto*, fica rescindida a sentença que o acolheu; b) o negócio jurídico, que determinou a ação ou execução, é válido, mas revogáveis as suas consequências, isto é, os atos celebrados em prejuízo dos credores, ou por entrarem em qualquer das hipóteses do artigo 52 ou por se enquadrarem na fórmula genérica do art. 53.

Neste caso, a sentença não se rescinde, mas deixa de produzir seus efeitos em relação à massa falida.⁷

Entretanto, outras conclusões sobre a natureza da expressão “rescisão” são apresentadas por Douglas Bernardes Romão, o qual a submete à regra da lei processual:

Conclui-se que o art. 138, Lei 11.101/05, apresenta-se como autêntica hipótese de relativização da coisa julgada, aplicando-se de forma ampla eliminando a polêmica da taxatividade ou não do rol de norma antecessora, o art. 58, Dec. Lei 7.661/45. Além disso, o termo ‘rescindida’, aplicado no art. 138, Lei 11.101/05, ao significar supressão dos efeitos de sentença, deve ser compreendido à luz do instituto da rescisão (art. 485 a art. 495, todos do CPC), embora inexistente no art. 138, Lei 11.101/05, a diferença entre *judicium rescindendum* e *judicium rescisorium*, sendo a competência regulada pelo

⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 3ª ed. vol. I (arts. 1º a 61). Rio-São Paulo: Companhia Editora Forense, 1962.

art. 134 c/c art. 76, ambos da Lei 11.101/05, não pelo art. 491 e art. 493, ambos do CPC. Além disso, a modulação temporal da aplicação do art. 138, Lei 11.101/05, não se submete à hipótese do art. 495, CPC, de modo que os limites temporais do art. 138, Lei 11.101/05, são fixados em múltiplas hipóteses derivadas de interpretação sistemática do art. 129, art. 130, art. 132, art. 139, art. 149, art. 158, art. 159, todos da Lei 11.101/05, devendo-se considerar a diferença entre declaratória de ineficácia (art. 129, Lei 11.101/05) e revocatória (art. 130, Lei 11.101/05). Conclui-se também que a hipótese do art. 138, Lei 11.101/05, apresenta-se distinta do art. 472, CPC, constituindo-se como clara exceção ao art. 463 e art. 467, ambos do CPC. Por fim, conclui-se que as hipóteses de limites objetivos competenciais de aplicação do art. 138, Lei 11.101/05, devem ser compreendidas sob as soluções empregadas para o conflito de competência e harmonia da estrutura federativa inscrita no Judiciário.⁸

Como se vê, as consequências são amplas em se adotar a expressão rescisão do art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005 de forma semântica à rescisão do art. 485 do Código de Processo Civil, atribuindo complexidade ao sistema processual.

O sentido da norma, como lembra Campinho (2006, p. 378)⁹, parece ter sido conferir amparo total e irrestrito aos credores, que não poderiam ser ludibriados por atos fraudulentos, ainda que amparados por decisão judicial. Assim, não será possível enxergar na intenção desta norma a criação de mais uma hipótese de ação rescisória, por semelhança ao art. 485 do Código de Processo Civil. Neste sentido Nogueira (2005, p. 511)

⁸ ROMÃO, Douglas Bernardes. *Da rescisão de sentença no art. 138, Lei 11.101/05*. AMAJUS Revista da Magistratura Mato-Grossense. Ano V – Edição n.º 29 – outubro a dezembro de 2007.

⁹ “O escopo da lei reside, portanto, na salvaguarda dos interesses dos credores, cujo prejuízo possa resultar de ato do falido, ainda que formalmente perfeito e, até mesmo, quando sancionado por sentença, desde que fraudulento ou objetivamente ineficaz em relação à massa falida.” CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

conclui:

É da eficácia dessa sentença anterior, no que se refere à nova realidade falencial, que trata o art. 138 da Lei Falimentar. Não há rescisão da sentença anterior, nem violação da coisa julgada, mas tão-somente óbice à irradiação de seus efeitos em razão da nova realidade concursal.¹⁰

Na obra de Claro (2005, p.193)¹¹ encontra-se seu posicionamento no mesmo sentido, ao pronunciar que: “*conforme Cahali, a doutrina ressalta a imprecisão terminológica do texto em exame, devendo entender-se, em vez de ‘rescindida’ que a decisão deixou de operar efeitos em relação à massa*”. O mesmo autor (Claro: 2005, p. 305) transcreve arestos jurisprudenciais a justificarem apenas o efeito da ineficácia e não da rescisão, a ver:

A ação revocatória, com base no art. 58 da Lei de Falências, não visa a rescindir a sentença, mas ao reconhecimento de sua ineficácia em relação à massa falida. Para a declaração dessa ineficácia, que mantém íntegro o ato judicial em tudo aquilo que não se inclua como efeito danoso à massa, a competência é do juízo universal da falência. Só neste cabe indagar se o ato, formalmente válido, contaminou-se do propósito fraudulento de lesar credores da falida (TJSP – 2ª Câ. – Ap. Cív. 28.965-1 – Rel. Des. Aniceto Aliende – j. em 05.04.1983 – RT 586 – p. 91).

Embargos de terceiro. Falência. Termo legal. Adjudicação posterior. Ineficácia. Art. 58 do Dec.lei 7.661/45 – Alçance. Configurado nos autos dos embargos de terceiro que a adjudicação dos bens da falida efetivou-se posteriormente ao termo legal da sua quebra, resulta infirmada a eficácia desta constrição, pelo que dispõem o art. 52, do Dec.-lei 7.661/45 e o art. 215 da Lei 6.015/73. Embora a adjudicação seja ato público, originário do exercício da função jurisdicional do Estado, viável é a declaração da sua ineficácia no juízo falimentar, a teor do art. 58 da Lei de Quebras. Apelação provida. (TJMG – 3ª Câ. Cív. – Ap. Cív. 1.0000.00.239547-3/000

¹⁰ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão *et alli*. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

¹¹ CLARO, Carlos Roberto. *Revocatória falimentar*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

(1) – *Rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes – j. em 27.03.2003).*

Seria então uma relativização da coisa julgada?

4. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA?

Para se chegar à noção de sentença deve-se ter um primeiro entendimento de processo, o qual, no atual estágio de desenvolvimento jurídico, revela-se como uma garantia fundamental das sociedades políticas, portanto, sendo natural que a sentença sempre decorra de sua existência. Assim, o processo como instituição constitucionalizada demonstra que a jurisdição é instituto fundamental da teoria estatal. Todavia, a jurisdição só se legitima quando realizada através do processo.

De acordo com esta percepção o processo pode ser caracterizado como instituição constitucionalizada de modelação procedimental, destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais. Esta análise sustentada por Rosemiro Pereira Leal¹² supera as concepções tradicionais, construídas com base na consideração de que o processo é apenas a técnica utilizada pelo Estado-Jurisdição de proferir o direito a serviço do interesse subjetivo das partes.

Não há sistema jurídico que adquira consistência, equidade ou adequabilidade em razão de concepções de justiça, igualdade e imparcialidade promanados apenas da percepção ideológica, técnica ou política do julgador.

Portanto, processo é garantia fundamental, aliás, conclusão que se observa da própria Constituição da República em vários de seus dispositivos como exemplifica o art. 5º através dos incisos LIII, LIV, LV, LVI, LX e LXXVIII.

Mas como adverte Gonçalves (2001, p. 169)¹³ o processo

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 3. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 1ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Aide, 2001. “*Seja o processo legislativo, seja o administrativo, seja o jurisdicional, sua instrumentalidade técnica é*

não se desenvolve sem técnica, logo, adota-se o sistema de preclusão, sendo que a preclusão máxima é atingida pelo advento da sentença, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo o mérito (sentença definitiva) ou não (sentença terminativa).

A Constituição da República (art. 5º, XXXVI) também garante a estabilização das relações jurídicas ao prestigiar a coisa julgada. Neste sentido, o estabelecimento de outros direitos, inclusive decorrentes da própria lei não poderá prejudicá-la, nem ao direito adquirido e nem ao ato jurídico perfeito.

Considera-se coisa julgada ou caso julgado, nos termos do art. 6º, § 3º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942, a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Portanto, o estabelecimento da coisa julgada se faz de maneira formal ou material. A coisa julgada formal decorre de qualquer sentença, com ou sem mérito, implicando dizer que se a mesma apenas resolve o processo sem decidir sobre o mérito permite a reabertura da lide entre as partes, o que se entende das causas enumeradas no art. 267 do Código de Processo Civil, com exceção do inciso V (perempção, litispendência ou de coisa julgada).

Logo, a ressalva, em que se torna impossível estabelecer nova discussão acerca do mesmo fato, é da coisa julgada material, que enfrenta todo o conteúdo de mérito, a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso, nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil.

Modernamente se tem discutido sobre a imutabilidade da coisa julgada, sendo que grande parte da doutrina processualística adota a tese de sua possibilidade, nomeando este fenômeno

a mesma: a de poder se elaborar, com a melhor estrutura possível, a mais adequada e ágil, para dar respostas ao fim para o qual se instaura: a emanção de um ato do Estado, de caráter imperativo, para cuja formação concorrem, em contraditório, aqueles que receberão, na esfera de seus direitos, os efeitos de tal ato”.

jurídico como “*relativização da coisa julgada*”.

Sérgio Porto, (2006, p. 140) informa que há certos valores que superam a autoridade da coisa julgada:

Contudo, por vezes a coisa julgada pode formar-se de maneira espúria e contemplando vícios insuportáveis. O Estado, sensível a esta realidade, antes de permitir que simplesmente se ofenda a autoridade da coisa julgada. Tratou de aparelhar o sistema processual com medidas adequadas para o combate a esta indesejada patologia jurídica. Com tal proceder fez a opção de que a ninguém é dado o direito de desrespeitar a autoridade da coisa julgada e se esta contar com algum vício deve ser, isto sim, desconstituída e não ignorada ou desrespeitada. Com isto, admitiu claramente, que a autoridade da coisa julgada não é absoluta, eis que, em certas hipóteses, é passível de questionamento, impondo a mais valia de determinados valores sobre a coisa julgada.¹⁴

Seguindo o entendimento de Nascimento (2002, p. 12), a vida está em completo desequilíbrio, o que justifica a relatividade das coisas, inclusive de julgados.

O acatamento da coisa julgada, corolário da segurança jurídica, não é colocado em cheque pela probabilidade de uma pretensão de nulidade contra o julgamento violador de preceito constitucional. Primeiro, porque seu alcance sofre limitações no seu aspecto subjetivo, com a possibilidade de manuseio da rescisória, para desconstituição do julgado. Segundo, porque presente, nesses casos, os pressupostos da *relatividade* inerente a natureza das coisas. De fato, inexistente a pretensa impermeabilidade que deseja se atribuir as decisões emanadas do Poder Judiciário.¹⁵

Talamini (2005, p. 578) revela que não é possível encontrar de forma totalmente preestabelecida todas as situações que autorizam a desconstituição de julgados.

A infinidade das situações que a vida pode criar impe-

¹⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do; DINAMARCO, Cândido Rangel; THEODORO JÚNIOR, Humberto; DELGADO, José Augusto; FARIA, Juliana Cordeiro. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

de a apresentação de uma solução absolutamente categorizada, preestabelecida. Mesmo porque, seria uma grave contradição afirmar a incidência da proporcionalidade – com seu dado nuclear residindo na imprescindibilidade da consideração do *caso concreto* – e, ao mesmo tempo, propor uma definição geral e abstrata de todas as suas aplicações.

Todavia, a simples apresentação teórica do princípio, de seus subprincípios e de sua justificação poderia fazer parecer que se trata de mera abstração ou – pior – de jogo retórico, destinado a ser usado como melhor aprovesse àqueles que detêm o poder de aplicá-lo. Diante disso, convém procurar demonstrar, ainda que em linhas gerais, que a idéia da proporcionalidade comporta a implementação de diretrizes concretas objetivas.¹⁶

Não há prejuízo quanto à segurança das relações jurídicas, pois, conforme Almeida Júnior (2006, p. 175):

No estudo da coisa julgada sentem-se, mais do que em outro qualquer instituto processual, o angustioso e insolúvel problema da certeza e da justiça na solução dos conflitos humanos. O processo civil é instituído com a finalidade suprema de resolver conflitos com justiça; e, é para alcançá-la que se editaram as regras sobre o comportamento das partes em juízo, a disciplina das provas, o sistema dos recursos e se institui a magistratura.¹⁷

Entretanto, a coisa julgada material, sendo garantia constitucional e guardando a característica da expansividade¹⁸ a todo o ordenamento jurídico não pode ser relativizada. Ora, como conceber que uma verdadeira garantia, ao lado do processo, possa sofrer limitações ou condicionamentos? Na verdade o que se possibilita relativizar é o conteúdo da sentença tida por inconstitucional. Nos dizeres de Freitas Câmara (2011, p. 485):

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁷ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

¹⁸ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 14/15.

Penso, assim, que apenas seria possível a relativização da coisa julgada material quando houvesse fundamento constitucional para tanto. Em outros termos, apenas seria possível desconsiderar-se a coisa julgada quando a mesma tenha incidido sobre uma sentença inconstitucional. Trata-se, em outros termos, de reconhecer o fenômeno que em doutrina tem sido chamado de “coisa julgada inconstitucional”, mas que mais bem se chamaria *sentença inconstitucional transitada em julgado*. A rigor, o que contraria a Constituição não é a coisa julgada, mas o conteúdo da sentença. Essa sentença inconstitucional, aliás, já contrariava a Lei Maior antes de transitar em julgado. É a sentença, pois, e não a coisa julgada, que pode ser inconstitucional.¹⁹

Na forma do art. 472 do Código de Processo Civil a sentença estabelece os limites subjetivos entre as partes, fazendo coisa julgada entre as mesmas, não beneficiando ou prejudicando terceiros estranhos à lide. No entanto, salienta Ernane Fidélis dos Santos (2007, p. 633)²⁰ que poderá ocorrer casos em que o terceiro não consegue subtrair-se aos efeitos definitivos da sentença, “*mas não por ser afetado pela coisa julgada e sim porque a relação jurídica de que é titular está subordinada à parte com referência à relação decidida*”.

O que se faz ao relativizar o conteúdo da sentença é reconhecer a nulidade de determinado ato jurídico, ainda que coberto pelo manto de uma decisão judicial, haja vista que o objetivo é deconstituir uma decisão transitada em julgado.

De acordo com Leal (2005, p. 06):

O que não se tem lembrado, neste quadro de cogitações, é que a coisa julgada constitucionalizada repugna decretações de nulidade (sanções decisórias) com supressão do devido processo, porque a Constituição, em seu art. 5º, XXXVI, estabelece que a lei não ‘prejudicará’ (*sic*) a coisa julgada e consequentemente não poderá qualquer lei criar uma judicção prévia (pré-judicção) de ato jurídico protegido (garanti-

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12ª ed. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 2007.

do) pela coisa julgada constitucional sem antes instaurar-se e esgotar o procedimento adequado à observância do devido processo. Isso vale também para o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Então, o que se imaginaria possível de relativização é a eficácia da sentença de mérito e não a coisa julgada, porque esta não mais se faz pela sentença, mas se define como instituto constitucional garantidor do devido processo na obtenção ou discussão da liquidez, certeza, exigibilidade, eficácia (eficiência-efetividade) da sentença de mérito transitada em julgado com todas as suas implicações legais.²¹

Quando da publicação da Lei n.º 11.101/2005, Paulo Restiffe posicionou-se em crítica ao texto da norma, já que no seu modo de entender, a rescisão só ocorreria por meio próprio, ou seja, o mesmo entendia que verdadeiramente o art. 138, parágrafo único, cuidava da norma processual da rescisão, em semântica ao art. 485 do Código de Processo Civil.

A futura Lei de Recuperação de Empresas não atentou para o fato de que, ao possibilitar a desconstituição de ato, ainda que sob o império de decisão judicial, simplesmente desprezou os primados da segurança jurídica e da efetividade do processo, e incorreu em flagrante inconstitucionalidade, a uma, porque, as decisões judiciais definitivamente julgadas e das quais não cabem mais recursos são, em princípio, indefectíveis, pois acobertadas pelo manto da coisa julgada; e a duas, porque, ainda que se supusesse a possibilidade de desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, tal deve ocorrer somente por meio processual próprio, qual seja, ação rescisória, respeitados, ademais, seus requisitos, entre eles o prazo bienal.²²

Entretanto, diante da técnica da ação rescisória do art. 485 do Código de Processo Civil, rescinde-se algo que é considerado como ato inválido.

²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

²² RESTIFFE, Paulo Sérgio. *A ação revocatória na lei de recuperação de empresas*. Documento postado em 02/02/2005 no site Migalhas. Fonte: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9696,21048-A+Acao+Revocatoria+na+Lei+de+Recuperacao+de+Empresas>. Acesso em

31 out. 2012.

Por outro lado, a Lei n.º 11.101/2005 tem por objetivo apenas declarar a ineficácia em relação à massa falida, ou seja, apenas não produzir efeitos.

Registre-se, segundo Machado (p. 96), que não há possibilidade de relativização de coisa julgada ilegal, mas apenas inconstitucional.

A toda evidência, o que expomos ao longo desta obra não se aplica à coisa julga ilegal, uma vez que esta não viola a Constituição, mas a norma infraconstitucional, sendo que, nesse caso, os princípios constitucionais da segurança e certeza jurídicas serão passíveis de salvaguardar ou validar os efeitos de tal ato transitado em julgado, mesmo que equivocado.²³

A chamada “rescisão” do art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005, não poderia, portanto, se enquadrar como hipótese de relativização de sentença, tendo em vista a inexistência de afronta constitucional, mas tão somente a negócios jurídicos.

Portanto, admitir o art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005 como hipótese de rescisão, seria diminuir o instituto constitucional do processo, e suas características fundamentais como o contraditório e ampla defesa, a formalidades prescindíveis.

5. CONCLUSÃO

Melhor interpretação se direciona para que a expressão “rescisão”, contida no art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005 tenha equivalência à expressão “ineficaz”, no mesmo sentido empregado para a hipótese do art. 129 da mesma lei, e não seja aplicada de forma semântica ao art. 485 do Código de Processo Civil.

O que se admite relativizar é o conteúdo da sentença em confronto com a Constituição da República, e não a coisa jul-

²³ MACHADO, Daniel Carneiro. A coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

gada, que goza de proteção na norma fundamental, assim como a instituição do processo.

Assim, é forçoso concluir que a expressão rescisão do art. 138, parágrafo único, da Lei n.º 11.101/2005, não se trata de uma hipótese de relativização da sentença, pois, apenas se admite a relativização de julgados que se apresentem inconstitucionais, e não por violação legal ou para resguardar simples negócios jurídicos, também não se admitindo a desconstituição de sentenças apenas para satisfação do ideal de justiça.



6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CLARO, Carlos Roberto. *Revocatória falimentar*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1ª ed. 2º tiragem, Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 3. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.
- MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.
- MARTIN, Antônio *et alli*. *Comentário à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do; DINAMARCO, Cândido Rangel; THEODORO JÚNIOR, Humberto; DELGADO, José Augusto; FARIA, Juliana Cordeiro. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NOGUEIRA, Ricardo José Negrão *et alli*. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PANTUSA, Paulo Rodrigo. *A ação revocatória no direito brasileiro: cível e falimentar. Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito Milton Campos: Nova Lima/MG, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. *A ação revocatória na lei de recuperação de empresas*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9696,21048-A+Acao+Revocatoria+na+Lei+de+Recuperacao+de+Empresas>. Acesso em 31 out. 2012.
- ROMÃO, Douglas Bernardes. *Da rescisão de sentença no art. 138, Lei 11.101/05*. AMAJUS Revista da Magistratura Mato-Grossense. Ano V – Edição n.º 29 – outubro a dezembro de 2007. Disponível em http://www.amamcba.org.br/_files/Revista_3.pdf. Acesso

em 01 de nov. 2012.

- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: introdução e parte geral – direito das pessoas*. 1ª ed. (tradução da 6ª edição italiana, por Paolo Capitanio, inteiramente anotada em comparação ao Código Civil Brasileiro e legislação complementar por Paulo Roberto Benasse). Campinas: Bookseller, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12ª ed. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9ª ed. vol. I. (revista e atualizada por José Serpa Santa Maria). Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 3ª ed. vol. I (arts. 1º a 61). Rio-São Paulo: Companhia Editora Forense, 1962.
- VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- TEPEDINO, Ricardo *et alli*. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.