

A PROPRIEDADE E A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS NA FALÊNCIA

Carlos Roberto Claro*

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar que, decretada a falência, o devedor não perde a propriedade de seus bens, mas tão-somente o direito de administração, cabendo interpretação sistemática e teleológica do art. 103 da Lei 11.101/05. Noutras palavras, mas com igual alcance, a massa falida constituída regularmente em decorrência da falência instaurada, via decisão judicial, somente terá a posse dos bens pertencentes ao devedor, mediante ato próprio de arrecadação, e juridicamente pode o devedor, considerando especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, requerer a posse de determinado bem, para fins de subsistência, enquanto perdurar o processo falencial. O trabalho, desta forma, analisa o direito de propriedade dos bens, por parte do devedor no âmbito da falência, assim como as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do instituto do desapossamento de bens quando da retirada do devedor do mercado. Sob outro viés, o texto apresenta uma alternativa para que o devedor obtenha êxito na liberação de bem[s] arrecadado[s], que é justamente a figura do *trust*, sendo que, quanto a este instituto, sua estrutura básica é colocada em relevo no texto. O método de pesquisa utilizado foi eminentemente o bibliográfico.

Palavras-chave: Falência. Posse e propriedade de bens. Princípio da dignidade da pessoa humana. *Trust*.

Introdução

Tenciona o presente tratar de assunto deveras importante e cujo texto pode contribuir de forma significativa para uma nova visão dos direitos do devedor [empresário ou participantes da empresa falida] no âmbito do processo de falência, especialmente no que diz com a análise específica do art.

* Advogado em Curitiba, Especialista em Direito Empresarial; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba; Membro do American Bankruptcy Institute [Virginia – EUA] e da INSOL – International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals [London].

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 66	maio 2010 – ago. 2010	p. 121-152
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

103 da Lei 11.101/05. Busca, pois, lançar novas luzes a respeito da situação jurídica dos bens arrecadados no âmbito falencial, bem como acenar com a [efetiva] possibilidade de o devedor – com arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra em degrau superior no catálogo principiológico constitucional –, possa ter em mão determinado bem para fins de subsistência, enquanto perdurar o andamento de tal processo. Portanto, o viés interpretativo que aqui se busca conferir à Lei 11.101/05, especialmente quanto aos institutos da propriedade e da arrecadação judicial, é inovador, pois tem amparo no importante princípio constitucional, já mencionado.

Com efeito, se se pretende, de fato, fugir da *ciência normal* e propugnar por uma *revolução científica*, consoante assevera Thomas Kuhn,¹ buscando um novo paradigma referente à análise do instituto da propriedade no âmbito da falência, o presente texto pode servir para que se perceba um novo viés, tendo como escopo escrever, considerando as anomalias verificadas nos manuais, tal como exposto alhures, a respeito da real situação do patrimônio arrecadado no âmbito da falência. A bem da verdade, a doutrina nacional não se debruça a respeito do tema aqui enfrentado, tangenciando, não raras vezes, em discorrer a respeito da propriedade dos bens na falência e as possibilidades jurídicas que tem o devedor falido para a defesa de tal propriedade, tendo como norte até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa em exame tem relevância, na medida em que muitos dos aspectos a serem aqui enfocados escapam do tratamento doutrinário mais apurado e, por outro lado, é possível afirmar que o viés ora pretendido pode contribuir, primeiramente, para que o instituto da propriedade, no âmbito específico falimentar, venha a ser interpretado mediante adoção dos princípios constitucionais existentes. Em segundo lugar, cabe, por assim dizer, desmitificar a figura *criminosa* do falido [não raras vezes presente na mente do hermeneuta positivista], que vem dos temos do direito romano, pois nem sempre os componentes da sociedade empresária são, efetivamente, culpados pela derrocada.

Adotar-se-á o procedimento interpretativo das teorias que tentam explicar o fenômeno do desapossamento para chegar aos caminhos que poderão ser adotados pelo devedor falido, para fins específicos de separar do patrimônio arrecadado da falência justamente aquele que pode ficar em suas mãos, a título de posse. Verificar-se-á que possível é a liberação, ou a não arrecadação, por assim dizer, de um ou mais bens, a fim de que permaneçam juridicamente na posse plena do devedor falido, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, mas tão-somente durante o período em que tramitar o processo falencial.

¹ **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 24.

E a solução jurídica que se encontra para tal fim – manutenção de bens em mão do devedor enquanto perdurar o processo falimentar – é justamente a figura do *trust*. Sua estrutura básica, por importante à perfeita compreensão do tema, será objeto de análise, a fim de se perceber que possível é a utilização de tal instituto no âmbito da falência.

1 A decretação da falência do devedor

Por questões meramente didáticas, por mera liberalidade e para não se prolongar em temas outros, que dizem com a fase pré-falimentar [ou fase preliminar], os presentes escritos somente buscam levar a efeito uma investigação científica a partir, inclusive, da sentença de falência, aquela decisão que retira o devedor do mercado, cuja estrutura e requisitos indispensáveis estão definidos especificamente no art. 99 da Lei 11.101/05. Interessa aqui o exame da sentença declaratória da falência, especialmente no que se refere aos seus efeitos jurídicos em relação ao devedor [cuja personalidade jurídica é suspensa provisoriamente] e à massa falida [objetiva e subjetiva], instituída a partir de então. Por ser justamente o divisor de águas no âmbito falimentar, e que conduz à arrecadação judicial de bens, a sentença carece de análise, mesmo que, neste texto, de forma não aprofundada.

1.1 A sentença de falência

Decretada a falência do devedor – que é um estado real, conforme adverte Waldemar Ferreira² – caberá ao juiz condutor do processo observar e cumprir rigorosamente o contido no art. 99 da Lei 11.101/05, sob pena de nulidade, sendo que os vários requisitos ali elencados constarão do dispositivo da sentença que retira o devedor do mercado. Tal sentença, conforme bem esclarece Rubens Requião, possui um conteúdo vasto,³ importando aqui destacar tal ato judicial é imprescindível para a retirada do devedor do mercado no qual atua, não bastando, para o direito, a mera insolvência fática. A sentença declaratória, sendo um dos três pressupostos do estado falimentar do devedor, tem como escopo, além de retirar o devedor do mercado, criar um ente, uma pessoa formal, denominada massa falida, que será a seguir examinada. Além disso, a sentença judicial instaura a execução processual coletiva⁴ [mitigada em relação a determinados credores], tornando de direito a situação fática, conforme melhor doutrina; é deveras complexa, *a despeito da*

² **Instituições de Direito Comercial**. Quinto Volume. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 46.

³ **Curso de Direito Falimentar**. Primeiro Volume. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 127.

⁴ FERREIRA, Waldemar, *Op. cit.*, p. 57.

*complexidade de seu conteúdo*⁵ e faz gerar a prática de atos administrativos [por parte, v.g. do administrador judicial] e atos de cunho eminentemente jurisdicionais [por parte do juiz condutor do processo, do representante do Ministério Público, dos credores etc.], e cujo escopo principal é, sem embargo, conservar o patrimônio arrecadado, a fim de mitigar os prejuízos dos credores, preservar os interesses e direitos do devedor, buscar a maximização do valor dos ativos arrecadáveis. A sentença, enfim, e não obstante a certa singeleza dos requisitos a serem cumpridos pelo juiz, devidamente dispostos no art. 99 da lei de regência, deve ser, quanto possível, *clara e precisa. Segura no relatório. Certa nos fundamentos de fato e de direito. Sábia no decidir. Sobretudo, preencher os requisitos legais de seu conteúdo*,⁶ sendo não menos certo que tal ato judicial, efetivamente complexo, e dadas as repercussões que espria até mesmo perante a sociedade, a comunidade como um todo, deve ser seguro e somente pode ser assinada depois de certeza da necessidade de retirada do devedor do mercado. A sentença, nessa esteira, deve ser precedida de instrução processual [necessariamente, e segundo o princípio do devido processo legal substantivo], e se possível de caráter amplo, considerando os efeitos jurídicos também e especialmente em relação ao devedor. Este sofrerá consequências drásticas em decorrência do estado falimentar, e duas das principais é, por assim dizer, a retirada da empresa ou empresário do mundo jurídico [com a inequívoca suspensão da personalidade jurídica enquanto perdurar o processo falimentar, conforme análise no lugar próprio] e o desapossamento de bens.

Destarte, para que o juiz cumpra rigorosamente os provimentos explícitos previstos em lei, tal como assevera José Xavier Carvalho de Mendonça,⁷ deve estar ele assegurado de que não há outro remédio ao devedor [a recuperação em suas formas previstas na Lei 11.101/05], e o cenário processual autoriza a sentença de falência. O que se quer dizer, então, é que, considerando todas as consequências jurídicas que da sentença decorrem, invariável e inexoravelmente, caberá ao juiz observar rigorosamente o princípio constitucional da proporcionalidade [ou da proibição de excesso⁸], carecendo verificar se, de fato, estão presentes os demais pressupostos do

⁵ FERREIRA, Waldemar, Op. cit., p. 127.

⁶ FERREIRA, Waldemar, Ibidem.

⁷ **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Volume VII, Livro V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 336.

⁸ Art. 5º da Constituição Federal. A propósito, sobre o tema da razoabilidade, ver, dentre outros: Luís Roberto Barroso, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, e Carlos Roberto Siqueira Castro, **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

estado falimentar do devedor, se, efetivamente, há o fato patológico referido por Alfredo Rocco⁹ e se o pedido de falência instaurado pelo credor não se constitui em verdadeiro pedido de cobrança de dívida. Noutros termos, caberá ao juiz verificar –mediante persuasão racional –, se há espírito de cobrança por parte do credor ou se realmente é caso falência do devedor.

1.2 A Constituição da massa falida

Um dos principais efeitos jurídicos da sentença de falência, conforme dito, é justamente a constituição da massa falida, uma pessoa formal que existe tão-só enquanto perdurar o processo falimentar. Em pessoa jurídica não se pode falar, pois somente por disposição legal é que se cria uma personalidade jurídica, atributo esse inexistente em relação à massa falida. Tal como o condomínio ou a herança, a massa falida não tem patrimônio próprio [e como dito, há apenas a posse direta sobre os bens do devedor, ficando com este, ainda, o direito de propriedade e a posse indireta]; o patrimônio é ainda pertencente ao falido.¹⁰ Segundo Rubens Requião, a massa falida [objetiva] nada mais é do que o patrimônio afetado [separado] do devedor, destinado a um determinado fim¹¹ [liquidação e cujo produto destinado ao pagamento das dívidas], ficando os credores reunidos na massa falida subjetiva. E Trajano de Miranda Valverde, um dos tratadistas que se debruça sobre o tema, vai mais a fundo quando investiga a natureza jurídica da massa falida. Assevera, pois, que tal ente despersonalizado não é, *como as associações, corporações, fundações etc., o resultado de um concurso voluntário de indivíduos, como certo objetivo, mas a consequência inevitável da aplicação da lei a determinados atos, ou fatos. Ela surgirá contra a vontade de todos, menos um: o devedor ou o credor que provocar o seu aparecimento na esfera jurídica. É também a massa falida de natureza temporária.*¹² Consoante Carvalho de Mendonça, os credores reunidos perante o juízo falimentar, foram o que denomina de corpo coletivo, colocando-os em estado de associação,¹³ sendo não menos certo que a massa falida, a bem da verdade, representa a comunhão de interesses de um lado [os credores] e, de outro, absorve o patrimônio arrecadado do devedor, ficando os bens em mãos do administrador judicial, que deles não tem livre disponibilidade. Como dito alhures, a decretação da falência é importante para se verificar a passagem dos bens para as mãos da massa falida.

⁹ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Método, 2002, p. 27.

¹⁰ FERREIRA, Waldemar, Op.cit., p. 56-57.

¹¹ Op. cit., pp. 181-182.

¹² **Comentários à Lei de Falências**. Volume. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 281. Atualização: J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos.

¹³ Op. cit., p. 370-371.

1.3 A suspensão da personalidade Jurídica do devedor

Um dos importantes efeitos jurídicos da falência em relação ao devedor [em sendo uma empresária] é a suspensão de sua personalidade jurídica, enquanto perdurar o processo falimentar. De fato, e bem ao contrário do que comumente se escreve em tratados e manuais de direito falimentar, a falência não é causa de perda da personalidade jurídica e conseqüente dissolução da sociedade empresária, ao contrário inclusive do que consta do art. 1044 do Código Civil. De fato, a personalidade jurídica é adquirida quando da inscrição [e dependendo do caso, quando da concessão] do ato constitutivo no Registro Público de Empresas, consoante artigo 45 do mesmo código. Ao determinar a retirada do devedor do mercado, o juiz, na sentença, determinará a expedição de ofício à Junta Comercial, a fim de que seja anotada a falência à margem dos atos constitutivos, *para que conste a expressão 'falido'*,¹⁴ *bem como a inabilitação* para o exercício da atividade empresarial. Com efeito, no que diz com a “extinção” da sociedade empresária, *destaque-se que a dissolução significa o procedimento a ser adotado para fins de cancelamento da inscrição da pessoa jurídica, desencadeando a liquidação do patrimônio. Em outras palavras, a pessoa jurídica pode (ou não) vir a ser extinta, efetivamente, com a decretação da falência.*¹⁵ A princípio, a decretação da falência do devedor seria desencadearia a dissolução da sociedade empresária, mas não menos certo que esta dissolução poderia ser interrompida, mediante o encerramento regular do processo de falência.

A dissolução em decorrência da sentença que retira o devedor do mercado poderá ser afastada, a fim de que se mantenha a personalidade jurídica do devedor falido. De outro lado, caso o artigo 51, parágrafo terceiro seja analisado de forma teleológica, verificar-se-á que somente após o encerramento da liquidação é que se cancela a inscrição da sociedade empresária no registro próprio. Subsiste, pois, a personalidade jurídica enquanto perdurar o processo falimentar, inclusive compete ao administrador judicial apresentar anualmente a declaração de imposto de renda perante a Receita Federal. Mais do que isso, encerrada a fase liquidatória da falência, com a efetiva venda do patrimônio arrecadado e conseqüente pagamento das dívidas [sentido amplo, englobando aquelas relativas à massa falida], aí sim haverá o efetivo cancelamento da inscrição da pessoa jurídica. De acordo com o já citado Requião, a personalidade jurídica fica suspensa,¹⁶ enquanto

¹⁴ Conforme art. 99, VIII.

¹⁵ CLARO, Carlos R. **A Empresa em Regime de Falência perde a Personalidade jurídica?** *Jornal O Estado do Paraná*, 1º de abril de 2007, p. 11.

¹⁶ **Curso de Direito Comercial**. 2º Volume. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328-329. Atualização: Rubens Edmundo Requião.

perdurar o procedimento falimentar. E vai mais além, asseverando que a sociedade, enquanto perdurar o procedimento de liquidação, se mantém tal em verdadeira posição estática,¹⁷ em estado latente, e que poderá até mesmo voltar ao mercado competitivo, após o procedimento de reabilitação. Portanto, nota-se que durante o processo falimentar a entidade falida tem sua personalidade jurídica efetivamente suspensa [suspensão essa que decorre justamente da sentença declaratória] e a extinção [da sociedade] poderá ocorrer caso se cumpra a fase denominada de liquidatória de bens, sendo incorreto afirmar que a falência é causa de dissolução da sociedade empresária, conforme se lê reiteradamente em manuais de direito comercial. É uma impropriedade fazer tal afirmação, pois, interpretado o instituto da falência sob o viés sistemático-teleológico, jamais o hermeneuta poderá chegar à conclusão de que a falência dissolve a sociedade. Pelo contrário, bastando perquirir acerca da concordata suspensiva, prevista na lei falimentar ab-rogada. Tal instituto, cuja aplicação não teve o resultado prático almejado, estabelecia que, obtido o favor legal da suspensiva da falência, o devedor teria o direito de reaver a posse direta dos bens, inclusive e principalmente para que voltasse a produzir e operar no mercado, bastando a detida leitura do artigo 183 do Decreto-Lei 7.661/45. Ora, se o devedor que obtém a suspensiva tem novamente a plena disponibilidade sobre os bens, conforme se vê da regra legal própria, isso nada mais significa que em dissolução societária, decorrente da sentença de falência, não é permitido falar. E se pode ir mais longe ainda acerca da linha de argumentação aqui adotada. Muito embora a Lei 11.101/05 nada disponha acerca da suspensiva [o que se constitui erro porque, juridicamente, a suspensiva também é uma forma de tentativa de soerguimento], até mesmo proibindo-a [art. 192, parágrafo primeiro], nota-se que o devedor, obtendo a sentença de extinção das obrigações, fica autorizado a atuar no mercado [art. 159 da Lei 11.101/05], sendo não menos certo que a redação do art. 138 da lei ab-rogada era mais técnica e abrangente.

1.4 A arrecadação de bens

Um dos mais importantes atos do processo falimentar, após a prolação da sentença que retira o devedor do mercado é a apreensão, arrecadação judicial de bens pertencentes ao patrimônio do devedor. Com a abertura da falência propriamente dita, diz a letra da lei que, *ato contínuo* à assinatura do termo de compromisso, o administrador arrecadará os bens do devedor [em sentido amplo, incluídos os bens imateriais].¹⁸ Esta é uma das atribuições [obrigações]

¹⁷ Idem, p. 329.

¹⁸ Art. 108 da Lei 11.101/05.

que cabem ao administrador judicial, e sua eventual omissão poderá causar maiores prejuízos não só ao devedor e aos credores, mas ao próprio processo falimentar como um todo, sendo não menos certo que a responsabilidade que recai sobre o administrador judicial é pessoal, respondendo ele com patrimônio próprio pelos prejuízos causados. Importante ressaltar, nesse passo, que, em relação aos sócios ou acionistas da sociedade empresária falida, não há, a princípio, a arrecadação de patrimônio pessoal. As questões relativas às obrigações dos incorporadores em relação à sociedade constituída são propostas, apreciadas e decididas em ação própria. A única exceção é relativa ao sócio com responsabilidade ilimitada, consoante se vê do art. 81 da lei falimentar, sendo não menos certo que o tema, deveras palpitante, escapa da análise ora pretendida.

Com efeito, se na execução particular a penhora é o ato judicial tendente à satisfação da dívida, na execução coletiva [falência] a medida é tomada mediante arrecadação de bens [pelo administrador judicial], que, noutros termos, significa *a entrada na pose dos bens, direitos, ações, livros e documentos do falido, onde quer que eles estejam, executados os excluídos da falência, a fim de compor o patrimônio especial que irá responder pelas obrigações do falido*, tal como bem assevera Nelson Abrão.¹⁹ A arrecadação judicial determina a indisponibilidade dos bens, por parte do devedor, mas de forma alguma implica em perda da propriedade sobre o patrimônio. Noutros termos, o devedor permanece com o domínio e a posse indireta sobre os bens arrecadados.

Mas, um pequeno parêntesis desde logo aqui deve ser formalizado. Não obstante o fato de que determina lei que o administrador judicial deverá proceder a apreensão do patrimônio imediatamente, entende-se que o bom senso e a cautela devem nortear os atos praticados por aquele que tem a missão de conduzir os atos administrativos do processo falimentar. O que se quer dizer é que, proferida a sentença retirando o devedor do mercado, torna-se possível a interposição de agravo de instrumento²⁰ por parte do devedor,²¹ e a prudência revela que o administrador judicial não deve seguir rigorosamente o texto legal [art. 108] com a imediata arrecadação dos bens. É certo que os

¹⁹ **Curso de Direito Falimentar**. 5. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997, p. 205.

²⁰ Sim, o recurso deve ser por instrumento, considerando que o retido não teria função prática alguma, sendo não menos certo que o processo falimentar não sobe ao tribunal para apreciação de recurso próprio [apelação] em tal fase processual e tão-só em fase bem posterior.

²¹ Art. 100 da Lei 11.101/05. Não obstante o total silêncio da lei quanto à legitimidade e a modalidade de agravo cabível, a sentença que decreta a falência poderá ser desafiada por agravo de instrumento, com a legitimidade recaindo no juridicamente interessado, o devedor [empresa ou empresário, sendo que aqui não é o lugar próprio para discutir a respeito da legitimidade ativa e passiva ad processum da sociedade simples].

efeitos jurídicos da sentença podem ser revertidos em grau de recurso [liminarmente ou em decisão colegiada] e com isso a empresa ou empresário não mais ostentarão o rótulo de falido. Caso ocorra a imediata arrecadação do patrimônio, tal como está expresso na letra da lei, poderá o ato criar prejuízo ao devedor, que tem o direito de recorrer da decisão que lhe é desfavorável. Por outro lado, e aqui entra o princípio da proporcionalidade [ou da razoabilidade, ou proibição de excesso], compete também analisar a questão que envolve a manutenção e guarda dos bens pelo menos até que exaurido o prazo recursal. Se se parte da premissa que temerária é a imediata arrecadação de bens, com o desapossamento do patrimônio, não menos certo que ao administrador existe a tarefa de zelar pela conservação dos ativos que poderão ser arrecadados, caso seja mantida incólume a sentença declaratória. Nesse passo, entende-se que o art. 109 da Lei 11.101/05 deve ter uma interpretação deveras mitigada, sendo caso de lacração tão-somente em situações extremas, e o máximo que poderá ocorrer é a contratação de segurança especializada para a guarda do patrimônio, zelando para que não ocorra dilapidação, extravio ou outros atos deletérios aos interesses da massa falida.

Dentre os vários importantes princípios que regem o processo falimentar há o da maximização do valor dos ativos da massa falida, princípio esse nem sempre observado na prática processual. Em linhas gerais, é atribuição do administrador buscar meios que assegurem melhores valores para alienação dos bens [ativos] arrecadados, pois quanto maior o aporte financeiro na massa falida mais créditos poderão ser pagos, diminuindo, em consequência, o prejuízo em função da falência do devedor. Com efeito, pela nova lei *há mecanismos que buscam evitar a deterioração dos ativos, considerando novas modalidades de alienação, como, por exemplo, a venda em bloco do estabelecimento, leilão, propostas fechadas ou mesmo o pregão. O juiz também poderá autorizar a venda por outra modalidade não prevista na lei, mediante a apresentação de motivos justificados.*²² E para que isso ocorra é importante ter, já quando da arrecadação dos ativos, a visão de que estes representam, sem dúvida, a garantia [e o vocábulo aqui é utilizado em sentido amplo] de que as dívidas poderão ser pagas durante o andamento do processo falencial.

Mas, e agora voltando ao cerne do presente item, a indisponibilidade dos bens do devedor falido decorre justamente da sentença de falência e não simplesmente da arrecadação, levada a efeito pelo administrador judicial. Como dito, o devedor [empresa ou empresário] continuará, mesmo no âmbito falencial, com o domínio e a posse indireta sobre os bens, sendo que a posse direta, essa sim, é transferida, com o ato arrecadatório, à massa falida. Não obstante, é certo

²² CLARO, Carlos R. **Revocatória Falimentar**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 286.

que ao devedor não é concedido o direito de dispor livremente dos bens arrecadados, que se transformam, imediatamente, em de garantia ao universo de credores,²³ que se encontram no âmbito da massa falida subjetiva.

1.5 As teorias sobre o desapossamento

Conforme até foi visto, a sentença que decreta a falência do devedor espraia importantes efeitos jurídicos, dentre eles o imediato desapossamento jurídico dos bens, cuja posse direta é transmitida para a massa falida, restando o devedor com o direito de propriedade e a posse indireta. E estabelece o art. 103 da atual lei de regência falimentar que a decretação da falência faz com que o devedor perca o direito de administração e disposição sobre o patrimônio arrecadável. Importa aqui investigar, mesmo que sumariamente, acerca das teorias que buscam explicar o desapossamento de bens. Um parêntese é cabível desde logo para esclarecer que a hodierna doutrina nacional não se debruçou sobre as teorias a seguir relacionadas, sendo que apenas alguns dos clássicos, com base no direito estrangeiro, escreveram sobre tão importante tema, e mesmo assim sem a profundidade almejada.

1.5.1 Teoria da penhora

Rubens Requião explica que os processualistas, observada a execução singular em face do devedor, assemelham o desapossamento na falência à penhora realizada em tal processo. Mas esclarece o mesmo autor que tal teoria se mostra insuficiente para explicar a situação jurídica de tal desapossamento, na medida em que, na seara da execução patrimonial singular, o exequente adquire, considerando a constrição realizada, um direito real, com preferência sobre as penhoras subsequentes.²⁴ Na execução concursal da falência, ao contrário do que dispõe o regramento jurídico processual pátrio, existe o princípio da *par conditio omnium creditorum*, segundo o qual os credores da mesma classe deverão receber tratamento igualitário, inexistindo qualquer possibilidade de tratamento preferencial, sob pena de nulidade do ato. Portanto, a teoria da penhora não se mostra a mais adequada para explicar o desapossamento de bens na falência.

²³ E nesse passo, dispõe o art. 2740 Código Civil italiano: Responsabilità patrimoniale – Il debitore risponde del l'adempimento delle obbligazioni [1218] con tutti i suoi beni presenti e futuri [2901, 2910]. A propósito, Nelson Abrão bem esclarece que não cumprindo o devedor, espontaneamente, a obrigação, cria-se o poder coativo do credor sobre o seu patrimônio. **Da Ação Revocatória**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.

²⁴ Op. cit., p. 179.

1.5.2 Teoria da incapacidade do devedor

J.C. Sampaio de Lacerda escreve a respeito da teoria da incapacidade do devedor. A teoria, em síntese, considerado o devedor como um incapaz, *sendo a sentença declaratória um tanto análoga à sentença de interdição*.²⁵ Evidentemente que a teoria não faz o menor sentido jurídico, na justa medida em que a interdição da pessoa física em nada se assemelha à falência do devedor. Este não perde a capacidade de estar em juízo para a defesa de seus interesses, e também não perde seus direitos políticos. O que a lei impõe, de fato, são algumas restrições ao devedor e aos participantes da sociedade empresária, mas não implica, de forma alguma, em interdição, tal como busca a teoria em análise. E como bem esclarece Sampaio de Lacerda, a teoria caiu no obsoletismo, diante da incongruência de seus fundamentos e da dissintonia com a realidade falencial. O devedor [empresário] ou os sócios/acionistas da empresa falida não se tornam incapazes em decorrência da sentença de falência, tanto é verdade que a propriedade sobre os bens não é transferida para a massa falida, sendo este um dos motivos relevantes para se afastar, definitivamente, a teoria. A capacidade civil também não é afetada, e, repita-se, a lei apenas e tão-somente impõe algumas restrições durante o andamento da falência, restrições essas que inequivocamente poderão ser afastadas quando do encerramento do processo. Portanto, não cabe colocar no mesmo degrau os efeitos jurídicos da sentença em relação aos bens do devedor e os efeitos quanto a sua pessoa. Estes não chegam ao ponto, nem poderia, de tornar o devedor incapaz ou interdito.

1.5.3 Teoria da morte civil ou fictícia

A teoria da morte civil ou fictícia também não se coaduna com a realidade, na medida em que, inexistente a morte do devedor, tal como se propugna. De fato, argumenta a teoria no sentido de que o devedor, ao ser decretada sua falência, é considerado como morto, passando seu patrimônio aos credores, mediante uma *sucessão universal* ou considerava o patrimônio do devedor como uma *unidade jurídica autônoma, análoga à herança jacente*.²⁶ Há ainda, segundo Lacerda, os tratadistas que consideram o devedor como um doente de moléstia *sui generis* e que o levava a um *estado cataléptico, uma espécie de paralisia que o faz permanecer imediatamente na posição jurídica em que se achava no momento da declaração*.²⁷ Não há o

²⁵ **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 111. Atualizador: Jorge de Miranda Magalhães.

²⁶ Lacerda, Op. cit., p. 112.

²⁷ *Ibidem*.

menor sentido na teoria, pois os credores não assumem o patrimônio do devedor, e o que existe, de fato, é a arrecadação para posterior venda e pagamento do passivo. Note-se que a concordata suspensiva – onde existe a possibilidade de retorno dos bens para as mãos do devedor – afasta por completo a ideia de transferência de bens ao universo de credores. Por outro lado, equiparar o devedor a um morto ou a alguém portador de doença também não faz sentido. Aliás, a morte é uma situação definitiva, real e previsível, enquanto que o processo de falência pode plenamente ser reversível, até mesmo com o retorno dos bens à administração do devedor. E como assevera Lacerda, o devedor continua vivo, jurídica e fisicamente,²⁸ tendo todos os direitos referentes à propriedade sobre seus bens.

1.5.4 Teoria da presunção legal de fraude

A Teoria da presunção legal de fraude, em linhas gerais, considera que os atos praticados pelo devedor após a decretação da falência são considerados como fraude aos interesses da massa falida. Ora, o desapossamento decorre da simples decretação da falência, e não de atos eventualmente praticados pelo devedor após tal decisão judicial, de modo que se não pode considerar a teoria justamente porque a lei estabelece a nulidade dos atos praticados após a retirada do devedor do mercado e, muito embora não se tenha considerado a integralidade do art. 40 do ab-rogado decreto-lei de 1945, dispõe com todas as letras que a prática de atos pós-decretação da falência são nulos, e tal nulidade prepondera, mesmo agora ao tempo de vigência de lei silente a respeito de tal tema. A presunção de fraude pode [e deve] ser considerada quanto aos atos posteriores à falências, mas o mesmo não deve ser dito em relação à vida pretérita da empresa, sendo que, nesse passo, a teoria não explica o porquê do desapossamento jurídico dos bens do devedor, e sua transferência à massa falida.

1.5.5 Teoria do sequestro

Segundo o multicitado Lacerda, a teoria do sequestro estabelece que o devedor resta limitado aos direitos seus de administração e de disponibilidade em *proveito dos credores, de tal forma que produz em seus bens a posição processual de sequestro, mais ou menos oportunamente modificada*.²⁹ O sequestro de bens, medida cautelar típica prevista no

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

regramento processual civil, não tem elasticidade, como querem os defensores de tal teoria. O sequestro de bens pressupõe a disputa acerca de determinados bens, a rixa ou a danificação. A cautelar visa, em última análise, a preservação da incolumidade da coisa disputada.³⁰ No caso da falência, inexistente disputa jurídica acerca da posse ou propriedade de bens do devedor, e o desapossamento é natural após a sentença declaratória, decorrendo de lei. Não menos certo que dificilmente o devedor obterá um provimento liminar para impedir a arrecadação dos bens que compõem seu ativo, e a prática demonstra que invariavelmente o ato de apreensão, levado a efeito pelo administrador judicial, dificilmente sofre alguma espécie de resistência.

1.5.6 Teoria da representação

Segundo tal teoria, o devedor, após a decretação judicial da falência, permanece titular do patrimônio, mas é *espoliado da faculdade de dispor dele enquanto a massa de credores ou o curador o representam. Mas se os interesses dos credores são contrários, acentua BRUNETTI, aos do devedor comum, não se poderá conceber como justificar-se representação dessa espécie.*³¹ De fato, não há dúvida que o devedor permanece como titular dos bens arrecadados, mas não é ele espoliado, existindo a tomada de posse em relação a massa falida, sendo também certo que os credores jamais assumem os bens; os credores não representam os bens, e sim o administrador judicial.

1.5.7 Teoria da garantia pignoratícia

A teoria da garantia pignoratícia foi desenvolvida por dois dos maiores falencistas italianos, Renzo Provinciali e Humberto Navarrini, considerando, pois, que os bens do devedor são a garantia do credores, traduzindo-se em verdadeiro penhor legal a fim de satisfazer as dívidas da falência. Segundo explica Lacerda, *o direito de crédito transforma-se com a falência no direito do dividendo, isto é, no direito de perceber uma quota proporcional do penhor comum. Os credores se reúnem independentemente de sua vontade e formam uma 'communio incidens pignoratitia'.*³² Nessa esteira, permanecendo a propriedade dos bens com o devedor e ocorrendo o desapossamento jurídico,

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 277.

³¹ LACERDA, J. C. S. de. Op. cit., p. 112.

³² Idem, p. 113.

haverá uma verdadeira comunhão de interesses. Segundo a teoria, o desapossamento de bens constitui um *conjunto de restrições legais ao direito de dispor do devedor falido e, portanto, ao direito de execução sobre seus bens*.³³ A teoria não esclarece acerca da natureza jurídica do desapossamento. Primeiramente, porque a garantia pignoratícia é uma das modalidades de garantia real, e inexistente qualquer relação dessa natureza entre devedor e credor; a quota proporcional também não existe em sede falimentar, por mais que se coloque em relevo o princípio da igualdade entre credores da mesma classe. Há credores que não se sujeitam aos termos da falência e também aqui se pode destacar os terceiros reivindicantes, que não farão parte do concurso de credores. Além disso, por mais que se fale, de fato, em co-interessados no processo falimentar, não há comunhão de interesses entre credor e devedor. Pelo contrário. Aquele quer receber, se possível, a totalidade de seu crédito, e este busca a maximização do valor dos ativos, a fim de que ocorra o rateio entre credores, e ainda sejam destinados à empresa falida o saldo remanescente.

1.5.8 Teoria da responsabilidade patrimonial

Diz a teoria da responsabilidade patrimonial, em linhas gerais, que o devedor responde pelo cumprimento das obrigações assumidas, e para tanto, ingressam na falência todos os seus bens presentes e futuros, sendo não menos certo que os credores têm direito de receber aquilo que lhes é devido. A teoria é defendida por outro falencista italiano de nomeada, Giorgio de Semo. Em decorrência da responsabilidade patrimonial do devedor, o desapossamento se torna necessário justamente para garantir o pagamento dos credores. Pode-se dizer que o art. 942 se enquadra em tal teoria, pois os bens do devedor restam sujeitos ao cumprimento da obrigação. Não se pode negar a responsabilidade patrimonial, que decorre da sentença de falência, e nesse passo a doutrina é uníssona. Entrementes, não significa a transferência de bens, via desapossamento, até e principalmente porque a sobredita transferência depende, mesmo em sede falimentar, da expressa anuência do devedor. A responsabilidade patrimonial não implica em imediata transferência de bens ao conjunto de credores, até e principalmente porque, no decorrer do processo falencial, poderá o devedor, ou mesmo terceiro, pagar o passivo, restabelecendo a plena posse [direta] dos bens.

³³ LACERCA, J.C. S. de. Op. cit., p. 113.

2 O alcance do direito de propriedade dos bens na falência

Considerando que a falência não é causa justificadora de transferência de propriedade de bens para a massa falida, conforme visto, e tendo em vista o fato de que, efetivamente, o devedor mantém a posse indireta sobre o patrimônio arrecadado, tendo o [amplo] direito utilizar as medidas judiciais cabíveis para a defesa de seus interesses, especialmente no caso de omissão da massa falida, no presente capítulo serão apresentadas algumas considerações a respeito da figura do *trust*, que sem dúvida se traduz em remédio jurídico para que o devedor possa ter uma vida digna durante a tramitação do processo falencial, evidentemente que se houver possibilidade no caso concreto.

2.1 A possibilidade de um novo paradigma

A pós-modernidade fez surgir a sociedade mundial do consumo, da informação e do individualismo, este cada vez mais exacerbado. A pós-modernidade fez surgir, também, a sociedade do espetáculo, tão bem descrita por Guy Debord.³⁴ Em novo século sobreleva a representação para o outro, tão bem descrita por Arthur Schopenhauer,³⁵ sendo não menos certo que a felicidade não mais depende do que a pessoa é, mas sim o que representa para o seu semelhante. Não mais se fala no ser e no ter, mas sim no representar. Impera, ainda, a ideia da igualdade formal, e prevalecendo os interesses privados, em desigualdade com o coletivo. E nesse âmbito de igualdade formal, *desaparecem cada vez mais aquelas relações econômicas que regularam as trocas materiais imediatas entre o homem e a natureza*, de acordo com Georg Lukács.³⁶ É importante, para o homem pós-moderno, o que acumula de riqueza material, sendo de somenos importância a busca pela riqueza imaterial [intelectual, o saber], tão bem enfatizada pelos pensadores clássicos, bem definida filosofia estoica. O homem virou o *promotor da mercadoria*, e a [própria] mercadoria que busca promover, tal como bem adverte Zygmunt Bauman,³⁷ sendo não menos certo que *na sociedade de consumidores, a dualidade sujeito-objeto tende a ser incluída sob a dualidade*

³⁴ **La Société du Spectacle**. Paris: Éditions Gallimard, 1992. Debord foi um dos grandes inspiradores das manifestações de maio de 1968. Também se torna importa a leitura do clássico de Jean-François Lyotard: **A Condição Pós-Moderna**. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1998. Tradução: Ricardo C. Barbosa.

³⁵ **Aforismos para a Sabedoria de Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3. Tradução: Jair Barboza.

³⁶ Lukács, Georg. **História e Consciência de Classe. Estudos sobre a Dialética Marxista**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 96. Tradução: Rodnei Nascimento.

³⁷ **Vida para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 13. Tradução: Carlos Alberto Medeiros.

*consumidor-mercadoria. Nas relações humanas, a soberania do sujeito é, portanto, reclassificada e representada como a sabedoria do consumidor – enquanto a resistência ao objeto, derivada de sua soberania não inteiramente suprimida, embora rudimentar, é oferecida à percepção como a inadequação, inconsistência ou imperfeição de uma mercadoria mal escolhida.*³⁸ O homem pós-moderno se vê, inexoravelmente, diante de um abismo, de um fosso quase que intransponível, competindo-lhe decisão a respeito do rumo a ser tomado. De um lado está o ideário do consumo e da *coisificação* [reificação] humana, prevalecendo a necessidade de informação; da busca pela superação; preponderando o individualismo, o conhecimento como força motriz da economia. Do outro, a ideia de valorização do homem enquanto homem, buscando resgatar os princípios básicos de convivência pacífica e fraterna; o sentimento de coletividade e de valorização de importantes princípios constantes da Constituição Federal, percebendo, finalmente, que o Estado existe em função do homem, e não o contrário.

E o direito não se mostra ileso ao processo de globalização, apresentado como tal, e em caráter mais abrangente, a contar da segunda metade da década de 1970. Dito de outro modo, a pós-modernidade mantém o dogmatismo [a doutrina estabelecida], o legalismo e o positivismo jurídico [o que é posto e não comporta discussão], advindos do Iluminismo, e se torna difícil vislumbrar a *clareira* tão bem examinada por Lenio L. Streck,³⁹ permanecendo o intérprete [ainda e sempre] atrelado à filosofia da consciência, olvidando, quase que por completo, da hermenêutica filosófica, deixando de notar o ferramental de cunho constitucional colocado à sua disposição para fins de resolução dos problemas inter ou trans-subjetivos. Dito de outro modo, mas com igual alcance, Paolo Grossi bem define o estado atual do hermeneuta, asseverando, pois, que *o jurista atual – a referência é à maioria e não àqueles espíritos livres e arrojados – é doente de decrepitude, é cada vez mais velho, e é sobretudo consumido por uma enfermidade sutil que desde sempre foi seu vício oculto, a preguiça, a preguiça intelectual.*⁴⁰ E o pensador faz uma advertência importante, segundo a qual, *o castelo jurídico da modernidade nos aparece, se não como uma castelo de areia, pelo menos como aquelas construções de barro que são lentamente erodidas pela chuva que nelas batem,*⁴¹ mas não menos certo, como dito, que na mente do hermeneuta ainda

³⁸ Bauman, Zygmunt, Op. cit., p. 30-31.

³⁹ **Hermenêutica Jurídica e[m] Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 277.

⁴⁰ **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico.** Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 40 [2004], p. 8. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca.

⁴¹ Op.cit., p. 17.

para a ideia [errônea] da lei como única e exclusiva fonte do direito. E mais especialmente no âmbito do direito falimentar, ainda existe uma muralha, talvez intransponível, que o separa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, especialmente quando se fala da pessoa do falido.

Torna-se evidente que, não raras vezes, o sujeito não tem interesse de perquirir a respeito do objeto, para fins de conhecimento científico. Noutros termos, o sujeito [o intérprete] não se interessa pela análise de alguns importantes institutos falenciais, preferindo se manter atrelado ao que foi preestabelecido pelo que dita a doutrina clássica. Isso nada mais se traduz no ceticismo, cujo conceito dita a regra segundo a qual *o sujeito não seria capaz de apreender o objeto*,⁴² e, considerando que a Constituição Federal de 1988 albergou aquele que é considerado como o principal princípio – dignidade da pessoa humana – não mais se pode desconsiderar os direitos do devedor em sede de falência. A possibilidade de um novo paradigma, analisada por Kuhn, nasce justamente da exaustão do próprio direito falimentar, que se concentra de forma exacerbada em determinados institutos e se olvida, por completo de outros; nasce da crise do sistema falencial brasileiro, não obstante a edição da Lei 11.101/05 e também decorre da quase que absoluta ausência de interpretação da lei em consonância com a Carta Política. A crise de interpretação do sistema falimentar estabelece a necessidade de novas pesquisas científicas, a fim de apresentar soluções aos problemas, a situação do devedor em sede de falência se traduz em bom exemplo de que cabe mudança de visão.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana⁴³ se constitui no principal dentre aqueles constantes do catálogo principiológico da Constituição Federal. De fato, o sócio ou acionista de falido ou mesmo o empresário não podem ser visto com o estigma de “falido”, como se fosse um criminoso, exatamente como o era na época da insolvência do direito romano. Se nos tempos remotos o corpo do devedor respondia pelas dívidas, podendo ser esquarterado, vendido ou tornado escravo servil, existindo justiça pelas próprias mãos [sistema das XII Tábuas], e, mais do que isso, cabendo única e exclusivamente

⁴² HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31. Tradução: João V. G. Cuter. E o pensador esclarece que o ceticismo fundado pelo filósofo Pirro de Élis, que não o contato entre sujeito e objeto é radical e autodestruidor, permanecendo a ideia de ceticismo médio ou acadêmico, ou seja, o hermeneuta não deve dizer que uma proposição é verdadeira, mas sim que parece ser verdadeira, verossímil.

⁴³ A propósito: CLARO, Carlos R. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTr., 2009.

ao alvedrio do credor dispor sobre a vida ou a morte do devedor, obviamente que a evolução da humanidade aboliu tal procedimento.

Mas, em tempos de pós-modernidade [ou modernidade tardia, se se colocar apenas o Brasil em relevo], ainda persiste a [errônea] ideia de que todo o falido é criminoso [e o código napoleônico se constitui em exemplo clássico de tal assertiva]; toda a falência foi originada em virtude de ato fraudulento do devedor e os componentes da sociedade são, invariavelmente, os verdadeiros culpados pela derrocada do negócio. Quando se fala que determinada empresa faliu, sobre a cabeça de seu componente já cai, invariavelmente, a pecha de falido. Com isso, sua honra, sua dignidade simplesmente são ignoradas, e, é bem de ver, a própria lei falimentar não coloca em relevo os direitos do devedor após a sentença declaratória, bastando dizer que a redação do art. 38 do Dec.-Lei 7.661/45 não foi repetida no texto de 2005. Ora, se até 2005 ainda se falava na possibilidade de a massa falida conceder ao devedor *módica remuneração*, para fins de sobrevivência, o novel texto legal simplesmente ignorou por completo a redação de 1945.

O princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 1º, inciso III, e também no artigo 170, caput [princípios gerais da atividade econômica]. É o princípio supremo no trono da hierarquia das normas, conforme assevera Paulo Bonavides, ao escrever o prefácio da obra de Ingo W. Sarlet. De fato, tal princípio está no topo da pirâmide de todo o catálogo de princípios fundamentais constitucionais, tal como assevera o mesmo Sarlet, ao dispor que *o princípio da dignidade da pessoa humana como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação.*⁴⁴ É do princípio da dignidade da pessoa humana que decorrem os direitos fundamentais também presentes na Constituição Federal. Ainda não existe um formal conceito, de senso comum, do que venha a ser a dignidade da pessoa humana, sendo que Ingo Sarlet assim dispõe: *é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover*

⁴⁴ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

*sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*⁴⁵ E o mesmo autor esclarece que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal,⁴⁶ sendo de se ponderar que o legislador constituinte baseou-se no direito natural a fim de erigi-lo ao status de princípio constitucional. Por outro lado, com proficiência esclarece Maria Celina Bodin de Moraes um detalhe importante. De fato, compõe imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, e sempre seja considerado como um fim em si mesmo.⁴⁷ Portanto, o princípio tem plena aplicabilidade também na esfera falimentar.

2.3 A teoria do patrimônio separado, ou patrimônio de afetação

A teoria do patrimônio separado foi estudada por Aurelio Candian a fim de explicar a natureza jurídica do desapossamento de bens quando da decretação da falência, mas sem que ocorra a transferência efetiva da propriedade, e com a não criação de uma personalidade jurídica. Candian, citado por Requião, esclarece que o único critério seguro para fins de existência do patrimônio separado é a responsabilidade por dívidas do devedor.⁴⁸ Entrementes, nota-se que, a princípio, o patrimônio é uno e indivisível, não sendo possível conceder sua separação, tal como adverte Caio Mario da Silva Pereira.⁴⁹ O patrimônio separado possui débitos próprios [obrigações e responsabilidades do devedor falido] e que não fica atrelado a outras dívidas. Noutros termos, com a decretação da falência, separa-se o patrimônio mínimo necessário para fazer frente ao pagamento dos débitos concorrentes no juízo universal, sendo certo que tal patrimônio não se comunica com outros do devedor [o denominado patrimônio geral]. A massa falida, porque nasce justamente da sentença declaratória da falência, e porque dela fazem partes os credores do devedor, seria o próprio patrimônio separado, existindo verdadeira cisão do patrimônio [geral] do devedor, restando aquela com os bens necessários à liquidação e pagamento do passivo em aberto. Há, conseqüentemente, duas massas de bens, conforme assegura Candian: *de uma parte o patrimônio do falido capaz de execução, compreendidos os bens que*

⁴⁵ Op. cit., p. 60.

⁴⁶ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

⁴⁷ SARLET, Ingo W. [org.]. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

⁴⁸ Op. cit., pp. 179-180.

⁴⁹ **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 329.

lhes cresçam durante o estado de falência; de outra o patrimônio impenhorável.⁵⁰ Portanto, o autor italiano separa os bens passíveis de apreensão na seara falimentar e aqueles que não são apanhados com tal arrecadação, os denominados bens impenhoráveis. No que diz com a natureza jurídica da afetação, Melhim Namem Chalhub assevera que *é admissível a segregação, no âmbito do patrimônio geral, de uma esfera jurídica mais restrita, submetida a critérios especiais e que pode ter desenvolvimento econômico próprio, sendo este, assim, um patrimônio especial, cuja configuração peculiar decorre dos fins que determinam sua formação.*⁵¹ No caso específico da afetação em sede de falência, caberá ao administrador judicial zelar [pena de responsabilização pessoal por prejuízos] pelo patrimônio arrecadado enquanto não for liquidado judicialmente; ou até que seja devolvido ao devedor, se se analisar a concordata suspensiva [prevista no regime anterior, e ainda em pleno vigor para as falências com sentença antes da vigência da Lei 11.101/05], ou ainda até que o devedor liquide o passivo e peça para reaver seus bens, procedimento legítimo e plenamente possível.

Esclarecem Wilson de Campos Batalha e Silvia M. L. Batalha de Rodrigues Netto: *porque o patrimônio é destinado à satisfação dos credores existentes no momento da declaração de falência explica-se não apenas como o devedor não possa dele dispor, mas também como não possa afetá-lo com novas obrigações, entende-se enquanto dura o vínculo de destinação.*⁵² No que diz com a afetação, esclarece Caio Mario da Silva Pereira que *os escritores modernos imaginaram a construção de uma teoria chamada da afetação, através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado. Não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua imobilização em função de uma finalidade.*⁵³ E prossegue afirmando: *tendo sua fonte essencial na lei, pois, não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma restrição em benefício de um fim específico.*⁵⁴ E o mesmo autor, por fim, entende que caso não é de romper com a doutrina clássica, no sentido da impossibilidade de cisão do patrimônio, justamente porque os bens afetados somente se prendem ao fim destinado, restando pertencentes ao patrimônio do titular. Caso contrário, para fins de composição de um outro patrimônio,

⁵⁰ Idem, p. 180.

⁵¹ **Trust. Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 119.

⁵² **Falências e Concordatas**, 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 401.

⁵³ Op. cit., p. 333.

⁵⁴ Op. cit., p. 333.

haveria a necessidade da criação de uma personalidade jurídica,⁵⁵ não sendo o caso da massa falida. Segundo magistério de Orlando Gomes, *a ideia de afetação explica a possibilidade de patrimônios especiais. Consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores.*⁵⁶ O desapossamento decorre, portanto, em virtude da lei e diante da sentença declaratória, estando adstrito ao pagamento dos débitos concursais, mas sem que ocorra a efetiva transferência de propriedade, ficando a massa falida com a posse direta, enquanto perdurar o processo falimentar.

2.4 A experiência do Direito Brasileiro (Lei 10.931)

A análise da teoria do desapossamento no direito brasileiro ainda é deveras tímida. A Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004 dispõe acerca do patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Câmbio Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, apresentando um novo mecanismo para a submissão de bens para cumprimento de determinada obrigação. Sabe-se, com efeito, que em tempos atrás houve a decretação de falência de importante construtora brasileira, deixando vários adquirentes de bens em situação deficitária, até mesmo porque a Lei 4.591/1964 – que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias – estabelece que, no caso de falência do incorporador [pessoa física ou jurídica], e não sendo possível à maioria prosseguir na execução do projeto inicial, os candidatos à aquisição das unidades serão credores privilegiados na falência [pelas quantias pagas], respondendo subsidiariamente o incorporador com seus bens pessoais, conforme dispõe o artigo 43, III. Neste caso, a lei abre uma significativa brecha ao dispor que, caso não seja possível prosseguir a obra, haverá a habilitação do crédito como privilegiado em sede falencial. Portanto, interpretando o texto de forma teleológica, isso implica em afirmar que os adquirentes poderão continuar a obra, mesmo com a falência decretada, e antes de vigência da Lei 11.101/05 [que contém regramento próprio acerca da afetação, conforme será visto a seguir. Mas, sendo não menos certo que na época de vigência da Lei 4.591/64 inexistia no direito pátrio o sistema da afetação, e em ocorrendo a falência do incorporador, a ação judicial cabível para fins de separação de patrimônio [o arrecadável na falência e aquele incorporado à construção] a medida cautelar de produção antecipada de provas se impunha. Esta ação tem

⁵⁵ Op. cit., p. 334.

⁵⁶ **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 203. Atualização: Humberto Theodoro Júnior.

como escopo definir quais bens pertencem [via posse direta] à massa falida. Com isso, os adquirentes têm plenas condições de terminar a obra sem que os ativos incorporados se comuniquem com a massa falida.

A Lei ora em análise estabelece [art. 31] que, a critério do incorporador, poderão ser submetidos ao patrimônio de afetação o terreno e as acessões, assim como os demais bens e direitos vinculados. Tal patrimônio não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou mesmo de outros patrimônio afetados para fins específicos. Ainda, e tal aspecto é importante, o incorporador responde pelos prejuízos causados ao patrimônio separado. Especificamente no que se refere à falência, seus efeitos jurídicos não atingem o patrimônio de afetação, sendo que os bens estão fora do regime falencial.

Em decorrência da Lei 10.931, nota-se que a Lei 11.101/05 [que trata da falência e da recuperação] se adequou aos novos regramentos jurídicos acerca do patrimônio de afetação, fazendo constar disposição específica. No trato das relações contratuais do falido, a serem cumpridas pela massa falida, o artigo 119, inciso IX estabelece, em linhas gerais, que os patrimônios de afetação devem obedecer a lei específica, permanecendo os bens vinculados ao cumprimento da obrigação, até que ocorra o termo final. Em havendo eventual saldo em favor da massa falida, caberá ao administrador judicial proceder à arrecadação, ou, por outro lado, remanescendo dívida, o credor terá o direito, após o contraditório, de inscrever seu crédito na classe própria. Significa isso dizer que caberá ao administrador judicial respeitar a cláusula de afetação, não podendo, de forma alguma, enquanto não cumprida a obrigação, arrecadar os bens segregados. Portanto, o procedimento arrecadatório deve ser considerado com reservas, pois há bens que, necessariamente, compõem o ativo da massa falida, por força justamente da afetação. Mais do que isso, as atividades condizentes com o patrimônio de afetação correm normalmente, independentemente do processo de falência, cabendo ao administrador judicial, por outro lado, defender os interesses da massa falida, acompanhando o procedimento próprio.

2.5 A liberação, em favor do devedor, de bens arrecadados

Já foi dito alhures que o empresário, ou sócio/acionista da empresa em regime de falência sofre efeitos jurídicos imediatos, sendo não menos certo que o patrimônio pessoal, a princípio, não é afetado pela sentença que retira o devedor do mercado. Há, a título meramente argumentativo, a possibilidade de as empresas possuírem em seus quadros sócio com responsabilidade ilimitada, e em tais hipóteses a falência a este será estendida [por força do art. 81 da Lei

11.101/05]. Considerando a dinâmica empresarial moderna, dificilmente se encontra sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, e no mais das vezes, a responsabilidade permanece limitada à integralização do capital social, de modo que, decretada a falência, tais pessoas têm certas obrigações perante o processo, mas isso não implica, necessariamente, em afirmar que existe submissão patrimonial pessoal ao regime falimentar, porque a falência é da empresa ou do empresário. Não é declarada a falência dos participantes daquela, e no caso deste, há responsabilidade pessoal patrimonial. Também já foi dito que, ao contrário do regime falimentar anterior, a Lei 11.101/05 não concede ao devedor [sócio/acionista ou empresário individual] o direito de perceber quantias da massa falida [art. 38 do Dec.-Lei 7.661/45]. Houve total silêncio a respeito da pessoa do devedor. Mas este sofre, além dos efeitos jurídicos naturais da sentença, outros deletérios à própria dignidade da pessoa humana, pois, já se afirmou que a pecha de *falido* ainda existe e invariavelmente se pensa que a falência ocorre em função de atos praticados pelos sócios, diretores ou controladores da empresa. Tal asserto não se mostra consentâneo com a realidade, pois a falência pode ter inúmeras causas, inclusive a má-administração, sem dúvida. Mas afirmar que a derrocada é em função de ato dos incorporadores se traduz em exagero. Apenas um parêntese deve existir desde logo, para fins de desmitificar a ideia corrente de que todo o sócio de falido é o grande mentor da falência ou o grande culpado pelo insucesso do empreendimento. O mundo, especialmente a contar da década de 1970 conviveu com crises, tais como a do Petróleo [em duas oportunidades], a da Ásia, do México, da Rússia, do Brasil e mais recentemente da economia norte-americana, sendo que as empresas aqui sediadas sofreram invariavelmente os efeitos deletérios. Também se sabe que a cotação da moeda norte-americana flutua, e em tempos não muito pretéritos um dólar equivalia a praticamente quatro reais. As alterações da cotação da moeda estrangeira evidentemente que afetaram os negócios empresariais, podendo-se imaginar uma empresa que importou produtos e tem a obrigação de converter a moeda no dia do pagamento. Certamente que nem sempre o empresário disporá de caixa para fazer frente ao cumprimento da obrigação, ocasionando, em consequência, o inadimplemento. A falência será um rumo quase que certo, e não se pode colocar a culpa na má-administração dos incorporadores, necessariamente.

Portanto, cabe rever a situação do devedor em sede de falência, até mesmo porque não mais poderá exercer atividade empresarial enquanto perdurar o processo, tal como dispõem os artigos 102 e 181 da Lei 11.101/05. Nem sempre o devedor possui recursos para sua subsistência e de seu próximos; nem sempre logra êxito em obter um emprego, considerando que é

falido, ou mesmo porque tem [eventualmente] idade avançada e inadequada para a atividade pretendida; examinado o caso concreto, poderá ocorrer a entrega de bem ao devedor, enquanto perdurar o processo, para fins de subsistência, e note-se que aqui se enfatiza tal argumento, pois não será toda e qualquer falência que poderá vivenciar a situação ora esquadrihada.

A falta de oportunidade do devedor; a sua quase que plena exclusão social e a impossibilidade de sustentar a própria família sem dúvida aguilhoam de morte o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ofensa, certamente que se pode buscar algum mecanismo jurídico para mitigar os efeitos deletérios da sentença que retira o devedor do mercado. E o presente texto se propõe a exatamente questionar tal aspecto, mostrando-se coerente com a realidade apresentada pela Constituição Federal, com vista à proteção do devedor enquanto perdurar o procedimento próprio falencial. E o mecanismo que se sugere é justamente a figura do *trust*, ainda de pouquíssima utilização no sistema jurídico nacional, mas que sem sombra de dúvida pode ser uma saída [com alguns temperos] para [tentar] resolver a situação de desequilíbrio do devedor em decorrência da falência. Com efeito não se trata de texto meramente especulativo, sem base científica, pois o sujeito se debruçou sobre o objeto para fins de resolução do problema que ora se apresenta. E a solução que ora se apresenta está em perfeita sintonia com a realidade constitucional, especialmente porque o primeiro e principal princípio – o da dignidade da pessoa humana – foi colocado em relevo, não se podendo simplesmente ignorar a figura do devedor no âmbito falimentar. Por fim, escreveu Emilio Betti que cabe ao hermeneuta reivindicar a liberdade de pensamento, cumprindo a missão de dizer a verdade segundo a sua ciência e convicção,⁵⁷ e faz constar ainda que a verdade não é um dado da natureza, mas sim, um valor da mente,⁵⁸ de modo que o presente busca abrir novas fronteiras para que se analise a figura do devedor sob um outro viés, um viés eminentemente constitucional.

Prosseguindo, aqui se afirmar que, mesmo existindo formal arrecadação do patrimônio afetado do devedor, possível é pedir a exclusão de todos aqueles necessários à sua subsistência, enquanto não alienado ou mesmo e enquanto não encerrado o processo de falência, e tal pleito dependerá, necessariamente, de o caso concreto comportar a entrega de bens ao devedor.

A pesquisa que ora se apresenta busca lançar novas luzes sobre os aspectos que envolvem a arrecadação patrimonial, a situação da pessoa do devedor enquanto existir falência e o viés principiológico constitucional

⁵⁷ **Interpretação da Lei e dos Atos jurídicos. Teoria Geral e Dogmática.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, XV. Tradução: Karina Jannini.

⁵⁸ Idem, XXXII.

indispensável à solução do problema da subsistência do devedor após a decretação da falência. A tese se mostra plenamente plausível, mas tal plausibilidade somente dar-se-á se o hermenêuta abrir os horizontes interpretativos e considerar o princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com o regime falimentar em vigência. É exatamente este o escopo do presente texto.

O intérprete, percebendo que o devedor empresário ou o acionista/sócio são seres humanos e que carecem sejam seus direitos preservados no âmbito falencial, certamente chegará à conclusão que ora se propõe, pois busca-se a mudança de leitura da Lei 11.101/05; pretende-se, por assim dizer, uma nova interpretação dos institutos falimentares, sempre com um olhar na Constituição Federal. Não mais se pode ignorar o princípio maior da Carta Política na seara falimentar, especialmente quando se tem em consideração o fato de que o devedor precisa continuar, pelo menos, preservando sua dignidade. O devedor, por ser proprietário do bem, e continuar ostentando tal posição mesmo quando a falência é decretada, restando-lhe a posse indireta sobre os bens arrecadados, certamente possui ferramental jurídico amplo para defender a ideia [em juízo] de exclusão de um [ou mais] bem da falência, para fins de subsistência. Repita-se, por necessário. Tal exclusão, em tese, poderá ser requerida e deferida, caso a massa falida comporte, de modo que não é em todo caso falimentar que terá o devedor mínimas condições de formular tal pleito. Como se disse, e agora uma vez mais colocando ao alcance da mão a obra já referenciada de Thomas Kuhn, a mudança de paradigma ocorre em momentos de crise, e não se pode negar que no Brasil de hoje há, por assim dizer, discriminação quanto a pessoa do devedor *falido*, que, após a sua retirada do mercado, se vê quase que totalmente impossibilitado de ter uma vida normal, pois é de relativa sabença as várias restrições impostas, como registros de *falido* em órgão de proteção ao crédito, Registro do Comércio, instituições financeiras, e assim por diante. É de fácil percepção que a Lei 11.101/05, estando inserta no sistema jurídico brasileiro,⁵⁹ se subsume aos termos da Constituição Federal, não cabendo interpretação outra que não seja em harmonia com a Carta Política. E por mais que se queira dar um viés predominantemente econômico ao processo de falência, não se pode arredar o princípio da dignidade da pessoa humana. E nesse passo, a lição de Francisco Cardozo Oliveira se mostra deveras pertinente. Assevera, pois, que o

⁵⁹ Aliás, Jeremy Waldron assevera que a lei torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer qual papel será –, e, portanto, não podemos dizer ‘qual lei’ foi criada –, até que ela comece a ser administrada e interpretada pelos tribunais. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11. Tradução: Luís Carlos Borges. Grifos no original.

*formalismo do pensamento jurídico tradicional, na análise dos elementos da interpretação, leva a reconhecer que o ordenamento jurídico constitui sistema de normas fechado e completo onde, do ponto vista lógico, não ocorreria lacunas.*⁶⁰ De fato, o direito não pode ficar distante de uma realidade bem mais palpante, sendo, inexoravelmente, um sistema de normas aberto, carente de outros saberes para a resolução dos problemas inter e trans-subjetivos.

Com efeito, se o intérprete buscar uma [correta] visão sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, facilmente perceberá que pode [e deve] o princípio da dignidade da pessoa humana ser utilizado como arrimo, como a base teórica de sustentação de um novo discurso jurídico, de um novo paradigma que se traduz na eventual exclusão de bens arrecadados no processo de falência, tendo como beneficiário o devedor. Claro que, para fins de obtenção judicial, tudo dependerá do discurso jurídico e das provas apresentadas pelo devedor, não restando qualquer dúvida que, juridicamente, plenamente possível a defesa da tese de exclusão, pois a falência da empresa ou empresário não implica a falência do ser humano, enquanto ser humano. Por fim, se é certo que o homem é a medida de todas as coisas,⁶¹ não menos certo que a figura do devedor deve receber o tratamento [digno] adequado em sede de falência, se se quiser, de fato, fazer *justiça substancial*, referida por Dennis Lloyd,⁶² Portanto, a mudança de visão interpretativa da lei falimentar pode começar tendo em mãos o catálogo principiológico constante da Carta Política.

2.6 A transferência de propriedade (*Trustee*)

Assevera René David que o direito inglês alberga a figura do *trust*, e que por intermédio de tal figura jurídica assegura-se a proteção dos interesses pecuniários dos incapazes.⁶³ e F. W. Maitland, citado por David, explica que *quando uma pessoa tem direitos que deve exercer no interesse de outra ou para a realização de um objetivo especial dado, diz-se que essa pessoa tem os direitos em questão em trust para a outra pessoa ou para o objetivo em causa, sendo chamada de trustee.*⁶⁴ E David apresenta a estrutura sobre a qual se fundamenta o *trust*: *uma pessoa, o constituinte do trust (settlor of the trust), determina que certos bens serão administrados por um ou vários trustees, no interesse de uma ou várias pessoas, os cestuis que trust. Este acordo é, na*

⁶⁰ **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14.

⁶¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia Crítica e Razão.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7. Tradução: Maria E. de Almeida Galvão.

⁶² **A Ideia de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 159. Tradução: Álvaro Cabral.

⁶³ **O Direito Inglês.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 100. Tradução: Eduardo Brandão.

⁶⁴ Op. cit., p. 99-100.

Inglaterra, muito frequente, porque serve para fins múltiplos de ordem prática: a proteção dos incapazes, da mulher casada e a liquidação dos patrimônios hereditários são assegurados por este meio; as fundações e os estabelecimentos de utilidade pública utilizam muitas vezes esta técnica; o direito das sociedades também recorre ao *trust*, que é do mesmo modo frequentemente utilizado para as operações internacionais.⁶⁵ Ainda segundo o mesmo David, na Inglaterra a figura do *trust* é utilizada para a preservação dos interesses pecuniários dos incapazes, sendo não menos certo que, em vez de a estes dar a propriedade de bens, utiliza-se a figura de um representante para geri-los [*trustee*], que deve agir em consonância com os interesses de seus representados.⁶⁶ E escreve mais o pensador francês. Poderão também os dirigentes de sociedade ou de associação figurar como *trustee*, sendo que o grupo não seria titular de direitos, mas apenas exerceriam [de forma restrita e com fins determinados] em nome e por conta do interesse dos membros do grupo. Por fim, e em última análise, dispensar-se-ia a ideia de personalidade jurídica.⁶⁷ Prossegue, afirmando que o *trust* nada mais é do que uma criação da *equity*. Está ligado às condições em que se desenvolveram a *common law* e a *equity*, na Inglaterra, e é por isso que sua transposição, até mesmo sua simples compreensão, por vezes parece ser tão difícil para os juristas do continente europeu, que ignoram essa distinção.⁶⁸ E há um detalhe importante para fazer com que o *trust* seja adotado no Brasil. O *trustee* não é um representante do beneficiário do *trust*, mas o verdadeiro proprietário do bem [aqui, no caso, o falido empresário], podendo dispor dos bens. Em resumo, e uma vez mais arrimando-se nas palavras de David, o *trustee* não é um mero administrador de bens entregues a título de *trust*. É o proprietário dos bens⁶⁹ e administrar o patrimônio como quer.⁷⁰ Trazendo a figura do *trust* para o sistema jurídico brasileiro, nota-se que o devedor [empresário] não perde a propriedade de seus bens quando da decretação da falência, e, diferentemente do sistema inglês, não passa a ser proprietário da coisa, pois de fato já o é. A

⁶⁵ **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 397-398. Tradução: Hermínio A. Carvalho.

⁶⁶ *Idem*, p. 100.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Idem*, p. 102.

⁶⁹ E Judith Martins Costa assevera que, de fato, que o *trustee*, sendo o proprietário dos bens dados em *trust*, e não mero administrador, pode deles dispor a seu modo e só se limitando, seu direito, por razões de ordem moral porquanto deve administrar os bens segundo o padrão do *bonus pater familias*, entregando os lucros e transferindo o capital, no momento aprazado pelo *settlor* aos *cestui*, ou beneficiários. **Os Negócios Fiduciários. Considerações sobre a Possibilidade de Acolhimento do Trust no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 657, julho de 1990, p. 39.

⁷⁰ **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** *Op. cit.*, p. 398.

empresa falida, da mesma forma. E nesse passo a figura do *trustee* se materializa no empresário falido ou, em se tratando de corporação, em um de seus representantes legais. Noutros termos, os dirigentes da empresa falida – ou o próprio empresário – serão o *trustee*, ao passo que a massa falida figuraria como *beneficiária* do *trust*. Aqueles exercerão a propriedade em confiança, em benefício desta.

Torna-se evidente que, em sede de falência, a guarda e a manutenção de determinado bem possam significar vultosos valores mensais para a massa falida e, existindo a figura do *trustee* [materializada na pessoa do falido, em sentido amplo], poderá ocorrer a economia mensal de recursos, do mesmo modo que a entrega do bem ao falido também fará com que possa ter condições de sobrevivência, enquanto, repita-se, perdurar o processo falimentar ou até que o bem seja vendido judicialmente.

Apresentada, mesmo que de forma bastante sucinta, a figura jurídica do *trust* inglês, o próximo passo é escrever, também de forma não aprofundada, acerca da forma, elementos etc., para a constituição do modelo que ora se propõe.

2.6.1 A Forma e os elementos constitutivos

Conforme assinala Melhim N. Chalhub, pode o *trust* ser constituído via declaração de vontade da parte ou por força de lei, sendo que no primeiro caso o ato se dá via unilateral entre vivos ou *causa mortis*, mas o mais frequente é que se constitua o *trust* mediante convenção pela qual o *trustee* assume perante o *settlor* a obrigação de executar o *trust*.⁷¹ No caso em estudo, com os temperos necessários, já que não se pode seguir à risca a forma mencionada, o *trustee* seria o próprio devedor [que já detém a propriedade e agora passaria a ter, novamente, a posse direta sobre a coisa] e o *settlor* seria a própria massa falida, sendo que o procedimento para a entrega do bem dar-se-ia no âmbito do processo falimentar [no bojo da principal]. Mas é importante colocar em relevo que o pedido deveria partir do próprio devedor que, mediante discurso jurídico adequado, e com as provas cabíveis, poderia ingressar no processo de falência e requerer a formalização do *trust*, ouvidos o administrador judicial, assembleia geral de credores e comitê,⁷² cabendo decisão passível de recurso [agravo de instrumento, por ser o mais consentâneo com a realidade processual].

⁷¹ Op. cit., p. 38.

⁷² Sabe-se que a assembleia de credores e o comitê nem sempre existem em processos de falência, mas, caso o juiz da causa entenda que os componentes da massa falida subjetiva [que evidentemente têm interesse direto sobre o destino dos ativos] devam se pronunciar, nada impede que determine a intimação pessoal ou mesmo via edital, a fim de que se pronunciem querendo.

2.6.2 Os elementos objetivos do *trust*

Os elementos objetivos são justamente a manifestação de vontade da massa falida que, como dito, deve ser instada a respeito do pedido formulado pelo falido; que ocorra a transferência da posse direta do bem almejado à pessoa do devedor [não se olvidando que é proprietário e juridicamente detém a indireta]; que se defina qual será o bem objeto do *trust*, cabendo vistoria prévia para atestar a situação da coisa no momento da transição, até e principalmente para prevenir responsabilidades futuras do devedor, quando da devolução do bem à massa falida.

2.6.3. Os elementos subjetivos do *trust*

Segundo Chalhub,⁷³ os elementos subjetivos são justamente o *settlor* [que no caso em estudo seria a massa falida, que detém a posse direta da coisa arrecadada judicialmente], instituidora da avença; o *trustee* [no caso, o devedor empresário ou o sócio/acionista da empresa, figurando o *trustee* também como o destinatário do proveito econômico auferido em decorrência da utilização do bem, sendo que a doutrina entende que as três figura do *trust* podem não apresentar posições distintas – como no caso que ora se apresenta – materializando-se uma ou mais delas na mesma pessoa.

2.6.4. A administração dos bens excluídos da falência

Considerando o que foi até aqui exposto, e repetindo que dependerá do caso concreto falimentar a formalização do *trust*, nota-se que, dependendo muito do discurso jurídico e das provas produzidas imediatamente, poderá o pleito receber a chancela judicial. Com isso, o devedor poderá ter condições de continuar buscando um mínimo existência, na justa medida em que a falência, irremediavelmente, se apresenta como um obstáculo à continuidade da atividade do empresário, e, por outro lado, terá a incumbência de bem administrar a coisa que lhe é entregue, sob pena de responsabilização pessoal por danos causados ao bem. Por outro lado, em sendo falência de grandes proporções, ficará ela desincumbida de compromissos mensais para a guarda e conservação do bem, até que ocorra a alienação judicial ou o encerramento da falência.

⁷³ Op. cit., p. 41.

2.6.5. A responsabilidade do *trustee* na falência

Conforme já salientado, o *trustee* é o responsável direto pela guarda e conservação do bem que lhe é transferido judicialmente. Em caso de negligência quanto a guarda do bem; prejuízos advindos à coisa pela não incorporação de benfeitorias necessárias etc., o devedor falido poderá ser responsabilizado pelo pagamento de indenização à massa falida. Evidentemente que, agindo com desídia dificilmente o devedor teria condições de ressarcir os prejuízos à massa falida, pois já é ele falido [empresário] e o mesmo pode ser dito em relação à figura dos incorporadores. O administrador judicial, ao concordar com a entrega do bem, terá ciência inequívoca que, caso ocorram prejuízos, dificilmente haverá o ressarcimento correspondente, e aí entra o critério da ponderação. Em outros termos, acolher a tese de que o devedor precisa do bem para sua sobrevivência ou evitar a entrega porque poderá ser dilapidado.

2.6.6 O encerramento da falência e a extinção do *trust*

Caso ocorra a alienação do bem em sede de falência, caberá ao falido restituí-lo imediatamente à massa falida a fim de que, agora sim, seja entregue ao novo proprietário. Neste caso, a alienação funcionaria como verdadeira revogação do *trust*. Mas, outra hipótese não pode ser aqui desprezada. Diz com o encerramento efetivo do processo de falência porque todos os credores foram devidamente pagos com o produto da venda de outros bens arrecadados. Em tal caso, haverá a extinção do *trust*, mantendo-se a titularidade da coisa ainda na pessoa do empresário ou da empresa, lembrando-se, uma vez mais, que a falência não dissolve a sociedade empresária.

Conclusão

Ao longo da exposição já foram exteriorizadas algumas reflexões importantes para que se busque a quebra do paradigma hoje existente e novos horizontes sejam alcançados pela lente do hermeneuta. De fato, a força motriz dos escritos é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que em sede falimentar de forma alguma pode ser olvidado. E, buscando a *honestidade científica* [conforme assevera Ingo W. Sarlet], nota-se que o devedor falido precisa, de fato, de um mínimo existencial; carece sustentar a si e a seus dependentes, e não raras vezes se vê diante de circunstâncias desfavoráveis, em decorrência da falência. E a solução que se dá é justamente a incorporação da figura jurídica do *trust*, guardadas as peculiaridades do sistema inglês, e observado o caso concreto, pois nem sempre poderá ocorrer a entrega do bem ao devedor, para que mantenha sob sua guarda, enquanto perdurar o processo ou até que seja alienado judicialmente. Entende-se, pois, que se a lei falimentar ab-

rogada previa de forma expressa a possibilidade de auxílio mensal à pessoa do devedor [auxílio esse não mais constante da Lei 11.101/05] e considerando que cabe a prevalência do princípio maior da Constituição Federal – dignidade da pessoa humana – também sem sede de falência, dúvida não há de que pode ser instituída a figura do *trustee*, pode ocorrer a transferência da posse direta ao devedor falido e que possível é a mudança de paradigma, afastando, definitivamente, a ideia de que *falido* indica um ser execrável, e cujo destino é a marginalização da sociedade. Não é esse o escopo geral da Constituição Cidadã.

Referências bibliográficas

- ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
- _____. **Da Ação Revocatória**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
- BATALHA, Wilson de S. C.; RODRIGUES NETTO, Sílvia M.L. B. de. **Falências e Concordatas**, 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos. Teoria Geral e Dogmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução: Karina Jannini.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. Tradução: Carlos Alberto Medeiros.
- CHALHUB, Melhim N. **Trust. Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CLARO, Carlos R. **Revocatória Falimentar**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. **A Empresa em Regime de Falência perde a Personalidade jurídica?** *Jornal O Estado do Paraná*, p. 11, 1º de abril de 2007.
- DAVID, RENÉ. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução: Eduardo Brandão.
- _____. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução: Hermínio A. Carvalho.
- DEBORD, Guy. **La Société du Spectacle**. Paris: Éditions Gallimard, 1992.
- FERREIRA, Waldemar M. **Instituições de Direito Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Atualização: Humberto Theodoro Júnior.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia Crítica e Razão Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução: Maria E. de Almeida Galvão.
- GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 40 [2004]. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca.

-
- HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: João V. G. Cuter.
- ITÁLIA, **Codice Civile e Leggi Complementari**. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, 2005.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.
- LACERDA, José C. Sampaio de. **Direito Falimentar**. 14ª Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, Atualizador: Jorge de M. Magalhães, 1999.
- LLOYD, Dennis. **A Ideia da Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Álvaro Cabral.
- LUKÁCS, Georg. **História e Consciência de Classe. Estudos sobre a Dialética Marxista**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: Rodnei Nascimento.
- MARTINS COSTA, Judith H. **Os Negócios Fiduciários. Considerações sobre a Possibilidade de Acolhimento do Trust no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 657, julho de 1990.
- MENDONÇA, José X. C. de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Volume VII. Livro V. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.
- OLIVEIRA, Francisco C. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Caio M. da S. **Instituições de Direito Civil. Vol. I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Método, 2002.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 1º Volume, 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- _____. **Curso de Direito Falimentar**. 2º Volume. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo W. [org.]. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Aforismos para a Sabedoria de Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução: Jair Barboza.
- SILVA, Ovídio A. B. da. **Do Processo Cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VALVERDE, Trajano de M. **Comentários à Lei de Falências**. Volume I, 4. ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense. Atualização: J. A. Penalva Santos e Paulo P. Santos. 1999.
- WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: Luís Carlos Borges.